

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



**“OTRAS AGRESIONES SEXUALES Y SUS CIRCUNSTANCIAS
AGRAVANTES”.**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURIDICAS**

PRESENTADO POR:

ZULEIMA BEATRIZ HERNANDEZ

JUAN CARLOS HENRIQUEZ RODRIGUEZ

MARIANA MARIBEL MIRANDA TORRES

TERNA Nº 9

DOCENTE ASESOR:

LIC. LUIS ANTONIO VILLEDA FIGUEROA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, 14 DE DICIEMBRE DE 2020.

TRIBUNAL CALIFICADOR

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
PRESIDENTE

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
SECRETARIO

LIC. LUIS ANTONIO VILLEDA FIGUEROA
VOCAL

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Msc. Roger Armando Arias Alvarado.
RECTOR

PhD. Raúl Ernesto Azcúnaga López
VICERRECTOR ACADEMICO

Ing. Juan Rosa Quintanilla
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Ing. Francisco Antonio Alarcón
SECRETARIO GENERAL

Lic. Rafael Humberto Peña Marín
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata
DECANA

Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco
VICEDECANO

Licda. Digna Reyna Contreras de Cornejo
SECRETARIO

Msc. Hugo Dagoberto Pineda
DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

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

Msc. María Magdalena Morales
COORDINADORA DE PROCESO DE GRADUACION DE LA ESCUELA DE
CIENCIAS JURIDICAS.

DEDICATORIA

Principalmente a Dios todopoderoso, que, con su bondad y misericordia, ha sido guía y protección, para ayudarme a cumplir una meta tan importante en mi vida.

A mi madre, Ana Margot Hernández Linares, por darme la vida.

A mi amiga Ángela Etelvina Sigüenza alejo, por brindarme su apoyo incondicional

A mi hermano Rodrigo Valentín Hernández linares, quien ha sido amigo y siempre me ayuda cuando le llamo.

A mi prima Claudia Patricia Velásquez Hernández, por estar a mi lado.

A mis compañeros de tesis, por compartir conmigo esta investigación.

Zuleima Beatriz Hernández.

DEDICATORIA

Primeramente, dar gracias a Dios por permitirme culminar mi formación académica de pregrado, porque me ha dado la fuerza, sabiduría y asertividad necesaria para terminar mis estudios.

Gracias a mis padres, Jorge y Margarita, a mis hermanos, Domingo, Maribel, Karla y Pablo, a mi cuñada, Ana Patricia, quienes han sido un pilar importante en mi vida, con los cuales hemos compartido muchas alegrías y tristezas.

De igual forma, un agradecimiento especial, a nuestro asesor de Trabajo de Grado, Licenciado Luis Antonio Villeda Figueroa, por su invaluable ayuda para el desarrollo de este trabajo, demostrando en todo momento un enorme conocimiento y una gran profesionalidad.

Y finalmente, un agradecimiento hasta el cielo, a mi hermana, Mirna Cristabel y a mi segunda madre, Sara Lidia, quienes creyeron en mí, a pesar de todo.

Juan Carlos Henríquez Rodríguez.

DEDICATORIA

Doy gracias primeramente a Dios todopoderoso, quien me dio la vida y por regalarme sabiduría de la cual he logrado alcanzar mis sueños y metas. Por haber culminado con satisfacción nuestro trabajo de investigación, ya que con la ayuda de él ha sido posible y así obtener el grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas.

No quiero pasar por alto, sin agradecer a mi querida madre, Maribel Torres Sevillano, que me inculco también desde mis inicios de infancia valores, principios, responsabilidad, gracias infinitamente madre, tu siempre has estado en las buenas y malas conmigo, como hija he sabido cumplir y responder gracias a ti querida madrecita.

A mis grandes compañeros de tesis y hoy colegas de profesión Juan Carlos y Zuleima, debo de igual forma felicitarlos por ese nivel de aguante, por ese nivel de compañerismo, solidaridad y apoyo incondicional que se tuvo durante toda esta ardua labor, gracias amigos por esa lucha que ha sido y será de todos, mis más sinceros agradecimientos.

Mariana Maribel Miranda Torres.

ÍNDICE DE CONTENIDOS.

RESUMEN.....	i
LISTA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	ii
INTRODUCCIÓN.....	iii
CAPITULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	1
1.1 Grecia	3
1.2 Roma	5
1.3 Edad Media	8
1.4 El Derecho de Pernada	14
1.5 Evolución Histórica del delito de Otras Agresiones Sexuales en la Legislación Penal Salvadoreña.	16
CAPITULO II. GENERALIDADES DEL DELITO DE OTRAS AGRESIONES SEXUALES Y SUS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.	20
2.1 Conductas tipificadas como Otras Agresiones Sexuales	41
2.1.1 Cualquier Agresión Sexual que no sea constitutiva de violación	41
2.1.2 Tocamientos de carácter sexual	46
2.1.3 Acceso Carnal Bucal.	49
2.1.4 Introducción de objetos vía anal o vaginal.	50
2.2 Circunstancias Agravantes	52

CAPITULO III. MARCO JURIDICO DEL DELITO DE OTRAS AGRESIONES SEXUALES Y SUS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES	58
3.1. Nacional	58
3.1.1 Constitución de la República De El Salvador	58
3.1.2 Código Penal Salvadoreño	59
3.1.3 Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres	61
3.1.4 Ley del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer.....	62
3.2 Instrumentos Internacionales que forman parte del Ordenamiento Jurídico Salvadoreño	62
3.2.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos	64
3.2.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	66
3.2.3 Convención Interamericana Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Belém Do Para”	67
3.2.4 Protocolo Facultativo de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.....	67
CAPITULO IV ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS	71
CONCLUSIONES.....	82
RECOMENDACIONES.....	84
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	88

RESUMEN.

La libertad sexual es la facultad de las personas para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, facultad que se expande hasta utilizar el propio cuerpo a voluntad, seguir en cada momento una u otra tendencia sexual, hacer y aceptar las propuestas que se prefieran, así como rechazar las no deseadas. Conforme a los delitos que atentan contra esta libertad, estos se cometen mediante la realización de acciones sexuales, concibiendo estas como aquellas conductas con las que el autor pretende involucrar a otra persona en un contexto sexual, entendiéndose dicho contexto, por toda situación social para cuya valoración el autor de la conducta, cuando menos, acude a juicios de valor referentes al instinto humano que suscita atracción entre los sexos, es de recalcar que los delitos contra la libertad sexual exigen la tendencia lasciva o ánimo libidinoso, es decir aquella finalidad consistente en aspirar a excitar o satisfacer el impulso sexual propio o ajeno. En cuanto a la temática que nos acontece, el delito de Otras Agresiones Sexuales, establece diferentes conductas típicas, tales como la agresión sexual diferente a la violación, el tocamiento de carácter sexual, el acceso carnal bucal y la introducción de objetos vía vaginal o anal, las cuales han venido evolucionando en la historia, y de las cuales hemos realizado un estudio pormenorizado de tales situaciones, relacionándolas con las circunstancias agravantes que nuestra legislación regula; asimismo, verificamos la legislación aplicable tanto internacional como nacional. Finalmente desarrollamos encuestas para medir el grado de conocimiento de las conductas que abarca el delito de Otras Agresiones Sexuales, observando que de la muestra tomada dichas conductas son de conocimiento general, lo cual indica que se deben de buscar los mecanismos para un mejor conocimiento.

LISTA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

SIGLAS

LEIV. Ley Especial Integral para una Vida Libre Violencia para las
Mujeres

ABREVIATURAS

Art. Artículo

Cn. Constitución

CP Código penal

Pág. Página

INTRODUCCIÓN

El delito de otras agresiones sexuales conocido anteriormente como abuso deshonesto ha sufrido un largo proceso de cambio en la doctrina nacional e internacional y con esto una evolución en su tipificación en la normativa penal. Hablar de sexualidad y relaciones sexuales, sea cual sea su índole, es hablar de la historia de la humanidad misma y desde mucho tiempo atrás el ser humano buscó cómo regular estas relaciones por medio de normas, lo que implicó que en muchos casos en estas regulaciones se incluyeran valores y criterios éticos propios de la zona y se establecieran duras penas para todas las conductas sexuales que se consideraran desviadas o inmorales.

Hay que tener en cuenta que este delito afecta a uno de los derechos primordiales del ser humano, la libertad. La agresión sexual es una de las formas más primarias de control sobre la víctima al privarla de su capacidad de decisión sobre su propio cuerpo y su proyecto vital, quebrando el sentimiento básico de seguridad. Por este motivo no sólo afecta a su libertad sexual sino a la libertad en general.

El presente trabajo de investigación bibliográfica, nos permitirá realizar un acercamiento a los delitos contra la libertad sexual que aquejan a diario a nuestra sociedad, entre estos encontramos el de Otras Agresiones Sexuales, el cual recientemente ha sido reformado, justamente éste será el tema trascendental para este trabajo de investigación, en el cual profundizaremos en los aspectos doctrinales, jurisprudenciales y jurídicos relevantes de tal delito, por ello se denomina a este trabajo de investigación “Otras Agresiones Sexuales y sus Circunstancias Agravantes” De igual manera haremos énfasis en el estudio de la tipificación y elementos del delito, así como de la legislación nacional e internacional que penaliza el delito de otras agresiones sexuales e impone el proceso penal a aplicar,

también el estudio de la jurisprudencia que por el momento tiene ese delito pues en muchas ocasiones tiende a relacionarse con el delito de violación.

Actualmente, nos encontramos ante una gran alarma social, teniendo en cuenta el aumento de incidencias de agresiones sexuales, el debate actual sobre las penas impuestas a los agresores (consideradas escasas) y la posibilidad de reincidencia.

En el trabajo de investigación que a continuación se lee, desarrollamos cuatro capítulos; el capítulo uno comprende el tema de investigación, iniciando con una reseña histórica sobre los delitos contra la Libertad sexual, partiendo como se ha castigado desde Grecia hasta lo que se conoció como el Derecho de Pernada, esto nos permitirá tener un enfoque general de cómo el Estado a través del Órgano Legislativo, ha ido adecuando y reformando el delito de otras agresiones sexuales; en el capítulo dos abordamos las generalidades del delito, sus diferentes conductas y lo concerniente a la Circunstancias Agravantes como tal.

En el capítulo tres la normativa jurídica salvadoreña del delito y cuáles son las circunstancias agravantes de este sin dejar de lado el principio de legalidad, conocer los casos denunciados en el cometimiento del mismo y la importancia que toma el delito de otras agresiones sexuales con la agravante de que es cometido por la autoridad pública consignada en el artículo 162 numeral 2 del Código Penal, también se hace mención a las convenciones internacionales en relación al delito antes mencionado.

Dichas convenciones han sido ratificadas por el Gobierno, pues en el texto de las mismas se protege a toda aquella persona que sufre algún tipo de delito, o es agredida en su integridad física; en el capítulo cuatro analizaremos los datos obtenidos a partir de una Encuesta como un procedimiento de recolección de datos. En ese sentido, se hará énfasis en la relevancia social del tema en cuanto al ineludible nexo entre principio de legalidad y el delito de

otras agresiones sexuales, dado que en nuestra legislación no refiere claramente que conducta típica se considera como una agresión sexual, pudiendo esto entenderse como una vulneración al Principio de Legalidad.

CAPITULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

No es casual, que los términos “libertad” y “sexualidad” aparezcan vinculados en su origen. El vocablo latino “liber” del que deriva “libre” significa, o tenía el sentido, de persona en la cual el espíritu de procreación se halla activo; se llamó “liber” al joven cuando alcanzaba la madurez sexual, y entonces se incorporaba a la comunidad como hombre capaz de asumir responsabilidades; recibía entonces la “toga virilis” o “toga libera” pasando a ser hombre libre. De ahí nacen varios significados, colaterales, se es libre cuando se está “vacante”, “disponible”, para hacer algo por sí mismo. Es la posibilidad de decidirse y al decidirse de auto determinarse.

Aunque no es este lugar para desmenuzar el alcance y contenido de conceptos tan complejos, que enuncian aspectos y dimensiones esenciales del ser humano en tanto que individuo y en tanto que ser social, sí es preciso hacer una breve llamada, que puede ser útil a la hora de entrar a valorar el alcance y problemática del comportamiento humano, y de sus límites, en lo que vamos a llamar libertad y sexualidad; una llamada a la humildad en la aproximación a los comportamientos humanos, como susceptibles de ser calificados como libres en la dimensión sexual. Esta llamada a la humildad, y el relativismo, en definitiva, en lo que se refiere a la libertad pasa por no olvidar que tal concepto, ha sido, y es entendido y usado de muy diversas maneras en el ámbito cultural que nos es propio.

Esta llamada a la humildad, y al relativismo, en definitiva, en lo que se refiere a la libertad pasa por no olvidar que tal concepto, ha sido, y es entendido y usado de muy diversas maneras en el ámbito cultural que nos es propio; v. gr.

Ha sido entendido como posibilidad de autodeterminación; posibilidad de elección, como acto voluntario, como espontaneidad, como margen de indeterminación, como ausencia de interferencia, como libertad frente a algo, como liberación para algo, como realización de una necesidad. Es un concepto complejo y para entenderlo hay que relacionarlo por contraste con otros, tales como albedrío (libre); autonomía, voluntad, deber, determinismo, indeterminismo, indiferencia, conciencia, etc. La libertad en cuanto autodeterminación, en cuanto posibilidad de elección y en cuanto ausencia de interferencia, resumen, pactando con los numerosos matices y problemas, el acercamiento más próximo que **nos** puede ser útil en el ámbito del Derecho penal; añadiendo alguna otra idea relativizadora como podría ser la de ausencia de coacción; de determinados grados de coacción que el pacto social y político y la ética o moral (en el sentido de costumbres entendida como concepto filosófico y en su dimensión semántica “mos-moris” y no en su dimensión jurídica), consideran intolerables, y en esa medida se encuentran con la barrera.

Las conductas que en la actualidad se conocen como delitos sexuales han existido desde tiempo remotos y han sido castigadas de distintas maneras. En algunas épocas se han considerado con mayor gravedad que en otras; dependiendo del poder que se ejercía sobre las poblaciones, las disputas entre tribus, la presencia de sociedades patriarcales, entre otras características que hicieron de los delitos sexuales algo concebido con normalidad, como un tipo de agresión o venganza aceptable o simplemente como derecho de quienes ostentaban el poder para con sus súbditos

En contexto con la evolución y avance de los tiempos, en armonía con la necesidad de erradicar las acciones de violencia sexual que hasta el momento se habían practicado con tanto auge, las sociedades más avanzadas establecen normas en las cuales plasman ya de una manera más formal la

respuesta para eliminar este tipo de conductas por medio de diferentes sanciones o penas que las desincentiven, con el objetivo de crear una mayor seguridad social entre sus miembros.

1.1 Grecia

En la mitología griega y en las sagas homéricas las agresiones sexuales, son un acto muy frecuente que supone en muchos casos el origen de relaciones estables entre dioses, el nacimiento de otros dioses y la aparición de las diferencias entre los individuos. Es un acto repetido y muy definidor de la conducta del dios fundacional, Zeus y de su hermano Poseidón. Zeus manifestó este comportamiento en sus numerosos “amores”, con mujeres mortales e inmortales. Sus secuestros, raptos y agresiones son muy famosos. Violó a Leda metamorfoseado en cisne para poseerla, violó a Europa metamorfoseado en toro, así como a Ganimedes, un hombre joven, el más hermoso de los mortales raptándolo, así como se representa en la famosa escultura griega de la era clásica, hecha de terracota llamada “El rapto de Ganimedes por Zeus”. Zeus violó también a su madre, Rea, la diosa de la tierra. Su hermana Deméter tampoco escapó de este destino, Zeus la violó, engañándola disfrazado de toro. Después para calmarla y evitar su venganza la engañó por segunda vez, castrando a un cabrón y diciendo que en señal de arrepentimiento se había castrado él mismo. De esta violación nació Perséfone (Core), que también fue violada por su padre, Zeus. Perséfone fue secuestrada (y violada) por Hades, dios del averno que la tomó como mujer y la convirtió en reina del averno.

Poseidón, hermano de Zeus, persiguió a Perséfone para agredirla, pero ella se dio cuenta y se disfrazó de yegua. Poseidón continuó con el engaño disfrazándose de caballo y finalmente, la violó. De esa unión nació una hija

que nunca tuvo nombre y un caballo que se llamaba Arion, un animal admirable dotado con habla y lógica humana (Kerényi, 1951). Poseidón también violó a Aethra, dando lugar al nacimiento de Teseo. Hércules viola a Deianeira, y la convirtió en su mujer, quien intentó vengarse regalándole una túnica envenenada cuando sospechó que se había enamorado de Iole. Pero Zeus le hizo inmortal, le llevó a monte Olimpos donde se casó con Hebe la diosa de juventud.

Solamente Atenea, diosa de la sabiduría y patrona de la ciudad de Atenas, escapó de este destino porque era diferente de las demás mujeres. Ella no fue procreada por una mujer, sino por un hombre, Zeus, dado que fue engendrada por la cabeza de él.

En esta mitología las agresiones se representan como heroicas, necesarias o con resultados positivos para la historia. Por ello, queda de algún modo, legitimada. Los únicos indicios de deslegitimación que podrían llevar a considerar como inadecuado o negativo el acto de la agresión sexual son algunas consecuencias “horribles” a que dan lugar las violaciones, hijos horribles o deformes. Perséfone hija y hermana de Zeus, fruto de su incesto, fue violada por él. De esa unión nació un ser descrito como monstruoso con cabeza de toro. No obstante, la sanción simbólica que supone esta consecuencia, más bien parece sin embargo sanción al doble incesto que a la violación, ya que de las numerosas violaciones que se refieren, solo las doblemente incestuosas parecen tener consecuencias negativas.

En la escultura “El rapto de Ganímedes” Zeus aparece radiante y triunfante raptando al hermoso muchacho. La postura paralela de las figuras no indica agresividad ninguna sino unidad y armonía. En la misma dirección se interpreta la poesía por Píndaro que en su oda olímpica glorifica esa unión como

espiritual entre dios y mortal. El discurso poético legitimador es anterior a la escultura (Walfthall, 1999).

En la *Ilíada* de Homero, el panorama no es muy diferente. Las agresiones y el rapto se embellecen se presentan simplemente como actos de gratitud a otros hombres, como prenda de amistad o como el efecto de un incontenible deseo sexual. En el contexto de la guerra de Troya la violación se debe entender como botín de guerra, como un efecto más de los saqueos en los que se priva al enemigo de sus bienes. Por ejemplo, Vrisida fue ofrecida al heroico Aquiles como concubina. Agamenón forzó a Casandra, y la llevó a Argos, enloquecida por la esclavitud y la violación.

La justificación de las agresiones sexuales que no conllevan violación y la misoginia se apoyan en una “humanización” de la identidad masculina y una “sexualización” de la identidad femenina, que añade que la identidad del hombre es humana, mientras que la de la mujer es solamente sexual¹.

1.2 Roma

La violación tiene una importante presencia en la mitología fundacional de Roma. El rapto de las sabinas, ampliamente representado en la pintura de varias épocas históricas, reproduce el relato mítico construido sobre la época de Rómulo, su primer rey. En dicha época los romanos tienden una trampa a sus vecinos los sabinos, invitándoles a una fiesta en la cual raptan a sus esposas para asegurarse de que los ciudadanos romanos tuviesen descendencia, ante la falta de mujeres que había en la ciudad.

Históricamente, se encuentran antecedentes en la sociedad romana, donde pesaba sobre la mujer libre una carga moral que la obligaba a abstenerse de

¹ Panagiota Koulianou-Manolopoulou y Concepción Fernández Villanueva, “Relatos Culturales y Discursos Jurídicos sobre la violación”, *Athenea Digital*, n. 14: 1-20 (otoño 2008); 1-3.

todo contacto sexual antes del matrimonio y, durante este, podía tenerlo exclusivamente con su marido. Para los hombres, la prescripción era equivalente: ellos no debían causar ofensa a la honestidad de las doncellas (*stuprum*), ni de las esposas de otros hombres (*adulterium*).

En una etapa temprana, la observancia de esta obligación de rectitud en el ejercicio de la sexualidad correspondía al Derecho Penal doméstico en la figura del *pater familias*. Se trataba de un sistema de punición complementario al Derecho Penal respecto de los delitos ejecutados por las personas sometidas a este poder contra el propio jefe de la casa o contra alguna persona dependiente de él, y siempre que tales delitos no fueran incluidos en el Derecho Penal público. Es curioso que se tratara con mayor severidad a la mujer romana que falte a la castidad que al hombre, a quien se le consideraba cómplice del delito correspondiente. Además, solamente se podía exigir responsabilidad de este último cuando estuviera sometido a la potestad de su padre, y únicamente por parte de su propio tribunal doméstico.

Con la llegada de la República, las ofensas a la honestidad de las mujeres juegan un papel menor, dada la estrecha concepción que el derecho de las Doce Tablas tenía de la acción privada por *iniuria*, es difícil que esta acción pudiera concederse por las ofensas a que nos referimos. Al desarrollarse posteriormente el derecho de las Doce Tablas por medio de la *interpretatio*, concedíase dicha acción a la mujer o a la doncella seducidas sin consentimiento ni complicidad por parte de ellas. Esta acción [la acción privada por injurias] no podía serles negada a los parientes de la mujer ofendidos por el hecho, es decir, al padre y al marido; pero las penas pecuniarias, únicas que se permitían, no eran adecuadas a la culpabilidad moral que mediaba en el caso.

En el último siglo de la República, el tratamiento punitivo de las ofensas a la honestidad quedó entregado a la de la llamada *Lex Iulia de adulteriis coercendis* (XVIII a. C.), que separó de forma definitiva los delitos de *stuprum* y *adulterium* y sometió al procedimiento acusatorio y a pena de carácter criminal, no civil, las ofensas a la castidad. Esta ley siguió siendo la reguladora de este delito hasta los tiempos más adelantados.

Bajo el tenor de esta ley, el Derecho solo se hacía cargo de las ofensas al pudor respecto a las mujeres libres obligadas a guardar castidad —*matronae, matres familias*—, dejando fuera a las esclavas y otras mujeres, como prostitutas, dueñas de burdeles —casadas o no— y concubinas, cuya condición social no las obligaba a ser castas, y castigaba también a los hombres que cometieran el delito con ellas.

La inclusión de este nuevo sistema que extrajo del poder doméstico los casos de cualquier agresión sexual y adulterio fue altamente criticada. Se consideró que la modificación atacaba la tradición de la jurisdicción doméstica, pero principalmente se le reprochaba hacer de dominio público las situaciones irregulares de las familias y dejarlas expuestas al escándalo, que en épocas pasadas acarrearía una desvalorización de la reputación de la mujer, quien perdía opciones para la función a la que estaba encaminada: el matrimonio.

En el derecho romano la sodomía constituía delito y se clasificaba dentro de la noción de *stuprum*, pero su especialidad era indicada con las palabras *cum maxculo*. En la época republicana probablemente fue castigada en forma más grave que las demás especies de estupro, y la represión se adelantaba mediante el procedimiento edil-comicial. En las postrimerías de la república y al principio del imperio, el hecho se castigaba con la pena de seis mil sestercios aplicable a ambos fornicadores. La legislación de Augusto no estableció

específicamente este delito, pero el derecho justiniano lo incluyó entre los crímenes contra la castidad².

1.3 Edad Media

En época medieval en el siglo XIV y XVI, en los documentos nunca emplearon el término violación para referirse a la agresión sexual, sino los de «conocer carnalmente», «dormir» con una mujer, «echarse carnalmente» con ella, todas son expresiones que vienen acompañadas por los términos «por fuerza» o «contra su voluntad», indicativos de que el delito ha existido no por el mantenimiento de una relación sexual ilegítima, sino por haber sido ésta llevada a cabo contra la voluntad de la víctima y mediante el uso de la fuerza física o la amenaza.

El uso de dicha fuerza es el primer elemento constitutivo de delito, mientras que el segundo consiste en que dicho acto ha ocasionado la pérdida de la virginidad; en ese caso a él pertenece la mayor parte de las agresiones estudiadas, la documentación añade siempre que el agresor ha «corrompido» o ha «habido» la virginidad de la víctima lo cual fue sin duda una circunstancia agravante, por cuanto a la fuerza se añadió la deshonor para la mujer y su grupo familiar. Estas cuestiones de vocabulario tuvieron gran importancia en los procesos judiciales y en la aplicación de las penas para los delitos medievales.

Resulta imposible establecer una descripción social de los agresores, pues aparece la implicación de los sujetos pertenecientes tanto a las clases más elevadas como a las más bajas de la sociedad y vinculados tanto al mundo rural como al mundo urbano. En el fondo la amplia participación de hombres

² Santiago Fernández Collado, "El Delito de Estupro: su historia y vinculación con el bien jurídico protegido", *DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO-Revista Internacional*, (2010), 56-63.

de clase alta en las agresiones ha sido destacada por Iñaki Bazán, en el País Vasco como la de los llamados «parientes mayores» pertenecientes a la oligarquía o sectores privilegiados urbanos de la época medieval³.

Por lo tanto podemos decir que existió un conjunto de mujeres que fue víctima de una agresión sexual, en dicho conjunto hallamos menciones relativas a distintos sectores sociales, de ciertos grupos que podríamos calificar como «de riesgo» porque las mujeres pertenecientes a ellos parecen haber sido objeto, con mayor facilidad que las vinculadas a otros ámbitos sociales de una agresión sexual, entre ellos sobresalen de manera particular las criadas, doncellas o mozas que se hallaban prestando sus servicios domésticos en las residencias de otros familiares o de familias de la oligarquía. Así lo ha destacado la mayor parte de los investigadores que se han acercado a este tema tanto desde el punto de vista del estudio de la violación o agresión como del estudio del servicio doméstico bajomedieval.

Según Iñaki Bazán afirmar que «las denuncias señalan a las sirvientas domésticas procedentes del mundo rural alejadas del hogar paterno como víctimas por excelencia de la lubricidad de sus amos»; en los siglos XVI y XVII habrían sido chicas domésticas o mozas de servicio. En cualquier caso más allá de la constatación del hecho, resulta interesante preguntarse sobre sus posibles causas y tratar de entender por qué estas chicas constituyeron un grupo especialmente a sufrir este delito.

La respuesta que los diversos investigadores han dado a esta pregunta gira fundamentalmente en torno a la falta de apoyo del grupo familiar que estas

³ “Consideraciones en entorno al Delito de Agresión Sexual en la Edad Media”, Universidad de Córdoba, acceso el 08 de septiembre de 2020, http://www.durango-udala.net/portaIDurango/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_524_1.pdf

chicas experimentaron durante su trabajo, puesto que al hallarse fuera de su hogar desprovistas de la tutela de padres y hermanos (es decir de los varones «protectores» de la familia), y de la solidaridad vecinal presente en el barrio o aldea donde habitualmente habían residido, habrían sido no solo personas a las que asaltar con mayor facilidad y oportunidades sino sobre todo víctimas cuya agresión habría tenido una menor repercusión.

Otra posible causa que favoreció la «fragilidad» de las mozas de servicio ante esta modalidad de agresión fue la realización de numerosas actividades laborales fuera del marco doméstico, puesto que con frecuencia las chicas tenían la obligación de acudir al mercado por productos alimenticios, a las tabernas por vino, debiendo andar por calles y zonas urbanas a veces problemáticas o donde podía surgir la oportunidad de cometer el delito para un violador.

Para Iñaki Bazán destaca cómo estas mujeres al contrario de lo que solía ocurrir con las de condición social más elevada, podían caminar por las calles con mayor libertad en numerosas ocasiones no iban acompañadas por otras mujeres y solían además frecuentar lugares de mayor riesgo en ámbitos públicos como calles, plazas y mercados y lugares privados.

Incluso se puede hablar de la dudosa fama pública y escasa consideración social de que gozaban las mujeres de condición humilde y que debilitaba su protección a nivel social. En este grupo se incluyen todas las mujeres que se hallaban en situación de marginación por motivos morales (prostitutas, mancebas) o económicos (pobres), pues gracias a las declaraciones conservadas en los procesos judiciales de la época es posible documentar cómo los abogados solían insistir en que su defendidas habían sido objeto de una violación, «siendo su parte moza virgen y de buena fama», evidenciando el valor que la preservación de la virginidad y la ordenada conducta moral

otorgaban a la mujer medieval para hacer creíble que había sido objeto de agresión sexual o violación y protegerla ante este delito.

De hecho, la conducta moral de la víctima reunía tal importancia que en las líneas generales (aunque hubo excepciones), la legislación de la época tanto a nivel municipal (fueros y ordenanzas) como a nivel de la Corona, no consideró objeto de castigo la violación llevada a cabo sobre una prostituta o cuando menos no la consideró motivo suficiente para condenar a muerte al agresor como indicaba que la pena de muerte no debía ser aplicada si la violada era una prostituta.

Pero no sólo la conducta moral, la falta de protección familiar, la visita frecuente de lugares peligrosos o la situación indefensa de las chicas favorecía la posibilidad de una violación, sino la presencia de un defecto físico o psíquico. En este sentido es llamativo que se documenten violaciones llevadas a cabo sobre mujeres que por razón de sufrir alguna minusvalía (síndrome Dawn, sordomudas, ciegas), ni supieron ni pudieron defenderse ni sobre todo fueron capaces de identificar y denunciar a su agresor; y en particular se documentan violaciones de chicas mudas que no pueden gritar en el momento en que son agredidas, que no pueden testificar más que de forma indirecta llegado el momento de exponer los hechos ante la justicia, que vieron cómo a la fragilidad derivada de su condición de minusválidas vino a sumarse la ocasionada por la agresión sexual.

Por lo que se refiere a las oportunidades y métodos con que los agresores llevaron a cabo su acción delictiva, hay que decir que en todos los estudios realizados destacan dos ámbitos geográficos como lugares donde con mayor frecuencia las agresiones sexuales o violaciones fueron cometidas. El interior del hogar en el mundo urbano, en particular cámaras o dormitorios de las víctimas; y los caminos o lugares despoblados en el mundo rural. Si se piensa

bien los dos ámbitos resultan igualmente lógicos, el hogar en el marco espacial urbano tiene la ventaja de constituir un espacio aislado, sin testigos, sin molestias, sin posibilidad para la víctima de obtener defensa vecinal o pública, el camino despoblado en el mundo rural es semejante la víctima no puede pedir ayuda, ni hay testigos, ni posibles auxilios, puesto que por más que grite nadie podrá escucharla.

En la época medieval en cuanto a los métodos o procedimientos usados por los agresores hay que decir que apenas se documenta en la Península la agresión o violación colectiva, llevada a cabo por un grupo de hombres con ánimo de venganza u ofensa contra un grupo familiar o sobre diversas mujeres al mismo tiempo; es siempre una violación individual realizada por un sujeto concreto y contra una víctima también concreta y única. En ese sentido destaca el que esas violaciones fueran siempre cuestión de dos si aparecen terceras personas lo hacen bajo la forma de cómplices o encubridores del delito, por no actuar contra el agresor o callar lo que sabían del crimen, pero no como agresores que consumaran la relación sexual con la víctima.

Para la época medieval como para los siglos posteriores, destacar el alto grado de ocultación que el mismo presenta. Las víctimas rara vez denunciaban los hechos a veces por vergüenza ante los ojos de sus propios familiares o de sus vecinos, en ocasiones por miedo a la venganza del agresor o a la de los miembros de su grupo familiar, en otras ocasiones por temor a las amenazas directas dirigidas por el violador a su víctima a veces incluso por la promesa de matrimonio o de futuros regalos realizada por el agresor, y en no pocas ocasiones por falta de confianza en la resolución del caso en los tribunales de justicia.

En la época medieval con la que se sigue produciendo en **nuestros** días es la prevención de las justicias ante el posible engaño de la parte ofendida, lo que

conlleva la necesidad impuesta a la víctima de evidenciar de manera pública y de los hechos. Ya **nos hemos** referido a la necesidad de acreditar que se era «moza virgen y de buena fama», o sea, de mantener una ordenada conducta moral y sexual para hacer creíble una denuncia por violación, pero además de ello en tiempos medievales se elaboró toda una legislación sobre el modo de proceder que debían tener las mujeres que hubieran sufrido una agresión sexual para hacer creíble ante la justicia la comisión del delito y su falta de consentimiento a la agresión sexual.

Todo ello se hacía necesario en relación con la dificultad que entonces como ahora, revestía probar ante la justicia la existencia de una agresión o violación puesto que en muchos casos no había más pruebas de los hechos que la palabra de la víctima contra la del agresor. Y más en la época medieval pues como muy bien ha destacado Iñaki Bazán, al menos en **nuestros** días existen medios médicos de comprobación y técnicas forenses que permiten examinar lo sucedido a la luz de las evidencias dejadas por los protagonistas, pero en la época medieval todo dependía de las declaraciones y fiabilidad de los testigos o del reconocimiento de las parteras que pudieran ofrecer su opinión sobre la existencia de la agresión y el momento y circunstancias en que se había producido. De ahí que fueran tan importantes contar con las declaraciones de testigos.

En la Edad Media en cuanto a las consecuencias de la agresión, **debemos** separar las que tuvo para los agresores de las que tuvo para las víctimas. En el primer caso la legislación medieval castigó usualmente con la pena capital la violación en particular si la misma había sido realizada contra una menor de edad o contra una mujer casada de clase superior porque tales extremos representaron otros tantos agravantes del delito; pero en la práctica las condenas impuestas rara vez alcanzaron la pena de muerte, sino que fueron conmutadas por penas de destierro aplicación de penas corporales o

sanciones económicas. En todos los territorios europeos se documenta este mismo fenómeno, todos los violadores eran condenados a pena de muerte pero ninguna sentencia era aplicada quizá en parte porque a la hora de la verdad la sociedad medieval consideraba desproporcionada la aplicación de la pena capital por un delito donde había agresión física y moral, pero no homicidio; quizás porque resultaba difícil convencer a la justicia de que la violación había existido sin sombra de duda y de que la misma no obedecía a motivos reales y probablemente también porque no existía en la época los suficientes mecanismos judiciales para conseguir la conmutación de la pena.

Para la agresión sexual como muchos otros delitos, existieron acuerdos particulares que **nos** pueden resultar un tanto sorprendentes, en época medieval fueron muy habituales pues garantizaban la recepción de una compensación sin afrontar los riesgos y los costes que todo proceso judicial representaba, se conocía como un pacto privado entre la parte agresora y la agredida que condujo directamente al matrimonio entre ellos, de hecho ya en época medieval se desconfiaba de que esta costumbre diera lugar a fraudes (haciendo pasar por violaciones lo que no eran sino relaciones sexuales voluntarias para forzar un matrimonios), pero lo cierto es que fue vista como una solución aceptable por parte de la sociedad medieval.

1.4 El Derecho de Pernada

El derecho de pernada es el derecho de los señores a tomar a sus siervas el día en que se casaban. La vigencia, de esta ley no escrita, estuvo presente en España durante la Edad Media. Era una práctica que no estaba recogida en ningún código legal, pero estaba socialmente admitida, siendo una forma de imponer su poder a las familias que eran dependientes de ellos. Aunque se desconoce su origen, diversos estudios estiman que el derecho de pernada es

una tradición de origen germánico, donde el señor se reservaba el desflorar a la novia.

Existen teorías, que indican que el derecho de pernada era algo simbólico, pero lo que no se puede negar es que el abuso sexual sobre mujeres de escalas inferiores en la sociedad era algo común. Este abuso no se daba únicamente en la noche de bodas, sino que podía ser un abuso continuado, ante el cual los súbditos miraban hacia otro lado debido a la superioridad del señor y al temor hacia el mismo. Había casos en el que los padres o maridos ponían a disposición de su señor a su mujer o hija, con el objetivo de conseguir algo a cambio.

En otros casos, los siervos no tenían manera alguna de denunciar el abuso y la mujer debía convivir con la deshonra. La situación se degradó hasta el punto, en el que los soldados de las fortalezas, apoyados en el poder de su posición y la representación del señor que ostentaban, violaban a las mujeres con total impunidad.

Uno de los factores que provocaban la ambigüedad legal del derecho de pernada fue que la unión entre siervos no estuvo reconocida hasta el siglo XII, basándose esas uniones en la conformidad de los padres y de la sociedad. La importancia del matrimonio radica en que éste es bendecido por Dios, tomando conciencia de su significado los siervos, a la vez que un halo de dignidad nacía en ellos. Esa dignidad hizo que se fueran oponiendo poco a poco a los que abusaban de ellos⁴.

⁴ “Diario Digital de información general”. Comunicación S.L Madrid, España, acceso el 09 de septiembre de 2020, <https://www.nuevatribuna.es/articulo/historia/sexualidad-edad-media/20170605204107140539.html>

1.5 Evolución Histórica del delito de Otras Agresiones Sexuales en la Legislación Penal Salvadoreña.

Las normas salvadoreñas no es la excepción, al establecer la pena de prisión a quien actúe en perjuicio de la integridad física y psicológica de una persona en agresión a su libertad sexual, siendo de esta forma que se ha modificado en los últimos años la tipificación de los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal, el cual determina las penas aplicables a cada delito de índole sexual con el fin de proteger a sus ciudadanos.

Sin embargo, esta normativa ha sido objeto de varias modificaciones a lo largo de los años, tratando de mejorar la redacción de los tipos penales que la conforman para conseguir una mejor adaptación con el entorno evolutivo de la sociedad salvadoreña como para mejorar su cobertura normativa, concluyendo así en una mayor eficacia. Hasta la fecha siguen registrándose cambios en los delitos sexuales, lo que surge la pregunta del porqué de tantas variaciones, cuáles han sido las razones de la necesidad de variar tan a menudo la normativa penal en este campo y cuáles han sido las consecuencias de esta inestabilidad en la práctica judicial y más concretamente en lo que a la seguridad jurídica respecta⁵.

Al respecto, el delito de Otras Agresiones Sexuales ha tenido su evolución dentro de los cuerpos normativos penales salvadoreños, el cual ha sido definido de diferentes formas, por lo que realizaremos una breve reseña de cada uno de esos cuerpos normativos en general.

El primer Código Penal fue decretado el 13 de abril de 1826, constaba de 840 artículos y apareció en la Recopilación de Leyes Patrias de 1855, obra del

⁵ Roberto Carlos Alfaro, Carlos Arnoldo Avilés, Carmen Esmeralda Hernández Villavicencio, "*Delito contra la libertad sexual*" (tesis Universidad Francisco Gavidia, 2007).

Presbítero y Doctor Isidro Menéndez. La elaboración de este Código fue posible, gracias a la ayuda del ciudadano José Mateo Ibarra, quien, a su regreso de Madrid, trajo un ejemplar del Código Penal español de 1822, tomándose como base para redactar **nuestro** primer cuerpo de leyes penales. Para la aprobación del mismo, cooperó en notable forma don José Mariano Méndez, diputado por el Departamento de Sonsonate.

Este Código Penal con reforma en el año 1837 en el capítulo IV. De los Raptos Fuerza y Violencia contra las personas y violación de los enterramientos, en su art. 649 mencionaba: *“El que cometiera cualquier otro ultraje público contra el poder de una persona, sorprendiéndola o violentándola, sufrirá una reclusión de cuatro meses a un año y dos años más de destierro del lugar en donde habita la persona.*

Si fuere mujer publica conocida por tal falta ofendida, sufrirá el reo un arresto de uno a seis meses.”

Posteriormente el 20 de septiembre de 1859, fue promulgado el segundo Código Penal, fue elaborado por una Comisión que integraron los Licenciados José María Silva y Ángel Quiroz, fue objeto de estudio por parte de una Comisión "Revisora", formada por los Licenciados Tomás Ayón, Eustaquio Cuéllar y Anselmo País, éste último como Presidente de la Corte Suprema de Justicia, siendo Presidente de la República, el Capitán General Gerardo Barrios.

El tercer Código, fue redactado por una Comisión integrada por los señores José Trigueros, Antonio Ruiz y Jacinto Castellanos, constaba de 541 artículos y fue declarado Ley, el 19 de diciembre de 1881, siendo Presidente de la República, don Rafael Zaldívar, a continuación el 8 de octubre de 1904, se promulgo un nuevo Código Penal el cual fue elaborado por los Licenciados Teodosio Carranza, Manuel Delgado y Salvador Gallegos, asistidos por el

doctor Tomás G Palomo, donde en su libro segundo capítulo II nos mencionaba los delitos de violación y abuso deshonestos, en el art. 391 dice: *“La violación de una mujer será castigada con nueve año de presidio. Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los casos siguientes:*

1° Cuando se usare de fuerza o intimidación.

2° Cuando la mujer se hallare privada de razón o sentido por cualquier causa”.

Luego en el año de 1973 se promulga el Código Penal, el cual dura veintiocho años, haciéndoles en el transcurso de ese tiempo algunas reformas, este Código Penal entra con un nuevo ordenamiento legal de los delitos atendiendo al bien jurídico tutelado por el Estado, es así, que “se regula en el Título III delitos contra el pudor y la libertad sexual, en el Capítulo I violación, estupro, abuso deshonesto y rapto”.

Es así que, lo referente a Otras Agresiones Sexuales, en dicho ordenamiento jurídico de 1973 se conocía como “Abusos Deshonestos”, el cual, de acuerdo al artículo 199, consistía en *“El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo con actos diversos del acceso carnal, si concurriere cualquiera de las circunstancias de la violación, será sancionado con pena de prisión de uno a tres años. Si la ofendida fuere mujer menor de dieciséis años y no mediare violencia, la sanción será de seis meses a dos años de prisión”;* asimismo, en el artículo 518 numeral 5° “Actos contrarios a las buenas costumbres y al decoro público”, se menciona como falta lo referente al tocamiento de carácter sexual, siendo este *“El que aprovechándose de aglomeraciones públicas o de descuido de quien transita por calles o lugares públicos, realizare tocamiento impúdicos, si la ofendida fuere menor de doce años, o colegiala uniformada, la sanción será la máxima”* (treinta días multa).

Y finalmente el código Penal, en el año 1998⁶, el cual se encuentra vigente a la fecha.

⁶ José Enrique Silva, *Introducción al Estudio del Derecho Penal Salvadoreño* (San Salvador, El Salvador) 1-4.

CAPITULO II. GENERALIDADES DEL DELITO DE OTRAS AGRESIONES SEXUALES Y SUS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.

La Violencia Sexual “Es toda conducta que amenace o vulnere el derecho de la mujer a decidir voluntariamente su vida sexual, comprendida en ésta no sólo el acto sexual sino toda forma de contacto o acceso sexual, genital o no genital, con independencia de que la persona agresora guarde o no relación conyugal, de pareja, social, laboral, afectiva o de parentesco con la mujer víctima”. Se dice también que son todas acciones u omisiones que amenazan, ponen en riesgo o lesionan la libertad, seguridad, integridad y desarrollo psicosexual de las mujeres, como miradas o palabras lascivas, hostigamiento, prácticas sexuales no voluntarias, acoso, explotación sexual comercial, trata de personas para la explotación sexual o el uso denigrante de la imagen de las mujeres.

La Organización Mundial de la Salud definió la violencia sexual⁷ como: “cualquier acto sexual, intento para obtener un acto sexual, comentarios o insinuaciones sexuales no deseadas, o actos para traficar o de otra manera dirigido, en contra de la sexualidad de la persona por medio de coerción, por cualquier persona sin importar su relación a la víctima, en cualquier lugar, incluyendo pero no limitado al hogar o el trabajo”.

⁷ Citado por Vilma Guadalupe Portillo Cienfuegos, *Estudio Sobre la Situación y la Calidad de los Servicios Seleccionados de Atención a la Violencia Sexual en El Salvador* (San Salvador: ARDISA, 2011), 7. Sobre este aspecto, El Estatuto de Roma en el artículo 7 ha tipificado algunos de los delitos de naturaleza sexual, como crímenes de lesa humanidad, entre ellos la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo y esterilización forzados.

La Violencia Sexual es una de las formas más críticas de violencia, es una forma de ejercicio de poder y una expresión de las desigualdades que existen entre los sexos, afecta en mayor proporción a las mujeres y a las niñas. Atenta contra la dignidad y la libertad sexual de las personas, vulnerando sus derechos sexuales o reproductivos mediante el uso de la fuerza o la amenaza de usarla, la intimidación, la coerción, el chantaje, soborno, manipulación o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal acerca de la sexualidad o reproducción.

En el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁸, sobre derechos sexuales, se menciona que la utilización de la violencia sexual es una forma de tortura por parte del Estado, pues en varias ocasiones y en circunstancias de situaciones de emergencia, los militares con frecuencia recurrían al abuso sexual y violación contra grupos de civiles sobre los que se sospechaba que actuaban colaborando con grupos insurrectos. Así se demostró que la violencia sexual es utilizada como una forma de tortura, ya que no hubo para la víctima otro tipo de agravios⁹. Este tipo de violencia se da muchas veces entre los parientes de los niños como tíos, primos, abuelos, etc., que obligan a los niños a realizar actos sexuales frente a ellos, tales como masturbación o mostrarles sus órganos sexuales, etc.

En estos casos la familia o la víctima difícilmente recurre a las autoridades a denunciar el caso de violencia sexual por vergüenza, porque las autoridades

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Estándares Jurídicos Vinculados a la Igualdad de Género y a los Derechos de las Mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Desarrollo y Aplicación (2011), 27. La recomendación general 19 del CEDAW refiere que la pobreza y el desempleo aumentan las oportunidades de trata, existen nuevas formas de explotación sexual: el turismo sexual, contratación de trabajadoras domésticas en países en desarrollo y el casamiento de mujeres de países subdesarrollados con extranjeros

⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe No. 5/96, Referencia 10.970*, (Perú, 1986).

no dan resultados a la situación, porque no les creen a los niños o porque consideran que los mayores tienen todo el derecho sobre ellos y que el esposo tiene todo el derecho sobre la mujer, lo cual es una ideología errónea¹⁰.

En este tipo de violencia, está contenida la violencia física y la psicoemocional pues el daño producido es tanto físico (por que el sometimiento corporal) como el psicoemocional (el uso de palabras hirientes, devaluatorias y, humillantes). Algunas manifestaciones más evidentes son:

La violación, tocamientos corporales sin su consentimiento, obligar a la mujer a tener relaciones sexuales o adoptar ciertas posiciones sexuales, burlarse de su cuerpo o compararla con otras mujeres, obligarla a ver o acariciar el cuerpo del agresor, hostigarla sexualmente, entre otras. Comentarios y gestos sexuales no deseados, exigencias sexuales bajo presión o amenaza, agresiones sexuales con armas u objetos¹¹.

Se considera que en esta etapa se pueden dar lo que en lenguaje coloquial se llama los famosos piropos de parte del hombre hacia la mujer y de mujeres con diferente identidad sexual para llamar la atención de la mujer.

Ahora bien, al hablar de las Otras Agresiones Sexuales descritas en el art. 160 CP, estas han venido a reemplazar lo que anteriormente se conocía como Abusos Deshonestos, a partir de la entrada en vigencia del Código Penal de 1998, con novedades de contenido además de las atinentes al cambio de denominación: unas provenientes de la coetánea modificación sufrida por el delito de violación, cuyas circunstancias comparten ambas infracciones (violencia). Entre estas merecen destacarse la eliminación del fuerte tinte

¹⁰ Arístides Vara Horna, *Mitos y Verdades Sobre la Violencia Familiar. Hacia una Delimitación Conceptual Basada en Evidencias* (Lima: Tomo II, Volumen. II, 2ªedición, 2006), 43 y 44

¹¹ Santiago Genovés Tarazaga, *Comportamiento y Violencia Sexual en Contra de la Mujer* (México: Editorial terranova, 2000), 656.

moralista que impregnaba a la figura al estudiar en su antigua versión por el término “deshonestos”, ahora suprimido, y la adición de las modalidades agravadas, antes conocidas en el texto punitivo.

Por agresión sexual podemos entender, en principio, aquel comportamiento mediante el cual se impone a otra persona una conducta lubrica- distinta del acceso carnal-, recayente sobre el cuerpo de ésta, del que el sujeto activo se sirve para su personal complacencia erótica o de un tercero (incluso del propio sujeto pasivo), contra o sin el consentimiento válidamente prestado por la víctima¹².

Al hablar del delito de Otras Agresiones Sexuales nos encontramos con una figura delictiva con múltiple perfil, de reciente reforma, que tiene como único objeto el salvaguardar la libertad sexual, aunque este en ocasiones resulta difícil hacer el juicio de tipicidad de esta conducta en relación a otras, pero con realizar una interpretación sistemática, se puede encontrar una distinción, puesto que en este tipo penal quedan comprendidas conductas de imposición violenta o intimidatoria de relaciones o contactos sexuales¹³. En dicho delito se comprenden diferentes tipos tales como la agresión sexual no constituyente de violación, el tocamiento de carácter sexual, el acceso carnal bucal y la introducción de objetos vía anal o vaginal por lo que es inherente el estudio de cada acción a fin de determinar el alcance y límite de cada una de estas.

De acuerdo con la doctrina general sobre este delito, en términos generales se comete Otras Agresiones Sexuales cuando se realizan actos corporales de

¹² Enrique Orts Berenguer, *Delitos contra la libertad sexual*, (Valencia, 1995), 160.

¹³ Sala de lo Penal, Sentencia de Casación, Referencia 73-CAS-2004 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2004).

lubricidad, distintos de la relación sexual y que no tienden directamente a ella, cualquiera que sea el sexo de sus protagonistas activos o pasivos.

El autor Manuel Osorio, en el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, pagina 13, **nos** establece el siguiente concepto: “Delito consistente en cometer actos libidinosos con personas de uno u otro sexo, menor en cierta edad, privada de razón o de sentido, o mediante el uso de la fuerza o intimidación, sin que haya acceso carnal. Este delito se agrava cuando el sujeto activo es pariente en determinado grado, un sacerdote o un encargado de la educación o guarda del sujeto pasivo”.

David Lorenzo Morrillas Fernández, Rosa María Patró Hernández y Marta María Aguilar Cárceles, en su obra Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización, paginas 573 al 577, definen la violencia sexual “como todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseadas, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de *esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo.*”

Según el autor José Luis Díez Ripollés la agresión sexual: “*es una manifestación del instinto sexual, por regla general no plantea excesivos problemática en la calificación de agresión sexual de que aquellos actos en los que se impliquen los órganos genitales, especialmente en caso de penetración. En cuanto se trata de otro tipo de actos que no tiene ese carácter tan claramente sexual porque no intervienen los órganos genitales, como sucede por ejemplo con los besos y tocamiento de otras partes del cuerpo su calificación como acto sexual que pudieran ser relevantes para el tipo de agresión sexual*”

Los actos de violencia sexual pueden ser muy variados y producirse en circunstancias muy distintas, tal como las agresiones sexuales, para la cual es importante diferenciarlo de otros actos, en cuanto a la agresión sexual como ya **hemos** mencionado es cualquier acto contra la libertad sexual de una persona, utilizando para ello violencia o intimidación, igual si implica que esa agresión sexual consista en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal (Violación), o introducción de miembros corporales u objetos. En este tipo de delito tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo puede ser cualquier persona, resultando hombres y/o mujeres y dentro de una relación homosexual o heterosexual.

Conducta Típica.

La fórmula usada por el legislador es bastante acertada para abarcar todo comportamiento lúbrico susceptible para ser tipificado de agresivo. La cuestión es si, efectivamente, cualquier comportamiento lúbrico acompañado de una de las circunstancias del artículo 160, da lugar a un delito de Otras Agresiones Sexuales.

Al respecto se han analizado varias soluciones que han girado en torno a si la agresión sexual precisa del contacto físico entre los sujetos activo y pasivo o no y, en gran medida, tienen su origen en una serie de sucesos posibles, con indudables connotaciones sexuales. Tales sucesos pueden consistir, substancialmente, en forzar o inducir a otro a que realice un acto lúbrico, bien consigo mismo, bien con un tercero, bien con un objeto; en obligarle a mostrarse desnudo o a contemplar actos de aquella índole; asimismo, pueden consistir en tocamientos realizados en el cuerpo de la víctima por sorpresa,

con engaño o aprovechando la apretada concurrencia de personas en un espacio limitado; o en observar a alguien en su intimidad¹⁴.

El sustantivo *agresión* tiene varias acepciones, de entre las cuales la utilizada acaso con más frecuencia es la que da idea de ataque, de acometimiento, de lanzarse contra alguien para herirle, golpearle o causarle cualquier daño; aunque tampoco es rara la de acto que lesiona o infringe el derecho de otro. Y, muy probablemente ambas deban conjugarse para aquilatar la tipificación de la conducta punible efectuada por el legislador, pues si la primera cuadra aceptablemente con la modalidad caracterizada por el uso de la fuerza, no se compadece, en cambio, tan bien con las demás que vienen a congeniar mejor con la segunda.

Cabe hablar de la coexistencia de dos conceptos de agresión sexual: un primero según el cual será agresión sexual todo ataque de esta naturaleza, plasmado en un contacto físico; y un segundo, con arreglo al que se podría llegar a considerar agresión sexual todo ataque distinto del específico de la violación, aunque del mismo género, con la concurrencia de las repetidas circunstancias.

Aspecto Objetivo.

Sujeto Activo y Pasivo

Los sujetos del delito de agresiones sexuales son indiferenciados. Tanto sujeto activo como pasivo lo son cualquiera, el hombre y/o la mujer. Y a diferencia de en la violación, al no presentar el tipo ninguna específica en la conducta que

¹⁴ Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 1993.

obligue a matizarlas, caben todas las combinaciones posibles: mujer-mujer, mujer-hombre; hombre-hombre y hombre-mujer.

Carmen LAMARCA PÈREZ, señala, que aunque es constatable empíricamente que son los hombres los que casi de modo exclusivo ejercen la violencia sexual, no es menos cierto que la víctima, es también el propio hombre, lo que destierra el argumento de que la igualación sea innecesaria, y mucho menos arbitraria. Y apunta que el ejercicio del “poder” a través del sexo no es privativo del género masculino, si bien las mujeres que también lo ejercen “indiscutiblemente”, no suelen recurrir a la violencia.

Aspecto Subjetivo

En general, se admite por doctrina y jurisprudencia la concurrencia de un elemento subjetivo en el delito de agresiones sexuales, cual es el propósito lúbrico, la tendencia lasciva. En efecto, las agresiones sexuales pertenecen a la categoría de los delitos de tendencia interna trascendente, y en ellas radica como elemento subjetivo el ánimo lubrico. Elemento que, en puridad, debe quedar contraído al propósito de tener contactos corporales con el sujeto pasivo, con exclusión del acceso carnal. De modo que un tocamiento o cualquier otra maniobra, por más que implique a las partes más íntimas de los cuerpos de los sujetos intervinientes, no satisfaga las exigencias del tipo del artículo 160, de no estar trascendido por un ánimo libidinoso.

Una aclaración importante tras la aceptación de la presencia de un elemento subjetivo en el tipo del artículo 160 a partir de la cuestión atinente a si debe considerarse constitutiva de agresión sexual la conducta de un sujeto, perfectamente ajustada a la descripción gráfica, pero realizada sin ánimo libidinoso o mejor, con ánimo vengativo, vejatorio, injurioso. Habiéndose destacado por algunos autores que si aquel elemento subjetivo interviene en

la composición del repetido delito, habrán de erradicarse del mismo comportamientos que de otro modo caerían de lleno en el de comparecer el referido elemento¹⁵.

Radicalmente ha de subrayarse que la pertenencia del elemento subjetivo antedicho al tipo de agresiones sexuales es compatible, sin ningún género de duda, con designios vejatorios¹⁶. Lo que importa es que el sujeto al establecer un contacto lúbrico con la víctima, lo haga con voluntad plena de realizar un acto de naturaleza sexual, con consciencia también plena de esa naturaleza-cosa que no sucederá en una exploración ginecológica, por ejemplo, al faltar ese ánimo. El sujeto activo ha de querer, por tanto, hacer al pasivo objeto de maniobras incontrovertiblemente sexuales, sabiendo que lo son y precisamente porque lo son. Y esta actitud interna no debe confundirse con el móvil perseguido por el agente. El móvil puede ser vindicativo, el sujeto activo puede pretender la humillación de la víctima por despecho o para desquitarse de un agravio anterior, incluso sin perseguir el menor deleite venéreo, pero si a tal fin realiza actos de indudable carácter sexual, conociendo ese carácter y queriendo llevarlos a cabo, se da el requerido elemento subjetivo y nada obstaculiza a la apreciación del delito.

Bien Jurídico Protegido.

El bien jurídico posee una trascendencia ontológica, dogmática y práctica, indeclinable. De su esencia, entidad y contenido depende no solo la estructuración técnica, sino la propia existencia del ordenamiento punitivo de cualquier Estado de cultura.

¹⁵ Díez Ripollès, *Las últimas reformas en Derecho Penal sexual*, (Madrid, 1992), 68-69.

¹⁶ Bajo Fernández-Díaz Maroto, *Manual de Derecho Penal*, (Madrid, 1992), 219

Por ello, destacar el valor que el bien jurídico tiene en el Derecho penal constituye tarea superflua e innecesaria. En consecuencia, el estudio dogmático de todo tipo penal no puede dejar de iniciarse sin la previa determinación del objeto jurídico protegido en él, el cual, no solo constituirá el punto de partida, sino que se convertirá en el eje central en torno al que gira la interpretación y construcción sistemática del precepto en cuestión.

De entre la variada gama de opiniones doctrinales existentes en torno a la concreción del objeto jurídico protegido en el delito de otras agresiones sexuales, **hemos** agrupado en tres las que se presentan con carácter mayoritario; de una parte la que defiende la honestidad y el pudor como bienes jurídicos protegidos; de otra, la posición que alude a diferentes intereses de la más variada índole susceptibles de ser tutelados; y finalmente la opinión más generalizada recientemente que destaca la libertad sexual como objeto de protección más idóneo en la figura jurídica de estudio en esta oportunidad.

La Honestidad y el pudor como bienes jurídicos protegidos.

En opinión de ciertos autores, el delito de otras agresiones sexuales atenta, simple y llanamente, contra la honestidad del sujeto. Para otro sector doctrinal, es el *pudor* ajeno el bien jurídicamente protegido. En este sentido dice MENDOZA DURAN que las leyes describen la figura de otras agresiones sexuales para tutelar la pudicia individual, figura que en ausencia de otras consecuencias para la víctima, se reduce a una falta contra su pudor sexual. De forma semejante se expresa el autor LOPEZ BOLADO que equipara ambos conceptos –honestidad y pudor- como intereses protegidos en esta infracción.

El concepto de pudor, surge en la humanidad como consecuencia de una evolución biológica y debe entenderse como un sentimiento defensivo que se desdobra en dos aspectos: defensa del objeto sexual ante el sujeto que intenta

gozar de él contra su voluntad y defensa de la pareja contra el rival. Es decir, el pudor puede concebirse como un sentimiento de desagrado que el objeto sexual experimenta hacia el sujeto que intenta gozar de él sin su consentimiento. En base a esta afirmación final los autores consideran que debe construirse la teoría del delito actual, coincidiendo pudor y libertad sexual etiológicamente, de ahí que los bienes jurídicos tutelados por la figura que describen las agresiones sexuales y la violación no difieran sustancialmente.

El pudor se ha definido también como el “respeto físico de **nosotros** mismos” y como “la decencia sexual en sentido amplio” extendiéndose dicho concepto a persona de cualquier sexo, pues como afirma MAGALHAES NORONHA, el pudor se encuentra tanto en el hombre como en la mujer, si bien añade que en “la mujer es más delicado y fácil de ser ofendido” LOPEZ BOLADO, por su parte, concibe el pudor como el derecho a la rectitud o castidad de las costumbres sociales, sin que el efecto de ultrajarlo tenga que verse influido por la causa que impulso al sujeto a actuar, aunque, será en todo caso el lenguaje usado por cada Código penal al describir la figura de otras agresiones sexuales el que decida a este último respecto.

Es necesario mencionar que el lenguaje empleado en **nuestro** Código penal en la descripción del delito de otras agresiones sexuales es tan ambiguo como confuso, siendo la doctrina y la jurisprudencia las que, a falta de mayores precisiones legales, se han encargado de interpretar y completar esa defectuosa redacción, exigiendo, con unanimidad casi absoluta, la necesaria concurrencia en el agente de una animo específico de carácter lúbrico, como requisito imprescindible para la configuración del delito.

Otros bienes jurídicos protegidos.

Para ciertos autores, el bien jurídico protegido en este delito no es único. FONTAN BALESTRA, sostiene que la verdadera protección recae sobre la honestidad y el pudor personal de la víctima, admite también, en última instancia, la libertad sexual como lesionada, pues sin negar la existencia de un ataque al pudor, no puede desconocerse que el hecho coarte asimismo la libre disposición, ya que no es justo pretender que el individuo disponga solo de su persona para el acceso carnal y no debe en cambio consultarse su voluntad para los demás actos libidinosos. Subrayando el propio autor el carácter personal que distingue el bien jurídico protegido en el delito de otras agresiones sexuales de aquel otro interés de carácter general que se protege en el delito de escándalo público. LOPEZ BOLADO considera la honestidad, el pudor y la libertad sexual como bienes jurídicos simultáneamente protegidos, alegando ser esta la posición doctrinal mayoritaria, sustituyendo algún autor el segundo de aquellos conceptos por el de “inviolabilidad carnal”.

Se puede observar que los autores a pesar de las continuas referencias a la, honestidad o al pudor, en esta corriente doctrinal se aprecia ya una tendencia a admitir la libertad sexual, si no como bien jurídico protegido con carácter exclusivo, si al menos como parte de un objeto jurídico complejo.

La Libertad Sexual como bien jurídico protegido.

La opinión doctrinal mayoritaria es la que considera la libertad sexual como objeto jurídico protegido en el delito de otras agresiones sexuales. En este sentido Binding empleaba el término “honor sexual” para designar el interés tutelado en los delitos que atentan contra la libertad sexual, entendiendo como tal la regulación de la propia vida sexual dentro de los límites del derecho y de la moral; concepto de “honor sexual” que se ha transformado hoy día en el de

“libertad sexual”, como ha puesto de manifiesto Jager. Por su parte, MANFREDINI rechaza el pudor como objeto protegido en favor de este último concepto, expresando que este delito supone una sanción contra hechos que violan la libertad de disponer del propio cuerpo y no solo el pudor.

Efectivamente, la libertad sexual es apreciada como bien jurídico protegido por excelencia en el delito que **estudiamos**; en ocasiones formando parte de un objeto jurídico complejo que se integra, a su vez de otro u otros intereses tutelados, y la mayor parte de las veces como bien jurídico protegido de carácter único.

Vistas las consideraciones doctrinales de carácter general en torno a la libertad sexual, sería conveniente, ante todo, determinar su concepto para decidir con posterioridad si se trata del verdadero objeto jurídico en la figura que **estudiamos**.

Con respecto a esto, se menciona a continuación diferentes opiniones doctrinales existentes sobre el tema de este trabajo de investigación:

Una primera concepción es aquella que analiza el aspecto que se suele denominar “positivo” o “dinámico” de la libertad sexual, entendiendo un amplio sector doctrinal que desde esta perspectiva dicha facultad se concreta en la libre disposición del propio cuerpo a efectos sexuales. En opinión de MUÑOZ SABATÈ, la libertad sexual supone un concepto muy amplio que abarca, tanto el derecho de una persona a elegir voluntariamente el tipo de relación y compañero que mejor prefiera, como el derecho de otras personas a no ser ofendidas en su recato y sentimientos mediante exhibiciones de conductas sexuales.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que define la libertad sexual como “ el derecho a la manifestación de la voluntad en el uso del propio cuerpo en la esfera sexual”, destaca la importancia de su contenido ético, que constituye la razón de su protección jurídico-penal, aludiendo al grave atentado que para la dignidad humana supone la realización de actos sexuales ejecutados contra la voluntad del sujeto pasivo y la intromisión en un sector tan íntimo de la personalidad del hombre, lo que justifica la reacción tuitiva y especialmente enérgica del Derecho Penal¹⁷.

Siguiendo esta misma línea de razonamientos, CONTIERI se cuestiona por la naturaleza del interés que liga a la persona cuyo cuerpo es objeto material del delito, supuesto que resuelve alegando que, siendo el cuerpo de la víctima la materia delictuosa, el interés que la norma tutela no puede ser la integridad corporal sino el “estado del cuerpo” por sí mismo, expresándose así: “el interés que se tutela no concierne al estado del cuerpo sino al *uso del mismo*. Se trata del interés de un bien inmaterial”, no siendo por tanto el cuerpo de la víctima o la integridad de dicho cuerpo lo que la libertad sexual como bien jurídico protegido pretende tutelar, sino el empleo indebido del mismo contra o sin la voluntad de aquella”.

Como ha puesto de manifiesto MANFREDINI, la objetividad jurídicamente protegida en los actos libídine es idéntica a la que se protege en la unión carnal violenta, con la única diferencia de considerar en aquellos una lesión menor del derecho de disponibilidad carnal en cuanto se agrede la personalidad humana para lograr un hecho cualitativa y éticamente menos grave que en la unión carnal, si bien la libertad sexual de la víctima se lesiona en cualquier caso con la simple agresión al derecho de libre disposición

¹⁷ M.D. Fernández Rodríguez, Los abusos contra la honestidad, en “Cuadernos de Política Criminal” núm 5, Madrid, 1978, pàg. 56

corporal, sin que sea necesaria la producción de ningún efecto dañino en la vida sexual de aquella.

Ahora bien, la disponibilidad sobre el propio cuerpo en que consiste la libertad sexual no significa una facultad o derecho que se pueda ejercer con carácter absoluto, sino que se encuentra sometida a determinadas limitaciones fijadas por el Derecho y la costumbre social. Se trata, como ha dicho MUÑOZ SABATÉ, de la existencia de pautas impuestas por las creencias, emociones y conveniencias de un grupo social determinado, que van a concretar lo que por libertad sexual se entiende, de donde resulta fácil comprender que tales normas varían de una sociedad a otra y de una época a otra. Sin embargo, hay que entender que las costumbres sociales, por sí solas, no puede restringir el ámbito de manifestación del derecho a la libertad sexual, a no ser que este constituya un grave atentado contra las mismas, en tanto que estas solo serían relevantes si se reflejaran en las normas jurídico-punitivas, aparte de que la libertad sexual, entendida como elección que depende de la voluntad del titular de la misma, tiene su limitación, como todo derecho, en el ejercicio que de la propia facultad ostentan los demás.

Desde esta perspectiva positiva podemos concebir la libertad sexual como la facultad del sujeto a comportarse en el plano sexual de acuerdo con sus propios deseos, ya en lo referente a la relación, como en lo relativo a la elección del destinatario de la misma, pero siempre tolerando y respetando el ejercicio de la libertad sexual ajena, así como las limitaciones impuestas por la costumbre social.

Frente a la concepción positiva o dinámica de la libertad sexual existe otra que resalta el aspecto “estático-pasivo” de la misma y que consiste, no ya en la posibilidad de ejercer aquella facultad de disposición del propio cuerpo, sino como LISANDRO MARTINEZ ha declarado, “en la imposibilidad de obligar a

nadie a tener relaciones carnales con otra persona". Desde esa perspectiva negativa o pasiva lo que se trata de proteger, primordialmente, es el aspecto "defensivo" del derecho a la libertad sexual, o en palabras de PECORARO ALBANI "el derecho a no soportar de otro la coacción física o moral, dirigida a la ejecución de actos de libidine". A este respecto dice MANFREDINI que el derecho a la libre disposición carnal se lesiona " cada vez que alguien dispone del cuerpo de otra persona a tenor de sus propios fines egoístas, impidiéndole la posibilidad de determinarse en uno u otro sentido", impedimento que se origina en la imposición por el agente de la conducta sexual a la víctima y que, como pone de relieve POLAINO NAVARRETE, circunscribe el contenido de la libertad sexual a la facultad de oponerse al apremio de otro respecto a la realización o tolerancia de actos de naturaleza sexual.

Dentro de esta acepción negativa u omisiva de la libertad sexual podemos incluir la opinión de ciertos autores, según la cual el objeto jurídico protegido en los delitos contra la honestidad en general es la "moral sexual" concebida como la parte de orden moral que limita, por razones éticas las manifestaciones del instinto sexual dentro de una colectividad. El delito de otras agresiones sexuales en concreto, supone, en opinión de RODRÌGUEZ DEVESA, un ataque a la "moral sexual individual", siendo lo decisivo que la Ley acuda en defensa del individuo tan solo cuando la voluntad de este sea contraria a la realización de los actos impúdicos, en razón precisamente, a que se trata de actos inmorales desde el punto de vista sexual, quedando todavía un margen al sujeto para que implante su propio orden moral¹⁸. La denominada

¹⁸ J.M. Rodríguez Devesa, Derecho Penal Español, P.E., 8ª. Edición, Madrid, 1980, pàgs 162 y 167. En el mismo sentido, con especial referencia a la "libertad sexual", J.A. Sàinz Cantero, Derecho penal, II, Unidades Didàcticas redactadas para UNED, Unidad 2, Madrid, 1974.

concepción “mixta” o “intermedia” entre las dos anteriormente expuestas permite incluir en el término “libertad sexual”, tanto en el sentido dinámico–positivo como el estático-pasivo, propios de dicha facultad personal. De conformidad con este planteamiento, la libertad sexual se presenta como el derecho a la libre disposición carnal, entendida esta última como la facultad de hacer o no uso del propio cuerpo, así como de ejercitar los medios protectores de la personal función sexual frente a ajenas actuaciones de esta naturaleza.

También es necesario referirnos a la “inviolabilidad carnal” expresión más específica que la de libertad sexual y que algunos autores han definido como bien jurídico protegido en el delito de otras agresiones sexuales.

Se trata, en realidad de una nueva conceptualización que no refleja ni el carácter positivo ni el negativo del ejercicio de aquella facultad subjetiva, sino que toma en consideración la faceta del atributo jurídico personal inherente al reconocimiento normativo de la misma, sustituyéndose en tal acepción el concepto genérico de libertad sexual por el estricto de inviolabilidad carnal. Ha sido MANZINI quien, de entre todos los autores que propugnan la “inviolabilidad carnal” como interés específicamente tutelado en el delito de agresiones sexuales, ha sostenido esta tesis con mayor énfasis, apuntando que se trata de un bien jurídico de carácter individual que actúa como una cualidad propia y personal del sujeto que el Estado protege en todos y en cada uno de los particulares que sean agredidos, de tal forma que la protección de este interés jurídico se realiza como si se tratara de un elemento del ordenamiento jurídico general, más que de un bien de carácter individual, con independencia de que el hecho pueda ser y de hecho sea perseguido mediante querrela del ofendido en la mayoría de los casos¹⁹. En ese mismo sentido se expresa otro autor italiano VANNINI, que considera expresión adecuada ésta

¹⁹ V.MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, v. VIII, Torino, 1951, pág. 315.

de “inviolabilidad carnal”, puesto que puede aplicarse con rigurosa exactitud a todo acto, normal, o anormal, que produzca un placer derivado del instinto genésico, ya que no es necesario que el sujeto activo sea de sexo diferente al del sujeto pasivo²⁰.

Examinadas las diferentes manifestaciones doctrinales existentes en torno al concepto de “libertad sexual” podemos concluir que, tanto la vertiente positiva como la negativa constituyen tendencias perfectamente armonizables que reflejan al verdadero contenido de este concepto desde dos perspectivas diferentes que, lejos de oponerse se complementan, por lo que ninguna de ellas debe considerarse de forma aislada y única con exclusión de la otra, si bien, la acepción positiva, que se concreta en la facultad de disponibilidad carnal, entendida como la libertad de elección en el plano sexual, concuerda mejor con el significado intrínseco del término “libertad”, operado al sistema de garantías legales ofrecidas al respecto al sujeto como consecuencia necesaria del reconocimiento de la esfera de autonomía concedida y tutelada por el propio Derecho²¹.

Es necesario para ir finalizando el análisis del epígrafe completar esta elaboración del concepto de libertad sexual. La primera se refiere a la protección incondicional de este bien jurídico co independencia de las posibilidades efectivas de disposición del propio cuerpo que tenga el sujeto, pues al igual que en el delito de violación lo que primordialmente se tutela en la infracción de agresiones sexuales violentas es precisamente el consentimiento o la voluntad de la víctima, ya que, como ha dicho CONTIERI,

²⁰ O. Vannini, *Manuale di Diritto Penale Italiano*, “P.S.”, nueva edición ampliada, Milán, 1954, pàg 235. En el mismo sentido vid. También G. MAGGIORE, *Derecho...*, cit. pàgs 78 y sig. y N. HUNGRIA, *Comentarios...*, cit., pàg 132.

²¹ En ese sentido J.J. González Rus, *La violación en el Código penal español*, Tesis Doctoral inédita, Granada, 1979, pàgs. 302-303.

“forma parte de la dignidad y nobleza del hombre el que actos de disposición por parte de otros sobre el cuerpo ajeno en las relaciones sexuales no sean ejecutados frente a su disenso”.

La segunda cuestión se centra en precisar el alcance de este interés tutelado en atención a la naturaleza del acto ejecutado. Por ello **debemos** recordar, ante todo, que el art. 160 del Código hace mención que la realización de agresiones sexuales pueden ser con personas de del distinto sexo como a las realizadas con personas del propio sexo, comprendiendo así cualquier actividad sexual, sea o no aberrante o contra natura, puesto que la Ley, al castigar con la misma y única pena las agresiones sexuales distintos al yacimiento realizados indiferentemente con cualquiera, equipara dentro de la conducta típica las agresiones sexuales heterosexuales a los homosexuales, lo que **nos** hace concluir que, si la libertad sexual se predica normalmente de las actividades sexuales realizadas entre personas de distinto sexo y estas se equiparan legalmente a las cometidas entre personas de igual sexo en el delito de otras agresiones sexuales, ningún impedimento existe para hacer extensiva aquella facultad a los actos deshonestos de carácter homosexual; aparte que, consistiendo esencialmente la libertad sexual en la voluntad del individuo respecto al uso de su propio cuerpo en la esfera sexual, ninguna causa se opone a que dicha voluntad pueda manifestarse también en relación al mismo sexo. En este sentido afirma MANZINI, que el concepto de libertad sexual no queda necesariamente reducido a la distinción entre sexos, sino que se extiende a todo acto que constituya manifestación normal o anormal del instinto sexual; añadiendo que el término “carnal” es, por ese motivo, más adecuado que el término “sexual”, al comprender, tanto los actos “normales” como los “anormales” a efectos sexuales.

En relación, por tanto, a estas dos últimas cuestiones planteadas **podemos** decir que la libertad sexual se tutela sea cual fuere la capacidad efectiva de disposición del sujeto en cuanto a su propio cuerpo y que no solo abarca las agresiones sexuales heterosexuales sino también las homosexuales.

Tipos de Agresiones Sexuales.

Por la configuración de las agresiones sexuales **podemos** distinguir entre un tipo básico y uno agravado. En el tipo básico que comparte con la violación los diferentes casos de ésta, pero se aparta de ella en punto al núcleo de la conducta típica, el bien jurídico es asimismo coincidente: la libertad sexual y la intimidad de las personas. A igualdad de circunstancias, de situación o actitud del sujeto pasivo, cambiando solamente la clase de acción sexual soportada por este, es lógico pensar en idéntico objeto formal.

En los tipos agravados, aunque también comparecen los supuestos de violación, los supuestos de la violación, el bien jurídico experimenta una cierta ampliación, ya que junto a la libertad sexual y a la intimidad coexiste un ataque muy acentuado a la dignidad, a la integridad moral de la persona. Basta una detenida lectura al inciso del artículo para comprobarlo: la introducción de objetos, así lo atestiguan. No es bastante, pues, el ataque de carácter sexual y la concurrencia de alguna de las circunstancias que menciona el artículo, se traduce en una mayor humillación o sufrimiento moral de la víctima. Es verdad que prácticamente todo atentado sexual entraña, a la vez que una acometida a la facultad de disposición sobre el propio cuerpo para fines sexuales, a la intimidad, una buena dosis de degradación y vejación para quien lo sufre, en tanto lo relega a mera cosa en manos y para la satisfacción del agente.

Se observa, como el legislador ha diseñado una escala de infracciones en cuanto a su gravedad: en la cúspide ha situado a la caracterizada por la

penetración del órgano genital de un varón por una de las vías señaladas, en el centro a las consistentes en otras introducciones o en prácticas particularmente denigrantes y abajo, a las agresiones sexuales, valga decir, ordinarias, en las que la actividad criminal se plasma en contactos corporales de menor gravedad, aunque no de cualquier clase, pues no han de ostentar naturaleza sexual, tanto por la parte del cuerpo o de los cuerpos implicados, cuanto por el ánimo lascivo que ha de impregnar la actuación del sujeto activo.

Especiales Formas de aparición del delito.

Iter criminis.

La determinación de cuando se debe estimar consumado el delito de agresiones sexuales no ofrece ninguna dificultad relevante. La consumación tendrá lugar toda vez que alguien ocasione el contacto típico usando la fuerza o intimidación, con independencia de que logre la satisfacción de su deseo erótico.

Algo más problemática de tomar es la decisión sobre si la comisión en grado de tentativa es viable o no. Conceptualmente nada obstaculiza la estimación de la ejecución intentada, por ser el delito de agresiones sexuales un ejemplar paradigmático de infracción de mera actividad, para la consumación del cual basta con la verificación de la conducta lúbrica. Y de acuerdo con ello, ha de convenirse en la admisión de la tentativa que aparecerá cuando el sujeto de comienzo a la puesta en práctica de sus intenciones salaces, aplicando fuerza o intimidación o iniciando con signos indiscutibles el ataque sexual, no procediendo, en cambio, por lo mismo, la admisión de la frustración.

En el delito de otras agresiones sexuales en cuanto a las circunstancias agravantes, **nos referiremos** específicamente a la consignada en el numeral 2)

del artículo 162 del Código Penal en relación al numeral 2) del artículo 39 de mencionado cuerpo legal.

2.1 Conductas tipificadas como Otras Agresiones Sexuales

2.1.1 Cualquier Agresión Sexual que no sea constitutiva de violación

Al **referirnos** a dicha conducta **podemos** establecer que no contempla expresamente la utilización de la violencia para llegar a su fin, por lo tanto, esta se deduce del empleo del término “agresión sexual”, pues *agresión* se refiere al “*acto de acometer a alguien para matarlo, herirle o hacerle daño*”²² y en su calificativo de *sexual* atentar contra la libertad sexual de las personas y realizarse con violencia o intimidación. En una formulación negativa en la redacción, el tipo establece que las conductas que sanciona son aquellas que no sean constitutivas de violación, en este punto, es conveniente reflexionar sobre la diferencia que puede existir entre la tentativa del delito de Violación y Otras Agresiones sexuales, para ello, es importante ver las circunstancias y características del caso, y deberá observarse la intención del sujeto activo es el acceso carnal vía anal o vaginal mediante violencia, o bien se pueda deducir de los hechos, que la intención era tener una conducta sexual diferente del acceso carnal.

Según la doctrina la violencia debe consistir en la aplicación de fuerza física sobre el cuerpo de la propia víctima, por lo contrario, la fuerza física aplicada a un sujeto distinto, así como también la llaman **vis in rebus** o fuerza en las

²² Diccionario de la Real Academia Española, Real Academia Española, acceso el 07 de octubre, <https://dle.rae.es/agresi%C3%B3n?m=form>

cosas, podría constituir modalidades concretas de provocar la intimidación de la víctima²³.

El sustantivo «agresión» tiene varias acepciones, de entre las cuales la utilizada acaso con más frecuencia es la que da idea de ataque, de acometimiento, de lanzarse contra alguien para herirle, golpearle o causarle cualquier daño; aunque tampoco es rara la de acto que lesiona o infringe el derecho de otro. Y, muy probablemente, ambas deban conjugarse para aquilatar la tipificación de la conducta punible efectuada por el legislador, pues si la primera cuadra aceptablemente con la modalidad caracterizada por el uso de fuerza, no se compadece, en cambio, tan bien con las demás que vienen a congeniar mejor con la segunda. Mas, con este apunte no **hemos** hecho sino dar comienzo a la labor de delimitar la conducta típica y, por ende, **estamos** lejos de contestar a la cuestión suscitada a propósito de la necesidad de contacto físico.

En cuanto a la variedad de acciones que se pueden enmarcar dentro de dicha acción, **nos** lleva a realizar unas valoraciones respecto al Principio de Legalidad, dado que actualmente hay diferentes manifestaciones de la Libertad Sexual que pueden ser interpretadas por el juzgador como transgresión a mencionada disposición (inciso primero del artículo 162 del Código Penal).

El Principio de Legalidad es de carácter general, y tiene una conceptualización amplia por las diversas materias en las cuales se utiliza, ha tenido desde los albores de la historia moderna una gran importancia en tanto fija los límites al

²³ Consideraciones Dogmáticas sobre los Delitos penales de Agresiones sexuales violentas y análisis de su Doctrina jurisprudencial”, Universidad de Sevilla, España, acceso el 09 de octubre de 2020, <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/86520/Consideraciones%20dogm%C3%A1ticas%20sobre%20los%20tipos%20penales....pdf?sequence=1>

poder *ius punitivo* del Estado. Si bien en el Derecho Romano hubo aplicaciones del mismo, su verdadero origen debe verse en la Carta Magna de 1215, en donde el Rey Juan sin Tierra hace concesiones a los nobles de Inglaterra. Entre otras libertades, la Carta Magna expresa que “nadie podrá ser arrestado, aprisionado... sino en virtud de un juicio de sus pares, según la ley del país” (art. 48 de la Carta Magna), y además el Rey reconoce que solo el Parlamento podrá dictar leyes penales. Posteriormente, el principio es recibido por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789), en la cual entre sus artículos se destacan: Art. 5: “La ley no tiene derecho de prohibir sino las acciones perjudiciales a la sociedad, todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena”. Art. 8: “Nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida o promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada”.

El principio de legalidad es un axioma de valoración de lo justo por una sociedad, en virtud del cual no se puede aplicar una sanción si no está escrita previamente en una ley cierta.

Como bien señala Luis A. Bramont Arias, el principio de legalidad cabe ser considerado como la sumisión del Derecho Penal a la ley como única fuente creadora de delitos y penas, por lo cual solamente la ley tiene el monopolio en la creación de normas penales.

La configuración típicamente penal del principio de legalidad la **debemos** a Paul Johan Anselm Ritter von Feuerbach, quien, en el siglo XIX, y con ocasión de la construcción de la teoría de la coacción psicológica, consideró que *nullum crimen, nullapoena, sine lege*, es decir, no existe delito ni pena, sin ley que lo establezca.

De la formulación penal antes referida, surgen a su vez cuatro características específicas de dicho principio:

- a) *Nullum crimen, sine lege scripta*; es decir, no hay delito si la ley no se encuentra escrita y publicada mediante norma con rango de ley, en tanto existe reserva de ley para los delitos.
- b) *Nullum crimen, sine lege stricta*; es decir, no hay delito si la ley no es detallada al fijar el injusto, prohibiéndose la interpretación analógica de la norma penal.
- c) *Nullum crimen, sine lege praevia*; es decir, no hay delito si la ley no ha sido emitida previamente antes de la comisión de la conducta o resultado prohibido, prohibiéndose la aplicación retroactiva de la norma penal.
- d) *Nullum crimen, sine lege certa*; es decir, no hay delito si la ley no formula el presupuesto normativo de manera específica y clara, lo que se entiende como principio de taxatividad.

El principio de legalidad es el fundamento en virtud del cual ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior lo haya previsto como tal. En materia penal es común en dictámenes fiscales y resoluciones judiciales hacer referencia al principio de legalidad, pero pocas veces se entiende por los operadores jurídicos la manera como el principio de legalidad se concreta en el sistema penal.

En primer lugar, **debemos** señalar que, sin perjuicio del sistema procesal en el que **nos encontremos** —antiguo o nuevo—, la norma penal se aplica sin diferencias sustanciales.

Principio de legalidad penal sustancial

El principio de legalidad penal sustancial es un axioma extrajurídico de defensa social, en virtud del cual se sanciona con una pena o se somete a

una medida de seguridad cualquier acción u omisión o estado peligroso de una persona que vaya contra la sociedad o el Estado, afectando bienes jurídicos tutelados por ley.

Principio de legalidad penal formal

El principio de legalidad penal formal es un axioma jurídico por el cual ningún hecho puede ser considerado como delito sin que la ley anterior lo haya previsto como tal. La descripción del delito o situación peligrosa tiene que preceder al acto delictivo o al comportamiento peligroso. Considera y castiga como delito todo hecho que esté en la ley como tal. No considera ni castiga los hechos que no estén en la ley, aun cuando esos hechos sean lesivos a la sociedad o al individuo.

Principio de legalidad de los delitos

Nullum crimen sine scripta, stricta, certa et praevia lege (“no hay delito sin ley escrita, cierta y previa”). El principio de legalidad de los delitos es un axioma jurídico en virtud del cual ningún acto u omisión voluntaria es considerado como delito sin que una ley escrita, cierta y anterior lo haya previsto como tal.

La ley que describe un hecho como delito debe ser precisa y clara (*lex certa*) y estar plasmada en la ley positiva estrictamente (*lex scripta et stricta*)²⁴.

Por lo que toda aquella agresión que no sea constitutiva de violación y las diferentes manifestaciones de la libertad sexual, deben de estar en concordancia para evitar una ruptura del principio de legalidad.

De todo lo anterior **podemos** concluir que el principio de legalidad:

²⁴ Jaime A. Velarde Rodríguez. “El Principio de Legalidad en el Derecho Penal”, *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, Vol. 12, N-º13 (2014) pags 225-242, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5157810>.

- Viene a ser un principio fundamental conforme al cual todo ejercicio del poder público deberá estar sometido a la voluntad de la ley y de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas, es decir, el Estado se halla sometido a la Constitución o al imperio de la ley.
- La evolución legislativa del principio de legalidad viene desde la Constitución Americana de 1776 (Virginia, Maryland) y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y en **nuestro** Código Penal regulado en el artículo 1.
- Es un hecho incuestionable que la Constitución es la norma fundamental que da validez a todo el orden jurídico del Estado, y como tal produce efectos jurídicos. Hans Kelsen en su *Teoría pura del Derecho* expone que el orden jurídico debe estar acorde con la Ley constitucional y no debe sublevarse contra ella. La Constitución es suprema y hay Imperatividad en la prohibición de hacer lo contrario, o de dejar de hacer lo que prescribe.
- El principio de legalidad penal es el fundamento legal en virtud del cual ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior lo haya previsto como tal. En materia penal, es común advertir en dictámenes fiscales y resoluciones judiciales la referencia al principio de legalidad, pero pocas veces se entiende por los operadores jurídicos la manera como este principio se concreta en el sistema penal; no obstante, **debemos** señalar que, sin perjuicio del sistema procesal en el que **nos encontramos**, la norma penal en **nuestro** país se aplica sin diferencias sustanciales.

2.1.2 Tocamientos de carácter sexual.

José Ibáñez Peinado, en *Psicología e Investigación criminal: La Delincuencia Especial*, paginas 25 al 43, **nos** menciona que los tocamientos de carácter

sexual son “aquellos actos propios y específicos de la agresión sexual y se producen en casi todos los casos. Los tocamientos son comunes en determinadas personas que simulando una acción fortuita tocan, soban o rozan determinadas partes del cuerpo de la mujer aprovechando cualquier situación que se presente especialmente en aglomeraciones o en medios de transporte esta figura que da nombre a una parafilia (froteurismo). Los tocamientos durante una agresión sexual tienen un contenido diferente y la forma como se realizan pueden formar parte de esa intención de turbar, atemorizar o humillar a la víctima”. Es un ataque a la libertad sexual –ausencia de consentimiento libre en lo sexual por el sujeto pasivo–, la conducta del sujeto activo del delito tiene un carácter sexual inobjetable. Importa, desde su elemento objetivo, contactos físicos, tocamientos de la más diversa índole, siempre que estos afecten a zonas erógenas o a sus proximidades. El propósito de esta conducta (elemento subjetivo) es el de obtener una satisfacción sexual por el agente o al menos reside en el conocimiento del carácter sexual de la acción.

A través del Decreto Legislativo número 480 de fecha 14 de noviembre del año 2019 publicado en el Diario Oficial 239 Tomo 425 de fecha 18 de diciembre del año 2019, se reformó el contenido del artículo 160 del Código Penal agregándole un inciso, en el cual se adecua como delito (TOCAMIENTO DE CARÁCTER SEXUAL) una conducta que anteriormente se regulaba como falta (ACTOS CONTRARIOS A LAS BUENAS COSTUMBRES Y AL DECORO PÚBLICO en el numeral 4) del artículo 392 de mencionado cuerpo legal).

Para que el tocamiento realizado tenga una connotación penal este debe de cumplir algunos elementos, los cuales son:

- a) Cuando estos se lleven a cabo en zonas corporales de la víctima de indubitable referencia sexual como los órganos genitales de la mujer y

el hombre, los glúteos y las mamas; esta acción puede darse con el empleo de cualquier miembro corporal del sujeto activo.

- b) El contexto en que se realicen, comprendiendo un lugar que permita la realización de tales tocamientos por parte del sujeto activo sin la posibilidad de ser visto o detenido por otras personas diversas de la víctima y que le garanticen cierta impunidad.

En este sentido es de señalar que el simple tocamiento no constituye en ningún momento delito, sino más bien que los actos deben tener, en el contexto social en que se produce y según los sujetos intervinientes, contenido sexual debiendo tener cierta gravedad y trascendencia y ser potencialmente idóneos para afectar de modo relevante la sexualidad ajena.

Sin embargo, es de tomar en cuenta que, de acuerdo a las diferentes manifestaciones de la libertad sexual, muchas veces el sujeto activo puede darle una connotación sexual a una parte del cuerpo del sujeto pasivo diferente a las enumeradas anteriormente, dicha situación **podemos** enmarcarlo dentro de los diferentes *fetiches sexuales* existentes, los fetiches (del latín, facticius, 'artificial'; en portugués feitiço, 'magia', 'manía'; en francés fétiche) es una parafilia que consiste en la excitación erótica o la facilitación y el logro del orgasmo a través de un objeto fetiche, como una prenda de vestir o **una parte del cuerpo en particular**. El fetichismo sexual se considera una práctica inofensiva, salvo en el caso de que provoque malestar clínicamente significativo o problemas a la persona que lo padece o a terceros, pudiendo en este caso llegar a considerarse un trastorno patológico propiamente dicho²⁵. Una parafilia es un patrón de comportamiento sexual a objetos, situaciones,

²⁵ "Fetichismo Sexual", Wikipedia, acceso el 30 de noviembre de 2020, https://es.wikipedia.org/wiki/Fetichismo_sexual

actividades o individuos atípicos. No existe un consenso para establecer un límite preciso entre el interés sexual inusual y la parafilia. Incluso existe debate sobre si algunas de las consideradas parafilias deberían figurar en los manuales de diagnóstico o no.

2.1.3 Acceso Carnal Bucal.

Inicialmente **definiremos** el acceso carnal, para ello la Doctrina manifiesta que: *“es la relación sexual en la que intervienen los órganos genitales, identificando para tal fin tres tipos de acceso: vaginal, anal y bucal”*.

1. Para LAMARCA PEREZ, el acceso carnal no es sino una modalidad de penetración por lo que propone una redacción alternativa, más precisa y que huya de conceptos de interpretación polémica diría “...penetración por órgano sexual o introducción de objetos por vía vaginal, anal o bucal...”²⁶.
2. Para la Autora Myriam Herrera Moreno, la agresión sexual por Acceso carnal según la Doctrina manifiesta que el acceso carnal en sentido amplio como la relación sexual en la que intervienen los órganos genitales, sin necesidad de que se de penetración, no obstante, en aras de salvaguardar el principio de intervención penal mínima que los comportamientos violentos que consistan en acceso carnal.

Asimismo, para el objeto de estudio de esta investigación **nos referiremos** al acceso carnal bucal, es decir que la *consumación* exige la introducción del órgano genital en estado de erección en la boca de la víctima para considerarlo como una agresión sexual, de no ser así serían supuestos de tentativa.

²⁶ Carmen Lamarca Pérez, *Delitos contra la libertad sexual*, Consejo General del Poder Judicial, (Madrid, 1997), 50

Cuando el que ejerce la violencia o intimidación se *introduce voluntariamente* el órgano genital del violentado o intimidado en la boca, **estamos** ante una agresión sexual tipo básica (art. 160 CP) pues el tipo cualificado solo puede cometerlo el que *tiene acceso*.

La introducción queda consumada desde que el pene supera el límite delimitado por los labios y los dientes.

Dicha conducta exige la introducción del órgano genital masculino en la boca. El sujeto activo siempre será un hombre y el sujeto pasivo tanto un hombre como una mujer.

MUÑOZ-CONDE, mencionaba que mencionada conducta se refleja todas las tensiones e incluso contradicciones que los códigos culturales (costumbres) propios de cada época proyectan sobre un campo de ámbito de la actividad humana tan sensible como el sexual. El legislador discrimina aquí al hombre frente a la mujer, al otorgar mayor relevancia penal y protección a la conducta efectuada por el hombre que a la análoga realizada por la mujer (“fellatio” vs. “cunnilingus”).

2.1.4 Introducción de objetos vía anal o vaginal.

En cuanto a la introducción existen dos cuestiones básicas que son relativas a los de objetos relevantes al efecto, y las cavidades donde deben introducirse, es decir, cavidad o vía vaginal o anal, que **nos** permitirán tener una mejor comprensión acerca de dicha agresión sexual:

1. La que se refiere al término “objeto” se hace alusión a cualquier elemento extraño que ingrese en la cavidad anal o vaginal, distinta al órgano genital masculino. Para esta postura, la introducción de los dedos es considerada como introducción de objetos.

El objeto debe ser una *cosa corpórea*, es decir un sustitutivo del órgano genital masculino. Para ello debe reunir determinadas condiciones de aptitud para el ejercicio sexual. Es pues un criterio aproximativo, que excluye aquellos objetos aptos para la agresión física pero no aptos para una práctica sexual (los que presenten materialidad que satisfaga de forma y sustitutiva con criterio de equivalencia la modalidad de introducción de objetos vía vaginal o anal.

2. La que considera que un objeto es una cosa que no forma parte del cuerpo humano y que por lo tanto la introducción de los dedos en las cavidades relacionadas no se enmarca. Pero también es necesario aclarar que no se descartan objetos a los que *el sujeto activo atribuya significado sexual*; debe ser identificado por el sujeto activo como sustitutivo del órgano masculino.

También es importante mencionar que la doctrina también se encuentra dividida en cuanto a los criterios de *la cavidad*, los cuales **mencionamos** a continuación:

- a) ORÀA GONZALEZ, considera que solo cabe la vagina como cavidad, excluye incluso la cavidad anal.
- b) ORTS BERENGUER, LAMARCA PÈREZ, incluyen las cavidades vaginal, anal y bucal por equiparación con los demás tipos penales
- c) excluyendo cualquier orificio, por la misma razón. La introducción en la cavidad anal es incluso más lesiva potencialmente. De no ser así produciría una discriminación para el caso de sujeto pasivo hombre,

que solo quedarían incurso en el tipo cualificado en la modalidad de penetración por órgano sexual²⁷.

Nuestra legislación, considera incluidos los dedos y la lengua en el concepto de objeto, en virtud que de esa forma son utilizados para obtener satisfacción sexual por parte del sujeto activo, es decir como objetos extraños que ingresan en las cavidades corporales. Asimismo, introducir aquellos elementos materiales inanimados cuya utilización conlleve a una inequívoca connotación sexual.

Pero para parte de la doctrina española se considera excluidos del concepto de objetos, los miembros del cuerpo distintos al pene (penetración digital o lingual), pues el sentido gramatical de objetos no permite incluirlos. Objeto, es equiparable a cosa, y esta se entiende como todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta, u objeto inanimado, por oposición a ser viviente.

2.2 Circunstancias Agravantes

Primeramente, antes de contemplar las Circunstancias Agravantes, es pertinente diferenciar estas con las Circunstancias Atenuantes y Excluyentes de Responsabilidad.

Las Circunstancias Atenuantes son aquellas que reducen o aminoran la responsabilidad penal.

Las Excluyentes de Responsabilidad, entre estas se encuentran las que se consideran *completas* (cuando concurren todos los presupuestos para ello, en cuyo caso la comisión del delito no será sancionado penalmente, por ejemplo,

²⁷ Ernesto Orts Berenguer y Carmen Lamarca Pérez, *Delitos contra la libertad sexual*, Consejo General del Poder Judicial, (Madrid, 1997), 51

la “legítima defensa” o el “estado de necesidad”) artículo 27 del Código Penal; o *incompletas* (cuando no se cumplen todos los presupuestos, en cuyo caso no tendrá lugar una exoneración de pena sino simplemente una atenuación de la misma, por ejemplo, si en la “legítima defensa” el medio empleado para impedir la agresión por la víctima no es “racionalmente necesario” o no es “proporcional” al utilizado por el agresor. Supuesto, por cierto, que genera bastantes problemas en la práctica en relación a su valoración).

En cuanto a las Circunstancias Agravantes, son aquellas circunstancias agravantes accidentales al delito y concurrentes con la acción delictiva que producen el efecto de modificar la responsabilidad criminal del sujeto determinando un mayor quantum de pena por representar una mayor antijuridicidad de la acción.

El número y configuración de las agravantes dependen de la concreta política criminal subyacente a una regulación penal dada y, en este sentido, el catálogo de agravantes puede presentar cierta diversidad según los distintos Ordenamientos. Ello no impide que existan varias de estas circunstancias tradicionalmente reconocidas como tales en la casi totalidad de los Ordenamientos Jurídicos modernos, lo que se explica por la homogeneidad de la teoría básica y técnicas penales, así como por las concepciones culturales dominantes que, nacidas en el seno de la civilización occidental, se han extendido hoy a la práctica totalidad del planeta.

Derivado necesario del Estado de Derecho es el sistema de *numerus clausus* por el que se rigen las agravantes. Ello no quiere decir que el legislador no pueda recoger o configurar circunstancias nuevas de esta especie, sino que, a diferencia de las atenuantes, la técnica analógica o la interpretación extensiva están, por ser *in malam partem*, (perjudicial para la

parte) absolutamente proscritas del ámbito de las circunstancias.

De todas las clasificaciones que podemos hacer de estas circunstancias, en su mayor parte idénticas a las aplicables a las circunstancias modificativas en general, destacamos la que, atendiendo a su ámbito se distingue:

a) Genéricas: Las aplicables, en principio, a cualquier tipo recogido en la Parte Especial del Código Penal cuya estructura y contenido lo permita. Estas están comprendidas en el catálogo del art. 30 del Código Penal.

b) Específicas: Se establecen dos clases:

1. Impropias. Son aquellas circunstancias agravantes genéricas del artículo 30 C.P. que producen un efecto particular con respecto a un tipo determinado de la manera que se recoge en el mismo. Como lo referente al Homicidio Agravado del artículo 129 numeral 3) CP. Y el numeral 1) y 2) del artículo 30.

2. Propias. Aquellas que sólo se aplican o producen efecto respecto a un tipo concreto junto al cual se recogen. Son, en consecuencia, diferentes de las que aparecen en el catálogo general del artículo 30 CP, así para el estudio que nos concierne, las circunstancias consignadas en el artículo 162 CP.

En relación a la Circunstancias Agravantes Propias del delito de Otras Agresiones Sexuales, encontramos la agravante que refiere que el sujeto activo del delito es autoridad pública u otra persona que tuviere bajo su custodia a la víctima, entendiendo como autoridad pública lo establecido en el Art. 39 del Código Penal. El problema que se plantea en la interpretación, es que si para aplicar esta agravante, basta el “ser” autoridad pública, o si es necesario que el delito sea cometido en el ejercicio de esa autoridad. Esta última manifestación es la que se acepta normalmente, es decir, que se considera que esta agravante ocurre, por ejemplo, en aquellos casos en los

que el sujeto pasivo esté bajo la custodia “oficial” del agresor, quien en ese momento debe encontrarse investido de su “imperium autorictas”.

Se ha establecido también por la doctrina, que debe entenderse que la agravación por este motivo se aplicará, cuando se haya producido un abuso de función por parte de la autoridad, del que ésta se haya servido para la comisión del delito, aunque la víctima no esté bajo su custodia directa.

En la segunda parte del numeral, se hace referencia a toda persona distinta a la autoridad pública que tenga a la víctima bajo su custodia, haciendo referencia a situaciones en las que el sujeto activo pueda ejercer potestades sobre el sujeto pasivo.

En cuanto al numeral 1) del artículo 162 del Código Penal, se agrava el delito de otras agresiones sexuales por la relación de ascendencia o descendencia, en cualquier grado, o de fraternidad, así como la relación directa derivada de la adopción; o la mera relación de hecho determinada por la existencia de matrimonio del sujeto activo, con el padre o la madre del sujeto pasivo, o por la existencia de una material convivencia. Esta agravante se sustenta en que, en las acciones contra estas personas, existe una mayor perversidad en el sujeto activo, puesto que el agresor posee un deber moral, no sólo de no agredir a la víctima, sino que debe protegerle, ya que de alguna manera ejerce una función protectora natural sobre su víctima; sin embargo. aunque el bien jurídico tutelado no resulta más lesionado cuando la acción recae sobre un pariente o cuando recae sobre un extraño, lo que se toma en cuenta en esta agravante específica, es la especial situación en que se encuentra la víctima con respecto al autor, el ámbito donde se produce el ataque, que en cierta medida favorece la actuación del victimario, al restringir las posibilidades de defensa y posterior denuncia de los hechos y sobre todo, de consideraciones de carácter moral. **Recordemos** que, cuando la violación es entre parientes,

muy difícilmente la víctima acude a los órganos de justicia, simplemente calla su agresión por temor al reproche social e inclusive familiar, o en último caso, es la forma de evitar algún conflicto parental, con esto, más que un mensaje de reflexión al victimario se le fomenta su capacidad reiterada de agresión y su impunidad.

En el numeral 4) del artículo 162, se menciona una agravante muy característica referente cuando la acción es realizada por persona encargada de la guarda, protección o vigilancia de la víctima. La guarda y tutela, es un cargo impuesto a ciertas personas a favor de los menores de edad o incapaces no sometidos a autoridad parental, para la protección y cuidado de su persona y bienes y para representarlas legalmente, en cuanto a proteger, implica evitar los riesgos que acechen al protegido, mientras que vigilar es velar por una persona atendiéndola. Para la aplicación de este numeral, basta con que la situación planteada exista objetivamente, sin importar el origen de la misma. Ejemplos: que los delitos aludidos sean cometidos por guardaespaldas, tutores, maestros, enfermeras, médicos, etc. cuando ejercen las funciones antes indicadas.

En cuanto al numeral 7) del artículo 162 del Código Penal, la mención de las relaciones domésticas, debe de entenderse como aquellas que se desarrollan en el entorno del domicilio y en general junto con el abuso de confianza, debe entenderse como aquella de la que el sujeto activo se favorece para la comisión del delito, la que puede derivarse de una previa relación con el sujeto pasivo, quien, de alguna manera, esperaba su apoyo y no su agresión.

En la legislación salvadoreña, las relaciones de confianza deben surgir a raíz de las relaciones de trabajo, por el tiempo que se comparte, por trabajos en común, por el trabajo en la casa, es decir, a raíz de ocasiones en las que, con

facilidad, una persona puede llegar a tener la confianza antes descrita. Existe en este caso, una situación de pre valimiento, es decir, de superioridad sobre el sujeto pasivo, no importando las causas que originen dicha superioridad. La relación debe ser de tal naturaleza, que efectivamente origine una situación de inferioridad– superioridad entre ambos. La edad cronológica del menor, por sobre la edad del agresor y las relaciones familiares o cuasifamiliares entre ellos, indudablemente la colocan en esta agravante específica.

CAPITULO III. MARCO JURIDICO DEL DELITO DE OTRAS AGRESIONES SEXUALES Y SUS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

3.1. Nacional

Según el orden jerárquico de la Ley, se explicarán con detalles algunos Derechos que le son reconocidos a la mujer salvadoreña; sin embargo **hemos** tratado de hacer un estudio profundo del tema, analizando la mayoría de las leyes y artículos relacionados, haciendo una aproximación teórica analítica sobre la base de criterios y derechos ya dados y que como resultado de la observancia se consideran vulnerados, se pretende asegurarle a la mujer mejores derechos además de prevenir, sancionar y erradicar tal problema que necesita una solución en la sociedad en general.

En el marco jurídico **iniciamos** con un estudio indagatorio en los diferentes instrumentos y normativas jurídicas en que se encuentra sustentada la presente investigación, en cuanto al delito de “otras agresiones sexuales y sus circunstancias agravantes”, serán clasificados según su jerarquía, es decir siguiendo un orden primario y fundamentalmente, y se abordara las demás leyes de la república con referencia al tema, y luego los tratados o convenios internacionales que sean parte del ordenamiento jurídico en la medida que han sido ratificados por el Estado Salvadoreño.

3.1.1 Constitución de la República de El Salvador

El art. 1 Inciso tercero establece que se debe tener presente que el Estado, es garante de los derechos, de las libertades, siendo otras agresiones sexuales un delito contra la libertad sexual, es el Estado el llamado a proteger ese

derecho a todos sus habitantes y en caso de ser transgredido ese derecho, es el Estado el encargado de investigar el ilícito y de enjuiciar al imputado, es decir, impartir justicia.

La Libertad Sexual tiene su fundamento jurídico en el art. 2 de la Constitución de la República de El Salvador establece entre otros derechos el derecho a la integridad física, a la moral y la libertad, a la seguridad, al trabajo, y en consecuencia es deber del Estado protegerlo, por lo que su protección es una obligación impuesta al Estado.

El Art.172 El único órgano competente para enjuiciar a una persona y para ejecutar lo juzgado ante la comisión de un delito de agresión sexual es el órgano judicial.

A raíz de la protección de este derecho el Estado salvadoreño ha intentado salvaguardar el mismo, a través de la creación de diferentes leyes especiales, el cual de una manera directa o indirecta se busca que a las personas se les respete el derecho a la integridad física y moral, teniendo como fin inmediato la protección a la vida de los seres humanos.

3.1.2 Código Penal Salvadoreño

El código penal vigente desde el veinte de abril de 1998, regula los delitos, faltas y sus penas; así, el Derecho Penal, se aplica y responde al principio de mínima intervención, que establece que solo debe intervenir en aquellos hechos más graves que transgreden los bienes jurídicos más importantes de la sociedad, dejando para otras ramas del derecho, las infracciones que no le interesa proteger, en cuanto a la libertad sexual su protección se encuentra, en su título IV denominado delitos contra la libertad sexual regula en su capítulo I los delitos relativos a la violación y otras agresiones sexuales, entre ellos, el delito de otras agresiones sexuales regulado en el art. 160, que

establece: “El que realizare en otra persona cualquier agresión sexual que no sea constitutiva de violación, será sancionado con prisión de tres a seis años.

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

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

En el primer inciso se castiga, el empleo de la violencia para la realización de actos sexuales distintos al acceso carnal vaginal, anal o bucal o la introducción de objetos dentro, quedando implícito el acometimiento en el sujeto pasivo²⁸.

El segundo inciso fue agregado a través del Decreto Legislativo número 480 del 14 de noviembre del año 2019 publicado en el D. O. 239 Tomo 425 del 18 de diciembre del mismo año, en el cual se adecua como delito el tocamiento de carácter sexual, una conducta anteriormente regulada como falta y denominada como actos contrarios a las buenas costumbres y al decoro público en el numeral 4) del art. 392 del C. Pn.

En cuanto al tercer inciso, se sanciona el acceso carnal bucal, el cual supone la introducción del órgano genital masculino en la boca de otra persona, sea hombre o mujer, y reiterando lo ya dicho, el sujeto activo puede ser tanto el que introduce el pene como el que se hace introducir el pene de otra persona siempre con violencia. La introducción queda consumada desde que el pene supera el límite por los labios y los dientes.

²⁸ Francisco Moreno Carrasco, Luis Rueda García, *Código Penal de El Salvador Comentado Tomo 1*, (San Salvador, Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, CNJ-ECJ, 2014), 607. <http://www.cnj.gob.sv/index.php/publicaciones-cnj/49-codigo-penal-de-el-salvador-comentado>

La introducción de objetos hace referencia a instrumentos o cosas, cuerpos solidos distintos a partes del cuerpo como dedos o lengua, pudiendo ser objetos a los que el sujeto activo atribuya significación, sin que sea imprescindible que imiten al órgano genital masculino, aunque lo más frecuente será que sean similares en tamaño y forma. Las vías de acceso quedan limitadas a la vagina y el ano.

3.1.3 Ley Especial Integral Para una Vida Libre de Violencia Para las Mujeres

Esta ley tiene como objeto proteger entre otros la integridad física y moral, que es la que se dañada al convertirse en víctima del delito de otras agresiones sexuales y sus circunstancias agravantes, esta ley pretende beneficiar a las mujeres que se encuentren en territorio nacional sin distinción de cultura, religión, edad, identidad sexual, estado familiar, procedencia.

El Art.9 define los tipos de violencia de los que puede llegar a ser víctima una mujer, en relación al tema en estudio interesa expresar que existirá violencia física cuando la mujer sea agredida por su cónyuge o cualquier persona que la rodee en su ambiente social, laboral o familiar cuando se produzca en su cuerpo algún daño o sufrimiento físico; y existirá violencia psicológica y emocional cuando exista alguna conducta directa o indirecta que ocasione daño emocional, disminuya el autoestima perjudique o perturbe el desarrollo de la mujer, autoestima.

Las consecuencias de estos tipos de violencia no son siempre visibles en una mujer que ha sido víctima de una agresión sexual, por lo que esta ley pretende proteger a la mujer de estas acciones.

Y aún más específica la violencia sexual contra la mujer que es según esta ley toda conducta que amenace o vulnere el derecho de la mujer a decidir su vida

sexual por ella misma, y no sólo el acto sexual sino también toda forma de contacto o acceso genital, o no genital por cualquier persona.

En esta ley además garantiza los derechos que deberán promover y respetar las instituciones gubernamentales del país con la finalidad de garantizar todos los derechos que esta ley consagra para la integridad de las mujeres.

3.1.4 Ley del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer

El Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer, como ente con autonomía en lo técnico, financiero y administrativo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, debe de estar regulado por una ley que venga a dar soporte a su funcionamiento, para ello en 1996 se creó la Ley del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer, la cual competencias específicas al Instituto para la protección y defensa de los derechos humanos de las mujeres, como las establecidas en los artículo Art. 3, el cual dice que el Instituto tendrá por objeto diseñar, dirigir, ejecutar, asesorar y velar por el cumplimiento de la Política Nacional de la Mujer; promoviendo en tal sentido el desarrollo integral de la mujer salvadoreña.

Para realizar efectivamente sus objetivos, el Instituto promoverá la participación de las Instituciones Gubernamentales, Organismos Internacionales, Municipalidades, Instituciones no Gubernamentales, Empresa Privada, otras entidades y personas naturales.

3.2 Instrumentos Internacionales que forman parte del Ordenamiento

Jurídico Salvadoreño

La comunidad internacional ha estado viendo la problemática generada por los delitos contra la libertad sexual, se ha preocupado por condenar dichas acciones con cartas, tratados y los demás cuerpos legales que muchos estados han incorporado a sus legislaciones internas, una parte de esos

cuerpos legales que surgieron de la voluntad de los Estados reunidos para proteger y auto obligarse a condenar, investigar y sancionar dichas acciones han surgido a partir de sucesos que han marcado la humanidad tales como guerras mundiales, civiles.

Reconocimiento Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres

La violencia contra la mujer tiene un impacto fuerte y negativo en la salud, bienestar y desarrollo de las víctimas, sus familias y entorno inmediato, la comunidad en que viven y la sociedad más amplia. Esta situación motivó que en 1993 la Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud (OPS/OMS) la declarara problema de salud pública y aprobara una resolución recomendando a sus gobiernos miembros que formularan políticas y planes para su prevención y control.

El marco jurídico vigente en América Latina y el Caribe obliga a los Estados a implementar intervenciones contra la violencia doméstica en base al carácter universal de los derechos humanos, la indivisibilidad de los **mismos** y la obligación del Estado de respetar y hacer respetar esos derechos. Ello implica combatir las violaciones a todos los derechos humanos menoscabados por la violencia doméstica, tales como el derecho a la salud, al bienestar, a la integridad física y psicológica y a la libertad, entre otros.

Las instituciones responsables de la salud pública, que son centrales en el ordenamiento jurídico latinoamericano, son cruciales para erradicar la violencia contra las mujeres. Esas instituciones cuentan con experiencia en la modificación de actitudes y prácticas de la población y, lo que es crucial,

conocen la importancia de las medidas de prevención y tienen experiencia en su implementación²⁹.

La victimización constante de un gran número de mujeres, por medio de la violencia física o sexual, impide su participación activa en procesos de desarrollo y desalienta los cambios culturales e institucionales necesarios para el desarrollo democrático y económico. Esta vinculación se ha reconocido a nivel mundial debido en gran parte a los movimientos feministas y de derechos humanos.

Lo que alguna vez se consideraba como un problema personal ahora se aborda desde una perspectiva mucho más amplia basada en los derechos humanos y el empoderamiento de las mujeres. Estos cambios, especialmente en los dos últimos decenios, han conducido a la adopción de leyes y políticas nacionales e internacionales para ayudar a prevenir, abordar, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres.

3.2.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos

En 1948 se constituye la primera ley de carácter internacional, con la aplicación universal con la que recogía y costumbres de diferentes países. Este instrumento, dentro de su contenido incluyó los tres grandes principios fundamentales de los derechos humanos los cuales son los siguientes: el principio de igualdad, el principio de dignidad y el principio de libertad.

El Art. 1 todos los seres humanos nacen libre e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

²⁹ Ana Guezmes y María Claramunt. *La Violencia Contra la Mujer: un Problema de Salud Pública y una Violación a los Derechos Humanos*. (Santo Domingo: Pro familia, 2004).

El Art. 3 todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, expone lo siguiente: la libertad en general, siendo que el derecho de la libertad tiene múltiples aspectos, como lo son la libertad de tránsito, libertad de expresión, la libertad de reunión y de asociación, así mismo otro de esos ámbitos en donde se aplica este derecho es en el sexual, dándose a conocer como libertad sexual, la libertad de decidir el momento, la forma y la persona con la cual se desea llevar a cabo un determinado acto sexual. Dicha libertad se ve transgredida y vulnerada cuando por la fuerza se le obliga a otra persona a realizar o soportar actos sexuales contra su voluntad, lo cual constituye el llamado delito de violación sexual.

El Art. 5 Nadie será sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

El Art. 12 Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección contra tales injerencias o ataques.

Las disposiciones antes anotadas reflejan los derechos y garantías individuales de que gozan hombres y mujeres en todo el mundo sin distinción alguna; así como de la protección que gozan sus familias ante cualquier injerencia arbitraria o agresión a su libertad sexual.

Con lo anteriormente expuesto, corresponde hacer la aclaración que las libertades no son absolutas, y se encuentran limitadas al derecho y libertad de otros individuos, es decir, entonces que al igual como se limita el derecho de estas libertades, la libertad sexual esta constreñida al respeto de los derechos y libertades de los demás en el contexto social; es decir, que debe ser ejercida de forma limitada y responsable, sin afectar la esfera jurídica de los demás.

Una de esas limitantes se encuentra en el delito de otras agresiones sexuales³⁰

3.2.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El art.7 Nadie podrá ser sometido a tratos crueles, inhumanos degradantes, la agresión sexual es un delito que denigra gravemente a la víctima, haciéndole sentir sucia, utilizada y maltratada, y además de ser un trato cruel pues hay un elemento del tipo que es la violencia para dar lugar al acceso carnal, esa violencia puede ser ejercida de múltiples maneras causando un severo daño mental o físico, pudiendo llegar a tratos crueles incluso a la tortura, ningún ser humano debe ser sometido a tales actos que lesionen la moral, física y psicológica a quien lo recibe, es por ello, que cabe dentro de la prohibición en este artículo.

Este derecho es inherente a toda persona del cual ya se ha tratado en otros cuerpos legales, la libertad y la seguridad que todos los seres humanos deben poseer, se sabe pues que el reitero de los diferentes cuerpos legales en este derecho es para no repetir las graves violaciones a las libertades de todo tipo que han existido a lo largo de la historia, es por ello que se ve de manifiesto como la comunidad jurídica internacional externa una vez más le da la importancia de la protección a la libertad en todo sentido, incluso a la libertad sexual.

³⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos (El Salvador como Estado miembro de la Organización de las Naciones Unidas aprobó dicha declaración el 10 de diciembre de 1948). https://www.google.com/search?q=declaracion+universal+de+los+derechos+humanos&rlz=1C1CHBD_esSV910SV914&oq=declaracion+un&aqs=chrome.0.0i355j46j69i57j0l5.14316j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8#

3.2.3 Convención Interamericana Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Belém Do Para”

Este Instrumento fue adoptado el 9 de junio de 1994 en Belem do Para, Brasil, y ratificado por El Salvador, mediante Decreto Legislativo N° 430 de Fecha 23 de agosto de 1995, publicada en el Diario Oficial N° 154, Tomo N° 328, de fecha 23 de agosto de 1995.

Dentro de sus considerandos se encuentra que indica: "Afirmando que la violencia contra la mujer constituye una violencia de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres y convencidos de que la eliminación contra la violencia en la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida" ,dentro de sus disposiciones se encuentra :

Art. 1 Para los efectos de esta convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológica a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

3.2.4 Protocolo Facultativo de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer

Aprobado en 1999 por la Asamblea General, completó el marco internacional de protección de los derechos humanos de las mujeres. Permite a los nacionales de los Estados que lo ratifica la posibilidad de presentar comunicaciones al Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la

Mujer³¹, denunciando al Estado por el incumplimiento de su obligación en el marco de la Convención. Entre los aspectos positivos que se han derivado de la adopción de este instrumento se encuentran: que el único procedimiento disponible en relación con la aplicación de la Convención CEDAW era el de supervisión y presentación de informes por parte de los Estados, mientras que con la aprobación del Protocolo Facultativo se coloca esta Convención en condiciones de igualdad con tres de los seis grandes tratados internacionales de derechos humanos, así como con los sistemas Interamericano y Europeo, que dan a sus organismos de supervisión y monitoreo autoridad para recibir y considerar comunicaciones.

Reconoce muchos avances con relación a la protección de los derechos de las mujeres, pues, establece un mecanismo de exigibilidad de los derechos sustantivos establecidos en la CEDAW y que son obligaciones de los Estados Parte. Equipara la Convención a otros instrumentos internacionales de derechos humanos como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Además, constituye un mecanismo de supervisión de la Convención y de su aplicación práctica y no tiene carácter jurisdiccional. Permite comunicaciones sobre denuncias e investigación de casos individuales o violaciones extensivas de derechos humanos de las mujeres. Permite la identificación de medidas o recomendaciones que constituyan una reparación de la violación causada.

Pese a los avances obtenidos, el esfuerzo debe sobrepasar las acciones legislativas tendientes a proteger a la familia, para que se aborde el fenómeno de manera general y que se protejan los derechos de las mujeres de todo tipo de agresiones, sean o no cometidas por sus parejas, de manera tal que el

³¹ Crea accesos para las mujeres a la justicia internacional, sin embargo, este tratado aun no reconoce nuevos derechos sustantivos, pero permite a las mujeres la posibilidad de que sus demandas sean examinadas por un comité de expertos que monitorean el cumplimiento de la Convención de la CEDAW actuando junto con el Protocolo Facultativo.

acento debe ser puesto en las medidas de prevención para actuar tempranamente en aquellos casos en los que pudiesen culminar con la muerte de las víctimas.

Esas medidas de protección no sólo referidas a la capacitación y concientización de los operadores del sistema, sino formular protocolos de actuación adecuados e incluir, además, modificaciones estructurales y político culturales, que promuevan cambios a nivel de educación, salud, hacienda, trabajo y otros aspectos sociales, económicos y políticos.

Aún falta mucho por hacer, pues la sola ratificación de normas o la creación de leyes de segunda generación, equiparan formalmente a las mujeres respecto a los hombres, debiéndose adoptar, además, políticas públicas específicas que promuevan la exclusión de patrones culturales, estereotipos sexistas y creencias que han cultivado las desigualdades de género en **nuestro** país.

El desafío actual para combatir la violencia contra la mujer consiste en aplicar las normas existentes de derechos humanos para garantizar que se haga frente en todos los niveles, desde el doméstico a la trasnacional, a las causas profundas y a las consecuencias de la violencia sexista.

La multiplicidad de formas que adopta la violencia contra la mujer, así como el hecho de que se produzca frecuentemente en la intersección de diferentes tipos de discriminación, obliga a adoptar estrategias multifacéticas para prevenirla y combatirla.

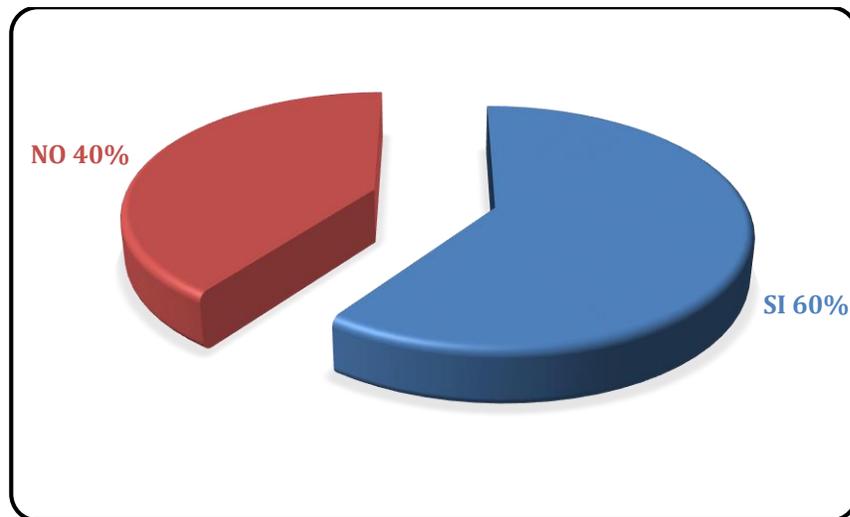
Es por ello que la perspectiva de género enriquece la acción en materia de derechos humanos y facilita el cambio de construcciones socio-culturales que han derivado en desigualdad y discriminación hacia las mujeres. Es una herramienta conceptual y práctica que contribuye, además, a posibilitar cambios en las culturas de las organizaciones o instituciones para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Las ventajas que conlleva la tendencia integradora de ésta perspectiva en materia de derechos humanos permite visualizar inequidades construidas artificial, socio culturalmente; y detectar mejor la especificidad en la protección que precisan quienes sufren desigualdad o discriminación, siendo lógico y necesario que el concepto de género y su perspectiva, calen hondo en la protección internacional, llegando a transversalizar por completo la tutela que se ofrece a las personas a través de sus mecanismos e instituciones.

CAPITULO IV ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS DE ENCUESTAS REALIZADAS.

FICHA TÉCNICA	
Universo:	Hombres y Mujeres, salvadoreños, mayores de 18 años.
Objetivo del Estudio:	Verificar el conocimiento que tiene la población de las conductas tipificadas como Otras Agresiones Sexuales y sus Circunstancias Agravantes.
Tipo de muestra:	Aleatoria simple.
Tiempo de realización:	Del 09 al 11 de noviembre de 2020.
Tamaño de la muestra:	Personas encuestadas: 30
Número de encuestadores:	3 encuestadores
Técnica de recolección:	Encuesta presencial.

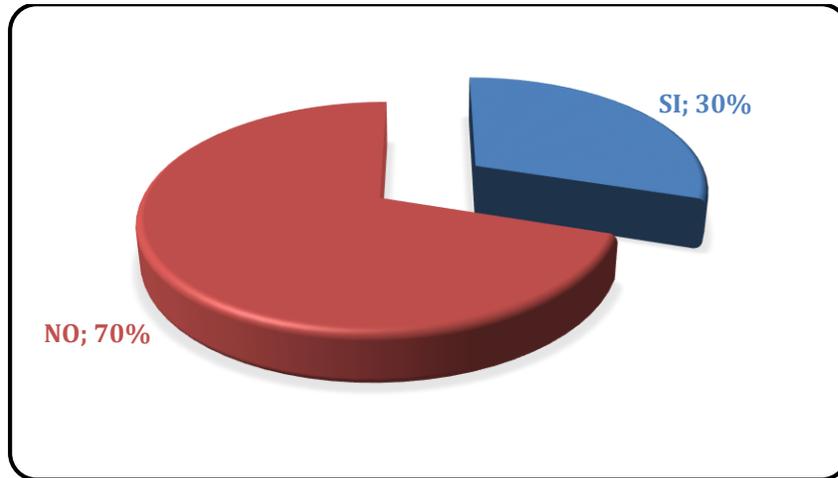
1. ¿Usted sabe que conductas se consideran como delito de otras agresiones sexuales?



Análisis e Interpretación:

De la anterior grafica podemos denotar que la mayoría de encuestados tienen un conocimiento acerca de las conductas en cuestión, tomando en consideración que muchas de las acciones contra la libertad sexual son un tema tabú en nuestra sociedad, igual podemos interpretar que la coyuntura actual ha permitido un mayor conocimiento de dichas conductas.

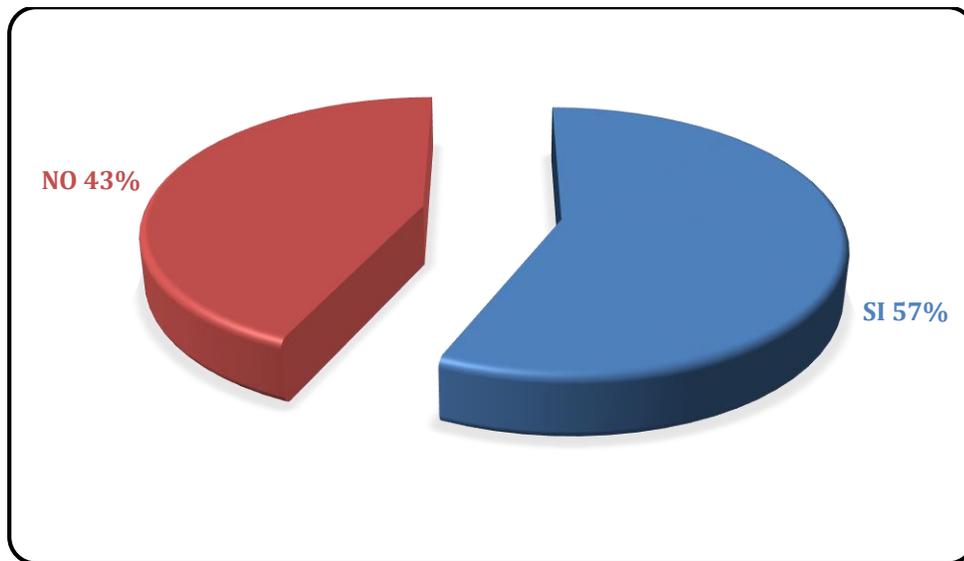
2. ¿Usted ha sufrido alguna vez una agresión sexual que no sea considerada como violación?



Análisis e Interpretación:

A diferencia de la anterior interrogante, un porcentaje mayor (70%) menciona que no ha sufrido alguna agresión sexual que no sea considerada violación, tomando en consideración que la mayoría de encuestados son mujeres (17 de 30) cobra mayor importancia, dado que estadísticamente dicha conducta se realiza mayormente en contra de las mujeres,

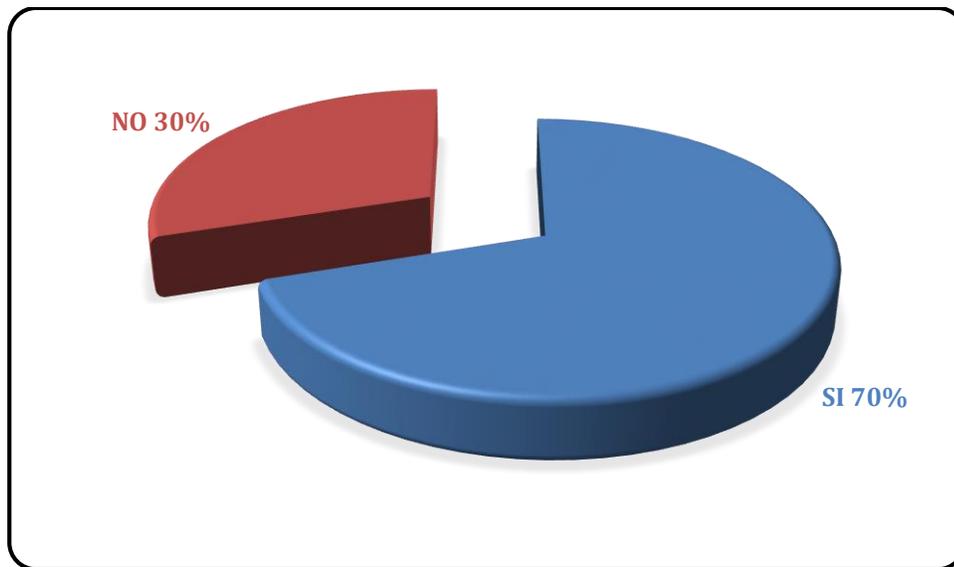
3. ¿Usted ha sufrido algún tocamiento que contenga alguna connotación sexual ya sea en el transporte público o en otro lugar?



Análisis e Interpretación:

En el Salvador, las acciones realizadas en transporte colectivo referentes a ataques contra la libertad sexual, nunca o pocas veces se judicializa, dado por desconocimiento que tal acción se puede considerar como delito o por apatía del sujeto pasivo, solo realizando actos que ponen en manifiesto la acción del sujeto activo a fin de que tenga vergüenza de los hechos realizados, ahora bien, de acuerdo a la gráfica en cuestión, se puede visualizar que más de la mitad de los encuestados (57 %) ha sufrido algún tocamiento de carácter sexual, lo que da mayor relevancia a la regulación de dicha acción.

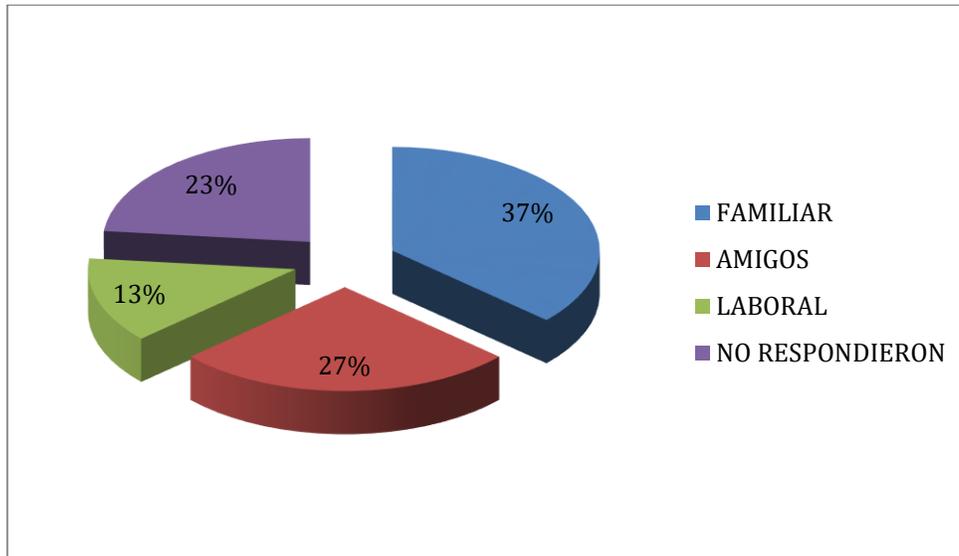
4. ¿Tiene usted conocimiento que el tocamiento de carácter sexual se considera delito?



Análisis e Interpretación:

Es importante el reconocimiento de los encuestados, acerca del conocimiento de que manifestada conducta consiste en delito, esto proyecta que en algún momento se judicializara la acción de tocamientos con carácter sexual.

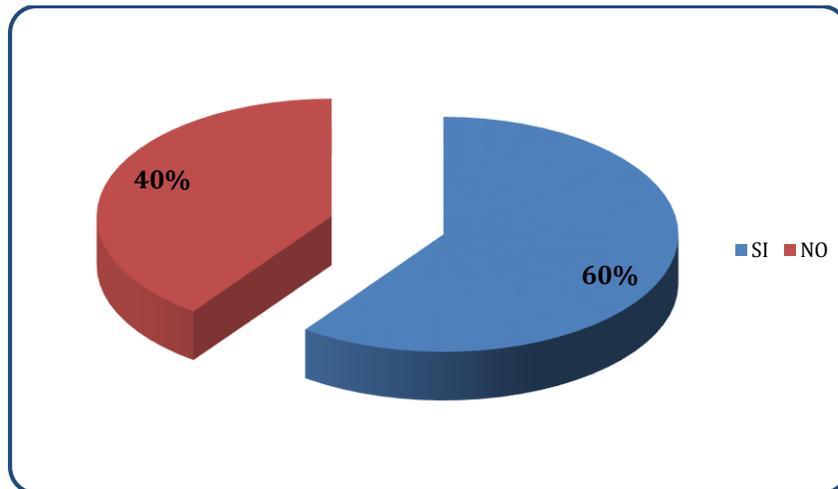
5. ¿Si usted marco SI en alguna de las anteriores preguntas, ¿dicha conducta en que entorno fue realizada?



Análisis e Interpretación:

El 37% de las personas encuestadas respondieron que dicho tocamiento de carácter sexual fue realizado en el entorno familiar, el 27% en un ambiente con amigos, mientras que el 23% fue víctima en el entorno laboral y finalmente el 13% no respondieron.

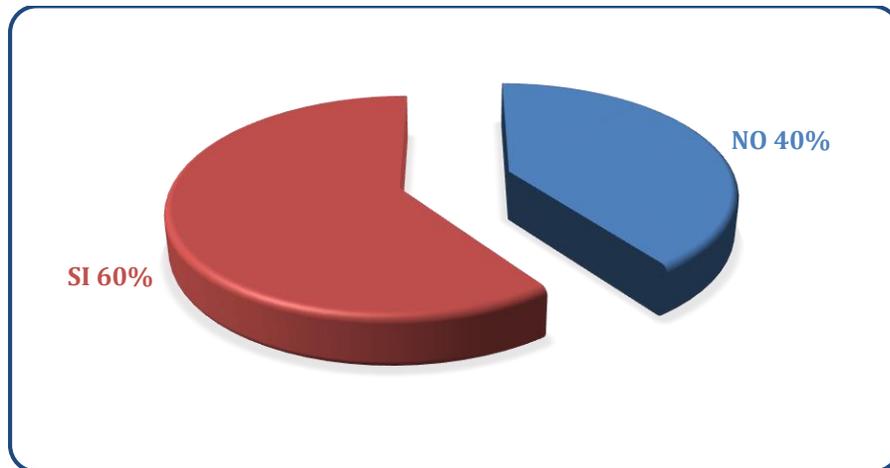
6. ¿Usted sabe dónde interponer una denuncia por las acciones sufridas?



Análisis e Interpretación:

El 60% de las personas encuestadas conocen las instituciones competentes para interponer una denuncia si han sido víctimas de agresiones sexuales, mientras que el 40% no tiene mayor información al respecto.

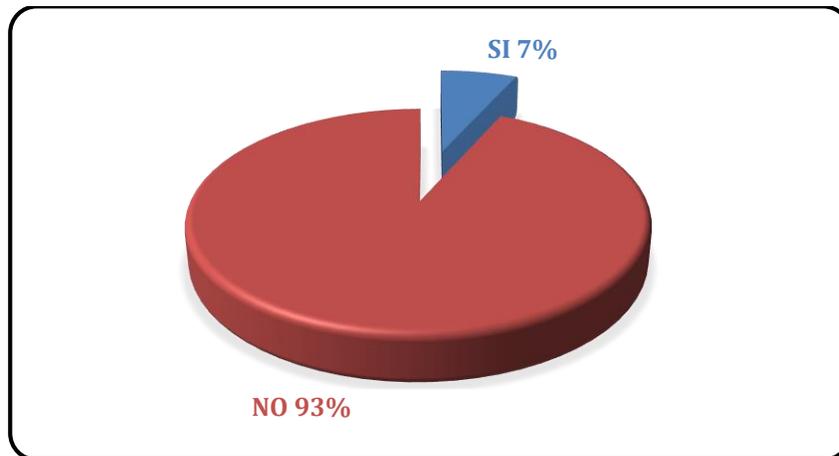
7. ¿Sabía usted que si una Autoridad Publica realiza cualquiera de las acciones referentes al Delito de Otras Agresiones Sexuales, la sanción de este se agrava?



Análisis e Interpretación:

El 60% de las personas encuestadas no conocen la agravante que conlleva si el agresor es una autoridad pública, mientras que el 40% no tiene mayor información al respecto.

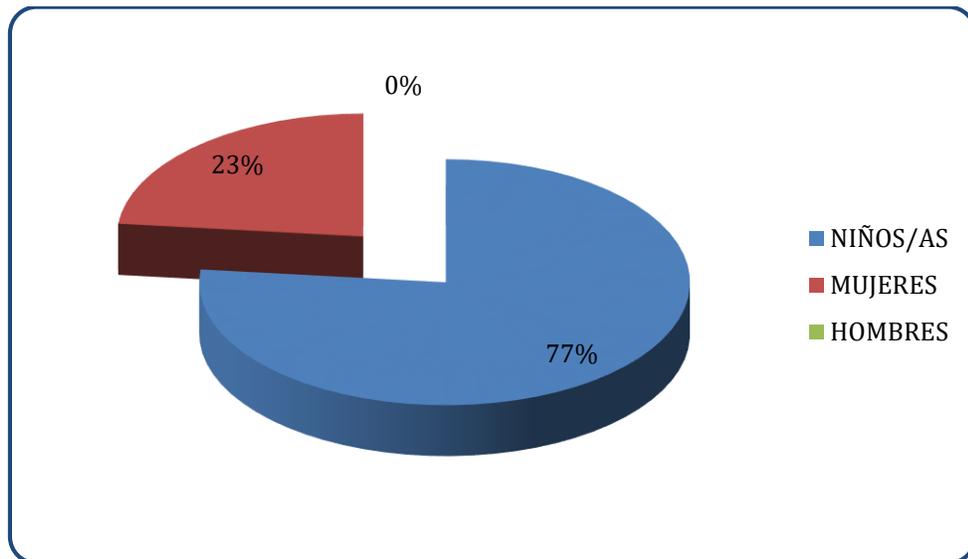
8. ¿Según su opinión los delitos que atentan contra la libertad sexual son adecuadamente sancionados?



Análisis e Interpretación:

El 93% de las personas encuestadas consideran que los delitos contra la libertad sexual no son sancionados de manera adecuada, mientras que el 7% considera que sí.

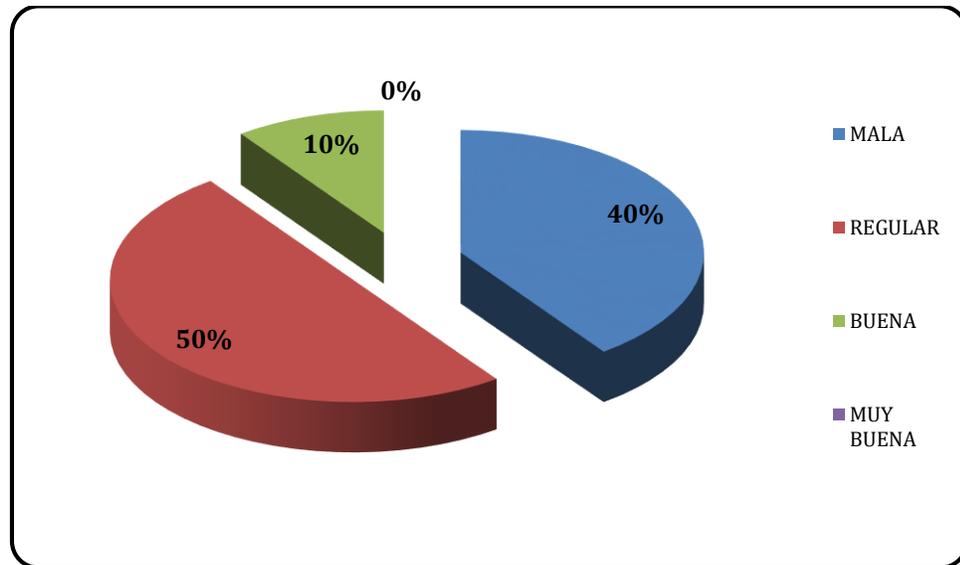
9. ¿Según su opinión, en El Salvador quienes son más propensos a ser víctimas de delitos contra la libertad sexual?



Análisis e Interpretación:

El 77% de las personas encuestadas consideran que los niños son los más propensos a ser víctimas de los delitos contra la libertad sexual, mientras que el 23% considera que son las mujeres las que podrían ser víctimas de este delito, aunque en la encuesta también **colocamos** la opción que los hombres podrían ser víctimas, nadie selecciono esa opción.

10. ¿Cuál es la valoración que usted da a las instituciones (FGR, PGR, Juzgados) en el combate de los delitos que atentan contra la libertad sexual?



Análisis e Interpretación:

El 50% de las personas encuestadas, es decir la mitad, califican como regular el desempeño de las instituciones (FGR, PGR, Juzgados) en el combate de los delitos contra la libertad sexual, mientras que el 40% lo califican como Malo y el 10% lo califican como Buena.

CONCLUSIONES

Después de haber analizado y sintetizado toda la información sobre el tema de Otras Agresiones Sexuales y sus Circunstancias Agravantes, se concluye lo siguiente:

1. Que es un delito que engloba diferentes acciones en contra de la libertad sexual, las cuales tienen en común el hecho de que no existe un acceso carnal.
2. Que las circunstancias agravantes están clasificadas como Generales y Específicas, y dentro de las Circunstancias Agravantes Específicas encontramos las impropias y propias, siendo estas últimas las que hemos estudiado dado que son aquellas que sólo se aplican o producen efecto respecto a un tipo concreto junto al cual se recogen.
3. Una adecuada educación sexual puede evitar el cometimiento de las acciones contenidas en el delito de Otras Agresiones Sexuales, dado que estas, no producen una satisfacción sexual por medio de un acceso carnal, sino de acuerdo al ánimo libidinoso del sujeto activo (tocar, frotar o introducir objetos extraños).
4. Dentro de las acciones que se consideran Otras Agresiones Sexuales, se menciona lo referente a cualquier agresión que no sea constitutiva de violación, es decir todas aquellas acciones que conllevan la aplicación de violencia sobre el sujeto pasivo para lograr una conducta diferente al acceso carnal, ante esto, se abre un abanico de acciones que se puedan enmarcar dentro de dicha acción dado

que actualmente la libertad sexual conlleva diferentes manifestaciones (fetiches), esto conlleva la relación de tales acciones con el principio de legalidad.

5. El tocamiento de carácter sexual, tomo mayor notoriedad en la Sociedad Salvadoreña a partir de las acciones, posiblemente, realizadas por un Magistrado de Cámara, ante el revuelo generado, se reformó el contenido del artículo 160 del Código Penal agregándole un inciso, en el cual se adecua como delito (TOCAMIENTO DE CARÁCTER SEXUAL) una conducta que anteriormente se regulaba como falta (ACTOS CONTRARIOS A LAS BUENAS COSTUMBRES Y AL DECORO PÚBLICO, dicho tocamiento para que contenga el carácter sexual debe cumplir algunos requisitos, entre estos, que el tocamiento debe ser realizado en la zona de los genitales o cercanos a estos.

6. La introducción de objetos ya sea vía anal o vaginal, tiene la particularidad, para que la acción se enmarque dentro del delito, el objeto debe tener un significado sexual para el sujeto activo, eximiéndose de tales acciones la utilización de dedo.

RECOMENDACIONES

En El Salvador se tiene un alto grado de delincuencia en la que, los delitos de Otras agresiones Sexuales es uno de los que presenta mayor índice, es por eso que se hace necesaria una verdadera política criminal, basada en un Estado de Derecho que proteja, y no para que existan penas basadas en una condena de muerte, sino más bien que se trabaje un poco más en los valores y en la familia, para que se puedan prevenir esta clase de delitos.

Igualmente, concientizar a las personas de las consecuencias que se dan a raíz de denunciar o no denunciar un delito de esta naturaleza, ya que una persona puede ser destruida socialmente al ser víctima o por el contrario ser declarado culpable injustamente del hecho que se le acusa.

También, desde otro punto de vista, el proceso de reforma del derecho penal sexual durante las últimas décadas ha estado presidido por la idea de despojar al sistema de todo vestigio moralizador y la dogmática penal se ha esforzado por construir sus sistemas doctrinales en torno a conceptos estrictamente jurídicos, asentados en una base fáctica o natural. En este contexto, nociones como las de libertad sexual e indemnidad sexual suelen ser explicadas siguiendo los mismos parámetros utilizados para caracterizar otros bienes jurídicos de índole personal, como el derecho a la vida, la salud o la libertad ambulatoria, por lo que se necesita de una educación con muchos valores.

Muchas veces la doctrina penal pasa por alto que la sexualidad es algo mucho más complejo que la simple actividad genital, y, más que ningún otro aspecto del comportamiento humano, está entremezclada con imperativos morales y culturales, por eso mismo se necesita que existan nuevos mecanismos y recursos dentro de la Corte Suprema de Justicia, en donde los jueces, colaboradores, fiscales, defensores públicos y abogados conozcan de alguna

manera el delito y dejen de observarlo como una simple figura jurídica, sino más bien se vele por el cumplimiento de la norma que estipula dicho delito, que el derecho penal se convierta en un ente humanizador basado en los valores morales, así también se hace necesario que la ley sea más transparente y más específica en explicar y formular este delito.

Por todo lo anterior, se realizan las siguientes RECOMENDACIONES:

a. Al Órgano Legislativo (Asamblea Legislativa).

- Que apruebe y aplique política criminal y criterios jurídicos dirigidos a lograr un equilibrio entre la represión y la prevención general del delito por parte de los legisladores, porque si una norma presenta vacíos no puede cumplir su función punitiva, e influye en que la prevención de la comisión del delito disminuya y que por lo tanto, exista poca aplicabilidad en el sistema judicial sobre las consecuencias jurídicas de la comisión de conductas que se consideran como típicas, en razón de que el precepto es de difícil comprensión e interpretación legal. Teniendo como mejor referencia lo consignado en el primer inciso del artículo 160 del Código Penal.

- Que se realicen reformas al artículo 160 del Código Penal dirigidas a lograr una interpretación clara, precisa e inequívoca cumpliendo con las reglas del principio de legalidad, porque se ha demostrado que su denominación y regulación actual no determina en forma explicativa en que consiste efectivamente cualquier agresión que no sea constitutiva de violación, de acuerdo a las diversas y actuales manifestaciones de la libertad sexual (fetiches), teniendo como consecuencia una aplicación deficiente en la realidad jurídica salvadoreña.

b. Al Órgano Judicial (Corte Suprema de Justicia).

- Que realice publicaciones a través de revistas, libros, folletos, boletines, o cualquier otro medio de comunicación radial, televisivo, etc.; que incluyan programas de educación sexual sobre las conductas que son constitutivas de delito, como forma de educación preventiva sobre la realización de conductas sexuales diversas del acceso carnal que menoscaban y producen secuelas en los sujetos pasivos del delito de Otras Agresiones Sexuales.
- Que las actividades del mes realizadas por la Corte Suprema de Justicia incluyan conferencias informativas relativas a las actividades y prácticas sexuales que son constitutivas del delito, en búsqueda de la prevención y erradicación de estos ilícitos, asimismo que se efectúen en todos los departamentos del país, para disminuir los índices de criminalidad que existen.

c. Consejo Nacional de la Judicatura.

- Que a través de la Escuela de Capacitación Judicial "*Dr. Arturo Zeledón Castrillo*" se realicen capacitaciones sobre el delito de Otras Agresiones Sexuales y sus Circunstancias Agravantes, a Jueces, Fiscales, Defensores Públicos y Abogados en el libre ejercicio, para lograr en la comunidad jurídica una interpretación, aplicación e investigación amplia, alcanzando los fines para los cuales se ha establecido el delito como forma de represión social sobre conductas sexuales que atentan contra la libertad sexual.

d. Órgano Ejecutivo.

Ministerio de Educación.

- Crear una unidad de investigación científica sobre conductas sexuales de reiterada ejecución, para establecer diversos análisis sobre los temas de relevancia penal relacionados a la sexualidad humana en razón de ser temas de especial tratamiento por la misma cultura que existe en el país.

e. Universidad de El Salvador.

- Que a través de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales se promuevan permanentemente, vía digital, foros, conferencias o charlas sobre textos de derecho penal, especialmente sobre los delitos que atentan contra la libertad sexual, específicamente el delito de Otras Agresiones Sexuales, que son temas de coyuntura social y que menoscaban con el normal desarrollo de la personalidad de los sujetos pasivos del delito.

FUENTES DE INFORMACIÓN

LIBROS

Bajo Fernández-Díaz Maroto, *Manual de Derecho Penal*, Madrid, 1992

Claramunt, María y Guezmes, Ana. *La Violencia Contra la Mujer: un Problema de Salud Pública y una Violación a los Derechos Humanos*. (Santo Domingo: Pro familia, 2004).

Collado, Santiago Fernández. "El Delito de Estupro: su historia y vinculación con el bien jurídico protegido", *DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO-Revista Internacional*, 2010.

Díez Ripollès, *Las últimas reformas en Derecho Penal sexual*, Madrid, 1992.

Fernández Rodríguez, M.D. Los abusos contra la honestidad, en "Cuadernos de Política Criminal" número 5, Madrid, 1978.

Lamarca Pérez, Carmen, *Delitos contra la libertad sexual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

Orts Berenguer, Enrique, *Delitos contra la libertad sexual*, Valencia, 1995

Rodríguez Devesa, J.M. *Derecho Penal Español, P.E.*, 8ª. Edición, Madrid, 1980.

Silva, José Enrique, *Introducción al Estudio del Derecho Penal Salvadoreño*, El Salvador.

Vara Horna, Arístides, *Mitos y Verdades Sobre la Violencia Familiar. Hacia una Delimitación Conceptual Basada en Evidencias* (Lima: Tomo II, Volumen. II, 2ª edición, 2006).

TESIS

Roberto Carlos Alfaro, Carlos Arnoldo Avilés, Carmen Esmeralda Hernández Villavicencio, “*Delito contra la libertad sexual*” Tesis Universidad Francisco Gavidia, 2007

MEDIOS DIGITALES

“Diario Digital de información general”. Comunicación S.L Madrid, España, acceso el 09 de septiembre de 2020, <https://www.nuevatribuna.es/articulo/historia/sexualidad-edad-media/20170605204107140539.html>

“Fetichismo Sexual”, Wikipedia, acceso el 30 de noviembre de 2020, https://es.wikipedia.org/wiki/Fetichismo_sexual

LEGISLACION

- Constitución de la Republica
- Código Penal Salvadoreño
- Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres
- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Convención Interamericana Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Belem Do Para”
- Protocolo Facultativo de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer