

LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO (p. 83)

Rosario de Vicente Martínez

SUMARIO: *I. Introducción. II. Agresiones sexuales. III. Abusos sexuales. IV. Acoso sexual. V. Delitos relativos a la prostitución. VI. Perseguibilidad. VII. Irrelevancia del perdón. VIII. Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho penal del siglo XIX y buena parte del siglo XX lejos de proteger los intereses de la mujer, contribuyó a asignar y reproducir una determinada significación del ser social mujer, es decir, de la estructura de género. La idea de género viene a expresar que en tanto el sexo está determinado biológicamente, el género se dota de contenido socialmente¹.

Como es regla en la vida social de muchos países, ha sido el hombre el que ha fijado el alcance y la intensidad de la protección penal de la mujer, y no lo ha hecho tanto en función de los intereses femeninos como en función de los estrictamente masculinos en cuanto indirectamente pueden ser supuestamente lesionados por la conducta de la mujer.

(p. 84) En los años sesenta, siguiendo la tradición del feminismo liberal de principios de siglo, muchos estudios abordaron la cuestión de las posibles discriminaciones existentes en las normas penales o en las sentencias judiciales. Se creía que luchando contra dichas disposiciones discriminatorias se conseguiría el ideal de un Derecho penal neutro e igual para todos y todas. Ya en los años ochenta, aparece con fuerza la idea de que la consecución de la igualdad de los sexos en las disposiciones jurídicas no implica la igualdad material de los sexos ante el Derecho. De esta forma, se aprecia que la justicia igual en un nivel formal no equivale a una justicia igual en el plano material, puesto que las normas iguales son aplicadas a grupos con profundas desigualdades sociales².

El campo de los delitos sexuales es una materia donde se proyecta de forma singular las demandas de superación de las adscripciones de

¹ Cfr. SÁEZ, C., p. 3.

² Vid. BODELÓN GONZÁLEZ, p. 187.

género. La tradicional regulación penal de los llamados “delitos sexuales” ha sido un exponente claro de la función de las normas jurídicas en la recreación de los estereotipos y roles sociales que han definido durante siglos la distribución desigual de derechos y obligaciones, discriminando las posibilidades de las mujeres. Por ello, no es de extrañar que el movimiento feminista se haya preocupado desde finales del siglo XIX de la denominada violencia sexual.

Lo que hoy conocemos como violencia sexual fue descrita por diversas corrientes de los movimientos feministas como un problema de opresión sexual. Se explicaba dicha violencia dentro del marco de las relaciones patriarcales y como una de sus múltiples manifestaciones. Fue el feminismo radical quien elaboró la idea de que el núcleo de la opresión de las mujeres se encontraba en la violencia sexual ejercida sobre las mujeres.

Como expone Gimbernat nunca ha sido consagrada con tanta brutalidad y con tanto descaro la protección del honor masculino y el consiguiente desamparo de la mujer como en el antiguo artículo 428 del Código penal español³. Decía el artículo 428: “El marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualesquiera lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les produjese lesiones de otra clase, quedara exento de pena. Estas reglas son aplicables, en análogas circunstancias, a los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, mientras aquéllas vivieren en la casa paterna”.

(p. 85) Frente a la mujer y al amante que se habían atrevido a lesionar el honor masculino no había, por consiguiente, piedad. Que nunca existió un precepto exculpatario paralelo en referencia a la mujer que sorprendía al marido en adulterio es algo que fácilmente puede suponerse.

Afortunadamente, todo esto está cambiando. Las sucesivas reformas del Código penal⁴ han cambiado la naturaleza de estos delitos y han supuesto

³ GIMBERNAT ORDEIG, 1990, p. 78 y ss.

⁴ En España, las Reformas comienzan con la Ley N° 22/1978, de 26 de mayo, que suprimió los delitos de adulterio y amancebamiento y culminan con la Ley Orgánica N° 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal, aprobado por Ley Orgánica N° 10/1995, de 23 de noviembre. En Perú, las Reformas se inician con la promulgación del Código penal de 1991 y culminan con la Ley N° 27115, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” de 17 de mayo de 1999.

un giro sobre una tradición punitiva anclada en la moral decimonónica y desigualitaria. En este sentido, en España la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de Actualización del Código penal, sustituyó el término “honestidad” en la rúbrica del Título por el de “libertad sexual”. En Perú, el Código penal de 1991 sustituyó los términos de buenas “costumbres” y “honor sexual” por el de “libertad sexual”.

Esta sustitución de términos supone algo más que el rechazo a denominaciones con un alto contenido moral, supone una decidida toma de posición en relación con uno de los bienes jurídicos más sutiles y difíciles de proteger con la técnica siempre tosca del Derecho penal. El enfoque de los delitos sexuales desde la perspectiva de la libertad presupone la superación de aquella adjudicación de roles y expectativas sociales diferenciados por razón de género. Si en la concepción anterior la limitación de la libertad de la mujer era el presupuesto de su honestidad y por ello lo que le hacía digna de protección, ahora se invierte el significado. Es la constricción de la libertad lo que colorea la ilicitud de la conducta⁵.

La modificación de la rúbrica fue acompañada de la inclusión del hombre como posible sujeto pasivo de estos delitos, así el Código penal español de 1995, siguiendo los pasos de la Reforma de 1989, no contempla ninguna diferencia por razón del sujeto pasivo o víctima –mujer u hombre– en los delitos contra la libertad sexual. La previsión contó en su día con el general aplauso doctrinal, si bien no faltaron voces críticas que, desde una óptica feminista, subrayaron que “la violación es un delito que comete un género contra (p. 86) otro, es decir, que comete el género masculino contra el femenino, tratándose de un comportamiento aprendido por los hombres como una forma de mostrar y ejercer el poder por medio de la sexualidad”⁶. La idea es, en definitiva, que conseguir una igualdad “legal” donde no existe una igualdad “real” no puede considerarse precisamente como una victoria para las mujeres.

No obstante, desde otros sectores del feminismo se valoró muy positivamente la equiparación, como una forma que permite superar determinadas interpretaciones de género en los discursos jurídicos.

La Exposición de Motivos del Código penal de 1995 explica esta equiparación en los siguientes términos: “se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos. Ciertamente que no

⁵ Cfr. ASÚA DE BATARRITA, p. 74.

⁶ Vid. LAURRAURI, 1994, p. 96.

es el Código penal el instrumento más importante para llevar a cabo esa tarea; sin embargo, puede contribuir a ella, eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias. Además de las normas que otorgan una protección específica frente a las actividades tendentes a la discriminación, ha de mencionarse aquí la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual. Se pretende con ella adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente”.

La igualación que realiza el Código penal es correcta porque de lo que se trata es de que la norma, general y abstracta, no discrimine en función del sexo de los sujetos y ello independientemente de a quién se aplique con preferencia casi absoluta.

La evolución social ha llevado a considerar asimismo sujeto pasivo a la mujer prostituta. La jurisprudencia española ha admitido la violación de la mujer prostituta, si bien hasta los años ochenta son muy escasas las resoluciones en este sentido. La mujer, por el hecho de ejercer una actividad socialmente reprobada no se transforma en una “res nullius”, desamparada de toda protección penal, ni se justifica que hayan de ser resignadas víctimas de estos atentados, ni que estén obligadas, como esclavas públicas, a entregarse a cualquiera, como (p. 87) pretendían algunos escritores antiguos. Es claro que la condición de la mujer no le priva de la libertad de disponer de su propio cuerpo.

La mayor o menor honestidad, promiscuidad, o costumbre sexual de la víctima resulta irrelevante, como se ha encargado de recordar nuestro Tribunal Supremo⁷, tratándose de agresiones sexuales o violación de prostitutas, colectivo, que constituye con mucho, según la fenomenología criminal sexual, el más frecuente destinatario de estos delitos.

En idéntico sentido, la “ratio” incriminadora del tipo permite cobijar agresiones sexuales verificadas sobre el cónyuge, es decir, también se

⁷ El Tribunal Supremo ha considerado, como no podía ser de otra manera, que la imposición violenta del acto carnal a una prostituta, merece el mismo reproche que el impuesto por el mismo medio a cualquier otra persona, pues la prostituta tiene plena autonomía de su voluntad para disponer libremente de su sexualidad. Vid., entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1994 o la de 23 de enero de 1997.

admite la conocida como “violación conyugal”, ya que el contrato matrimonial no le da al marido un derecho sobre la persona de la mujer⁸.

La superación de las relaciones de dependencia mediante la igualdad de oportunidades en la configuración de la propia vida, aparece como factor decisivo que permite romper la indefensión y la ocultación de los abusos en el matrimonio. Es sabido, como afirma Asúa Batarrita, que el mantenimiento de situaciones de desigualdad constituye el obstáculo básico para la efectiva denuncia de agresiones de cualquier clase⁹. La reforma de la normativa sobre el matrimonio, divorcio, filiación, capacidad jurídica de la mujer, su acceso a esferas laborales más amplias, etc. coadyuvó al cambio de las percepciones sociales sobre la función de la ley penal en la prevención de agresiones a la mujer e hizo posible el inicio de esta nueva interpretación.

La perspectiva de género también es útil para explicar por qué a pesar del reconocimiento legal de los derechos de las mujeres, los Jueces siguen dictando resoluciones cuyo contenido parece desconocer tales derechos. Y es que, la cultura social tarda más tiempo en elaborar los cambios sociales que se viven, y **(p. 88)** por eso los aplicadores del Derecho siguen considerando que las mujeres deben observar determinados comportamientos, aunque formalmente la norma jurídica no los exija. Esto se pone de manifiesto, sobre todo, en las investigaciones policiales y judiciales de los delitos contra la libertad sexual, pues a partir de las preguntas que se formulan a las víctimas, se desprende que los aplicadores del Derecho esperan que ellas hayan tenido una conducta sexual irreprochable antes de la comisión del delito, para ser merecedoras de la protección del Estado¹⁰.

Desgraciadamente todavía asistimos en la actualidad a resoluciones jurisprudenciales más que dudosas a la hora de proteger a la mujer, baste citar el “caso del hierro candente en la vagina” donde en los fundamentos jurídicos el ponente de la sentencia se refiere a la “norma de cultura, al parecer imposible de erradicar, nacida de mitos y creencias religiosas”

⁸ Vid., entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1996, donde se afirma que: 1. La violación entre cónyuges es perfectamente posible; 2. No puede esgrimirse el ejercicio legítimo de un derecho; 3. El llamado débito conyugal se opone radicalmente a la dignidad y libertad de la víctima, y, 4. No puede alegarse un error de prohibición en el pensamiento de que la mujer debe prestarse a una relación sexual no querida.

⁹ ASÚA DE BATARRITA, p. 90 y s.

¹⁰ Vid. VILLANUEVA FLORES, 1998, p. 13.

para “explicar, que no justificar, la realidad de machos que vierten sobre la hembra toda la condición de canalla que en el temor reprimen”. Tal norma de cultura es, dice la sentencia, la que dibuja *“a la mujer como epígono del hombre, al formarse del único hueso del que puede prescindir el varón sin desmerecer en su anatomía; material desechable, por tanto, y definidor de inferioridad, válido sólo para uso y abuso”*.

En otros casos la investigación del delito se convierte en una averiguación de la conducta personal de la víctima mujer, como sucede en el “caso de la mujer de vida licenciosa”, donde los Jueces absuelven de violación a dos jóvenes por presunta “vida licenciosa” de la víctima, aparte de la condición de casada, la sentencia aduce que *“mantiene una vida licenciosa y desordenada, como revela el carecer de domicilio fijo, encontrándose sola en una discoteca a altas horas de la madrugada, después de haber ingerido bebidas alcohólicas”*. La sentencia resalta que la joven se prestó *“a viajar en el vehículo de unos desconocidos (...), haciéndolo entre ambos en el asiento delantero y poniéndose así, sin la menor oposición, en disposición de ser usada sexualmente”*.

También ha pasado a los anales de las sentencias gloriosas de nuestros Jueces el “caso de la minifalda”, La sentencia aprecia que la supuesta minifalda con que iba vestida la joven podía haber provocado al empresario sin que éste pudiera contenerse. Lo curioso del caso es que la joven no vestía el día de los hechos una minifalda, sino unos pantalones. Tampoco se queda atrás, el “caso de las bragas”, donde el Juez pregunta a una presunta violada si llevaba bragas **(p. 89)** cuando fue atacada. El presidente de la Sala se interesó por los detalles de la supuesta agresión, insistiendo en el tipo de vestimenta de la joven y principalmente si llevaba bragas, confirmando ella que siempre suele llevar dicha prenda bajo el pantalón. O el “caso del alfiler”, donde se exige una resistencia heroica de la mujer frente al agresor.

En estos delitos no es raro que la victimización secundaria resulte incluso más negativa que la primaria al incrementar el daño causado por el delito con otros de dimensión preferentemente psicológica. En contacto con la Administración de Justicia o la Policía, las víctimas de estos delitos experimentan muchas veces el sentimiento de estar perdiendo el tiempo. Incluso, en algunos casos pueden llegar a ser tratadas como acusadas y sufrir la falta de tacto o la incredulidad de determinados profesionales. Nos encontramos ante prácticas y actitudes hacia las mujeres víctimas de agresiones sexuales inadmisibles que exigen una urgente rectificación.

II. AGRESIONES SEXUALES

El Título VIII del Libro II del Código penal español dedica su Capítulo I a las “agresiones sexuales” caracterizadas por la violencia o intimidación como forma de doblegar la voluntad opuesta del sujeto pasivo.

La técnica utilizada por el legislador descansa en un tipo básico que castiga cualquier atentado a la libertad sexual con violencia o intimidación, y un tipo cualificado consistente en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primera vías. Sobre ambos tipos, juega un sistema de agravantes específicas que determinan una primera agravación de concurrir sólo una, y una hiperagravación de concurrir dos o más.

El tipo básico se prevé en el artículo 178:

“El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años”.

La nueva fórmula utilizada por el legislador “atentare contra la libertad sexual”, permite incluir aquellos supuestos en los que el sujeto activo no actúa sobre el cuerpo de la víctima, sino que obliga a ésta a realizar algún acto sexual sobre su propio cuerpo o con terceros. Por tanto, quedan incluidos los **(p. 90)** autocontactos que la víctima se infiera ante la exigencia del autor de los hechos y excluidos las conductas intimidatorias o violentas orientadas a determinar al sujeto a la contemplación no querida de acciones libidinosas o lúbricas, ya fueran éstas realizadas en vivo o filmadas. Es decir, las conductas incluidas en el artículo 178 son aquellas que suponen un ataque a la libertad “negativa”, esto es, el derecho a negarse a una relación sexual no querida.

Ahora bien el necesario contacto corporal necesita cumplir una condición para que sea considerado como agresión sexual. Dicha condición hace referencia a la necesaria gravedad del acto, ya que sería contrario al principio de intervención mínima del Derecho penal que cualquier acto sexual no consentido integrara la figura delictiva.

Si se opta por una interpretación extensiva tendrían cabida en el tipo conductas de ínfima gravedad, comportamientos de escasa relevancia como un beso o un rozamiento con intimidación.

Cuando la conducta consista en acceso carnal o introducción de objetos por vía vaginal o anal la pena se eleva a prisión de seis a doce años. Es el tipo agravado recogido en el artículo 179:

“Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a doce años”.

El Código penal de 1995, rompiendo la tradición histórica había hecho desaparecer de la nueva regulación el término “violación”, que tras algunos avatares parlamentarios que lo recuperaron respecto al Proyecto en el Congreso, fue rechazado de nuevo en el Senado. Sin embargo, la Reforma de 1999, ha vuelto a recuperar el término violación y ha reformulado por completo el tipo penal dado los numerosos problemas que planteaba su redacción. Tras la Reforma de 1999 la nueva redacción especifica las vías del acceso carnal: vaginal, anal o bucal y especifica asimismo las vías de la introducción de objetos: vaginal o anal. El único punto negro que queda por aclarar es lo que deba entenderse por objeto. Hubiera sido conveniente que el propio legislador hubiera incluido una definición del término “objeto” para evitar la interpretación que ha realizado el Tribunal Supremo para quien la introducción de objetos se refiere exclusivamente a los objetos materiales, inanimados o inanes, de modo que quedan fuera de la agravación los dedos y otras partes del cuerpo humano.

(p. 91) En mi opinión, la noción de objeto debe incluir todo aquel objeto que reúna condiciones para ser apto para un ejercicio de sexualidad.

A partir de los tipos básico y agravado de agresiones, el artículo 180 establece una serie de circunstancias cuya concurrencia aumenta la pena. Si se trata de las agresiones sexuales del artículo 178, la pena se eleva a prisión de cuatro a diez años, y de doce a quince años para las del artículo 179. Según dispone el párrafo 2 del artículo 180:

“Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior”.

Las circunstancias que enumera el artículo 180 son las siguientes:

En primer lugar, agrava la responsabilidad criminal el hecho de que la *“violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio”.*

La segunda de las circunstancias consiste en que *“los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas”.* Esta circunstancia hace referencia a los casos de violencia sexual colectiva y venía siendo reclamada por la doctrina dada la gravedad de este tipo de actuaciones ya

que además de un mayor riesgo lesivo, supone una clara disminución de las posibilidades de defensa de la víctima.

Esta agravación responde a exigencias político criminales y en este sentido la reforma del Código penal italiano operada por la Ley núm. 66, de 15 de febrero de 1996, contra la violencia sexual, ha introducido un nuevo tipo de violencia sexual de grupo regulado en el nuevo artículo 609 octies.

Es asimismo circunstancia cualificadora que *“la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años”*.

En cuarto lugar, cualifica la agresión sexual *“cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima”*.

En este tipo agravado el legislador no ha podido desprenderse de prejuicios de tipo ético moral y ha configurado un tipo agravado sobre la idea de la mayor culpabilidad del autor y no sobre la culpabilidad por el hecho.

(p. 92) La última de las circunstancias que agravan las agresiones sexuales hace referencia a que *“el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas”*.

Por su parte, el Código penal peruano tipifica la violación de la libertad sexual en sus artículos 170 y siguientes.

Tanto en el Código penal español como en el Código penal peruano así como en los Códigos penales francés, italiano y alemán se observa algo común: la ampliación de las conductas punibles y el incremento de las penas, sin embargo es obvio que la violación y la tolerancia de la violación no disminuirá de manera significativa si no se producen mayores transformaciones en las normas y relaciones entre los géneros¹¹.

Los recientes esfuerzos de otros países para aplicar penas más severas como la castración quirúrgica o los tratamientos hormonales, con el convencimiento de que la mutilación de los criminales corregirá el problema de la violación, reflejan un pensamiento bastante ingenuo.

¹¹ NANETTE, J. DAVIS/ KARLENE FAITH, p. 125.

III. ABUSOS SEXUALES

En los tipos de abusos sexuales se contienen aquellos comportamientos que se caracterizan por la realización de conductas de contenido sexual sin hacer uso de la violencia o intimidación. A partir de aquí, el Código distingue entre abusos realizados sin consentimiento, aquellos en los que se declara irrelevante o se presume su inexistencia, y los casos de prevalimiento o engaño donde la prestación del consentimiento se halla viciada.

El abuso sexual básico castiga la realización de actos que atenten contra la libertad sexual cuando éstos se realicen sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses (art. 181.1).

(p. 93) Se considera en todo caso abusos no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare (art. 181.2).

Se contemplan asimismo los tradicionales abusos sexuales por prevalimiento donde se considera que el consentimiento otorgado por el sujeto pasivo se halla viciado. Las novedades que incorpora el Código penal de 1995 es el rechazo de la antigua denominación de estupro que ha sido sustituida por la de abuso y la desaparición de la limitación basada en la edad del sujeto pasivo. Hasta el Código penal de 1995 la conducta sólo resultaba típica si la víctima tenía una edad comprendida entre los doce y dieciocho años. La supresión de este límite es acertada porque existen casos de consentimiento viciado donde el sujeto, aunque puede ser mayor de edad, no decide libremente.

El abuso sexual por prevalimiento (art. 181.3) requiere que el sujeto activo se encuentre con respecto al sujeto pasivo en una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima. La situación de superioridad puede tener su origen en múltiples causas, como la dependencia económica, las relaciones docentes, de amistad, de vecindad, etc. Ahora bien, además de esta situación de superioridad es necesario que el autor se prevalea de la misma, es decir, debe ser consciente de la influencia que ejerce sobre la víctima y aprovechar ésta para sus fines sexuales, lo que supone, igualmente, la necesidad de constatar que la víctima ha consentido la realización de la conducta por el dominio moral o material que el autor tenía sobre ella.

Siguiendo el ejemplo de las agresiones, la pena se eleva cuando el abuso sexual consista en acceso carnal o introducción de objetos (art. 182).

Finalmente, se recoge el abuso sexual por engaño o fraudulento (art. 183) que recoge la versión actualizada del estupro fraudulento. En este caso la edad del sujeto pasivo debe estar entre los trece y los dieciséis años.

IV. Acoso sexual

Otro de los ámbitos en el que la mujer sufre todavía discriminación es en el mundo laboral: mayor dificultad de contratación, menores salarios, etc. Junto a esta discriminación se ha observado una problemática específica que afecta a las mujeres trabajadoras: el acoso sexual en el mundo laboral.

(p. 94) El acoso sexual no es una cuestión de “puritanismo”, ni de “exageración”, sino que produce una restricción general en los comportamientos (evitar encontrarse a solas con él, vigilar lo que se dice, renunciar a determinadas reuniones), unos trastornos psicológicos (el miedo, el temor a que se haga público) y eventualmente unas consecuencias perjudiciales (el despido o el no ascenso)¹².

La creciente preocupación por el acoso sexual en nuestro Derecho laboral se ha traducido en una adecuada protección a las víctimas del acoso laboral en la jurisdicción social. Pero, el acoso sexual constituye un problema social y como tal problema social se iniciaron las demandas para penalizar estas conductas. Demandas que tienen su reflejo en el Código penal de 1995, primer texto punitivo español que introduce la incriminación del acoso sexual en el Capítulo III del Título VIII del Libro II del Código penal. La Reforma de 1999 ha modificado su redacción y ha introducido nuevas modalidades típicas de acoso sexual. El Código penal distingue un tipo básico y dos tipos agravados.

El tipo básico se contiene en el art. 184.1:

“El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de arresto de seis a doce fines de semana o multa de tres a seis meses”.

No es delictiva la solicitud en sí misma si no se da en el ámbito de una determinada relación y provoca a la víctima una situación que

¹² Vid. LAURRAURI, 1995, p. 7.

objetivamente pueda calificarse como una amenaza, un ataque contra la integridad moral o una injuria graves.

El párrafo 2 de este artículo contiene un supuesto agravado que se da cuando el culpable del acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación.

El párrafo 3 del art. 184, eleva la pena de los dos párrafos anteriores cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación. **(p. 95)**

V. DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN

En el campo de la prostitución los dos sistemas que se encuentran más arraigados en la actualidad en los ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno cultural son: El sistema prohibicionista, para cuando la desviación pasa a ser criminalizada y amenazada con penas o medidas de seguridad, y el sistema abolicionista que aspira a erradicar la prostitución dirigiendo todo su potencial represivo hacia las conductas de terceros que la favorezcan.

La prostitución en sí misma no es delito, aunque sí la de otros que de diversas formas vienen a favorecer la misma. La prostitución es una lacra social tan vieja como la Humanidad y que hasta ahora no ha podido ser totalmente abolida, pese a los muchos intentos de prohibición que han existido y existen.

En materia de prostitución el Código penal peruano sanciona el favorecimiento a la prostitución (art. 179), el rufianismo (art. 180), el proxenetismo (art. 181) y la trata de personas (art. 182). Por el contrario, el Código penal español de 1995 ha reducido el número de comportamientos constitutivos de delitos y no podía ser de otro modo desde el momento en que era necesario adecuar la regulación de estos delitos al bien jurídico que preside su Título: Libertad sexual.

Antes del Código penal de 1995, la doctrina y la jurisprudencia ya habían denunciado la incongruencia de mantener el castigo de ciertas conductas favorecedoras de la prostitución consentida de personas adultas, que sólo bajo la antigua rúbrica de "delitos contra la honestidad" podían justificarse. Conductas, en su caso, contrarias a una moral sexual tradicional que ya no

encontraba apoyo, ni formalmente en nuestras leyes, ni materialmente en nuestra sociedad.

El Código penal español castiga en su art. 188.1 la prostitución de personas mayores de dieciocho años:

“ El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”.

Se intenta evitar así la hipocresía social de no criminalizar y defender la no legalización al propio tiempo. La no legalización provoca que la mujer debe enfrentarse con la falta de protección de la ley y convivir con la estigmatización, **(p. 96)** situación altamente beneficiosa para el cliente que, sin verse gravado por la criminalización, no lo está tampoco por la legalización.

El Código penal de 1995, no obstante, ha representado un significativo paso adelante al reservar sus sanciones para los solos casos en que el abuso o la explotación sexual amenacen la dignidad o la libertad de una persona. Y es que, como señala Maqueda Abreu, a diferencia de lo que a menudo quiere hacérsenos creer, “lo imperioso” no es prohibir ni castigar, sino todo lo contrario, “crear una sociedad en la que la realidad de la diversidad humana, sea personal, orgánica o social, no esté sometida al poder de criminalizar”¹³.

VI. PERSEGUIBILIDAD

Una de las objeciones tradicionalmente dirigidas a los delitos que protegen a la mujer ha sido su carácter de delitos privados. Hasta no hace muchos años la persecución de los delitos contra la libertad sexual requería la presentación de querrela o denuncia de la ofendida o de sus representantes.

Desde una perspectiva feminista el mensaje que puede ser leído es que un delito contra la mujer no es, a diferencia del resto de los delitos públicos un delito contra la sociedad o carece de la suficiente gravedad para interesar al Estado. Ello llevó a determinadas mujeres feministas a reclamar la

¹³ MAQUEDA ABREU, 1998, p. 182.

necesidad de que fuese eliminada la exigencia de interposición de denuncia para ser, como la mayoría de los delitos, procesado de oficio¹⁴.

En el texto derogado español los delitos contra la libertad sexual se configuraban como delitos privados que sólo podían perseguirse previa denuncia de la persona agraviada. Esta decisión legislativa se justificaba en el carácter personalísimo o individual del bien jurídico vulnerado: libertad sexual.

Pero, como ha señalado Gimbernat, la existencia excepcional de un delito privado sólo viene justificada, desde una perspectiva de política criminal, si concurren todos o la mayoría de los siguientes requisitos: que se trate de un hecho de poca entidad y de carácter no violento, porque sólo en esos casos es plausible atender primariamente a los intereses del ofendido, descuidando los **(p. 97)** que vienen exigidos por la prevención general y por la especial; que su prueba implique el riesgo de una intromisión en la vida privada de la víctima; que el hecho sea de carácter predominantemente ocasional, y que su persecución penal pueda suponer un daño irreparable para el ofendido¹⁵.

En los delitos contra la libertad sexual, prescindiendo de la posible intromisión del proceso penal en la intimidad de la víctima, no concurre ninguno de los restantes requisitos que fundamentarían su calidad de delito privado. Además, la subsistencia de estos delitos como privados constituye una irresponsabilidad legislativa que sólo sirve para generar nuevos delitos de la misma y de distinta naturaleza.

En la práctica la configuración de estos delitos como delitos privados provocaba eventuales situaciones de mercadeo a través de chantajes o ventas de la denuncia y de forma relevante y reiterada ciertos inconvenientes en la recogida de pruebas del delito¹⁶. Por otra parte, la práctica judicial revela que, en determinados supuestos y concretamente en los que afectan a la libertad sexual, se hace necesaria una activa participación del acusador público, con independencia de la posición procesal adoptada por la víctima en el proceso. Hay supuestos en los que la víctima de una brutal agresión no quiere denunciar por desconocimiento de sus derechos o por sentimientos tales como el pudor o la vergüenza; a veces, la víctima que inicialmente denuncia no puede soportar la burocracia, tensión o sujeción al proceso de investigación y opta

¹⁴ Vid. LARRAURI, 1995, p. 93 y s.

¹⁵ GIMBERNAT ORDEIG, 1990, p. 90 y s.

¹⁶ Cfr. MONTALBAN HUERTAS, p. 65 y ss.

finalmente por retirar la denuncia. Para estos casos la previsión de la querrela del Ministerio Fiscal es un acierto.

Si hasta 1995 habían prevalecido los argumentos de carácter más individualista, otorgando a la víctima el pleno dominio sobre la persecución del delito, el Código penal español de 1995 ha cambiado la naturaleza de estos delitos al incluir la posibilidad de que el Fiscal, y no sólo la víctima, pueda iniciar la persecución penal de estos delitos. El artículo 191 del Código penal dispone:

“1. Para proceder por los delitos de agresiones sexuales, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal”.

(p. 98) No obstante, a pesar de esta novedosa cláusula de oportunidad subsiste la configuración de estos delitos como de naturaleza semi-privada, pues el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal, en supuestos de víctimas mayores de edad no denunciantes, queda doblemente condicionada: de una parte, exige querrela que es medio de comunicación de la noticia criminal más formalista que el de la denuncia; de otra parte, exige una previa ponderación de los intereses en presencia, de suerte que el Ministerio Fiscal sólo tendría justificada su actuación en caso de víctima mayor de edad, si ésta no sufriera con el proceso un daño moral igual o más grave al que comparativamente le produjo el hecho delictivo, o bien en el caso de que el interés público en la persecución de los hechos prime sobre el del agraviado, como sería el caso de un agresor reincidente o habitual.

Reconociendo las ventajas de esta nueva fórmula sin embargo, no está exenta de críticas pues resulta algo confusa y ambivalente la técnica de desviar al Ministerio Fiscal la facultad de apertura del proceso penal obligándole a ponderar los intereses en juego con criterios de mera oportunidad cuya guía ni siquiera se esboza en el precepto penal. Se ha avanzado un paso más en la progresiva publicitación de estos delitos contra la libertad sexual, pero no parece que en ningún caso el interés público deba ceder a los intereses de mantener la privacidad en una época como la actual y una sociedad como la muestra en que felizmente la tacha pública por haber sido víctima de tales delitos ha desaparecido casi completamente, es más esa innovación ahondaría en esa deseable desaparición definitiva. No son pocos los autores que desde la dogmática

reclaman esa modificación. Y no se olvide que en estas infracciones el consentimiento es presupuesto de la tipicidad, lo que excluye posibilidades de intolerables intromisiones procesales.

En esta materia también se ha modificado el Código penal peruano mediante la Ley núm. 27115, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" de 17 de mayo de 1999. Ley que establece la acción penal pública en los delitos contra la libertad sexual y, consiguientemente, modifica el artículo 178 del Código penal y el artículo 302 del Código de Procedimientos penales donde se suprime del elenco de delitos contenidos en el mismo, los delitos contra la libertad sexual.

Esta última reforma constituye un gran acierto porque resulta indudable que si la criminalización de este tipo de conductas no responde ya a otro motivo que la defensa de la libertad, no se comprende por qué únicamente aquí debía el Estado renunciar a su persecución; junto a ello, es asimismo constatable que el carácter privado restaba al delito eficacia por cuanto las presiones que se ejer (p. 99) cían sobre la víctima, bien por su entorno familiar o social, bien por el propio sujeto activo, determinaban que, en muchas ocasiones, la conducta quedase impune.

A pesar del cambio en la naturaleza de estos delitos, es necesario dirigirse a las mujeres que han sufrido algún tipo de agresión, abuso o acoso sexual para que tomen conciencia de su propia situación y que denuncien los hechos, pues entre otras cosas, la denuncia favorece la catarsis y la liberación, junto a una clara actitud esténica o de lucha, que favorece la interpretación y una mejor valoración crítica de los hechos que mejora el pronóstico. Es un hecho contrastado por gran número de experiencias con terapia psicológica, que la verbalización de la humillación y vergüenza reduce sensiblemente la angustia.

La cifra negra que se maneja en estos delitos es muy elevada. Sin embargo, se observa un mayor número de denuncias. Afortunadamente la consolidación del sistema democrático en nuestro país ha sido un factor relevante en la emancipación laboral y social de la mujer que lucha por su independencia, y lo que es más importante, alcanza ya niveles culturales y profesionales similares a los del varón, superando de esta forma las barreras que tradicionalmente impedían la denuncia: la repulsa social, la situación familiar, la falta de información, etc.

VII. IRRELEVANCIA DEL PERDÓN

Mediante el perdón la persona agraviada tenía en sus manos en todo momento la extinción de la responsabilidad criminal, incluso aunque

hubiese recaído ya sentencia firme y el autor estuviese cumpliendo la pena. El perdón en estos delitos llevaba consigo evitar una condena, no obstante, los económicamente mejor situados podían eludir con más facilidad el ingreso en prisión mediante el pago de un precio pactado.

En España a partir de 1983 se seguía admitiendo la posibilidad del perdón –por matrimonio o por voluntad de perdonar a la víctima- como forma de paralizar el proceso penal, pero se excluía la virtualidad del perdón manifestado después de la condena judicial.

En 1989 se suprimió definitivamente la institución del perdón del ofendido en estos delitos. La posibilidad de que la víctima de estos delitos pueda después perdonar al autor, dejando sin efecto la sanción penal o suspendiendo el proceso, desaparece totalmente con la Reforma de 1989.

(p. 100) La razón de esta decisión legislativa radica en la preocupación del legislador por poner coto a los eventuales chantajes y presiones de que podría ser objeto la víctima del delito previamente cometido. Era necesario no otorgar al perdón eficacia alguna ya que la cláusula que permitía a la víctima de una agresión sexual retirar la demanda antes del comienzo del juicio dejaba a las mujeres sometidas a las presiones del marido y familiares.

El Código penal español en su art. 191 dispone:

“2. En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase”.

Es cierto que eliminado el perdón, a la mujer se la puede coaccionar para que cambie el testimonio, aunque el Derecho penal castiga esta intimidación, no eliminando el testimonio de la víctima, se deberían haber castigado las presiones destinadas a conceder el perdón.

En el Código penal peruano, conforme a la nueva redacción dada al artículo 178 por la Ley núm. 27115, se ha dejado de eximir de pena al autor de la violación en los casos de seducción si contraía matrimonio con la víctima. Como muy bien dice el Informe realizado por la Defensoría Especializada en los Derechos de la Mujer, la modificación no impide que la víctima, si lo desea pueda casarse, pero ese matrimonio, al igual que en los demás delitos, no puede ser causa de exención de la pena¹⁷.

¹⁷ Vid. Informe de la Defensora Especializada en los Derechos de la Mujer, Informe núm. 002-96 DP-DM.