

LA REFORMA A LOS DELITOS SEXUALES; UNA CRÍTICA NECESARIA

Alicia Beatriz Azzolini

1. Sexualidad y derecho penal

El sexo ha sido materia de regulación y prohibición en las distintas formaciones sociales. El tabú del incesto, por ejemplo, data de épocas inmemoriales y se asocia, en un primer momento, a las necesidades de la exogamia. ⁽¹⁾ Muchas de las normas que regulan hoy día el ejercicio de nuestra sexualidad se remontan a la Edad Media, al Antiguo Testamento, al Talmud y a fuentes aún más antiguas. ⁽²⁾

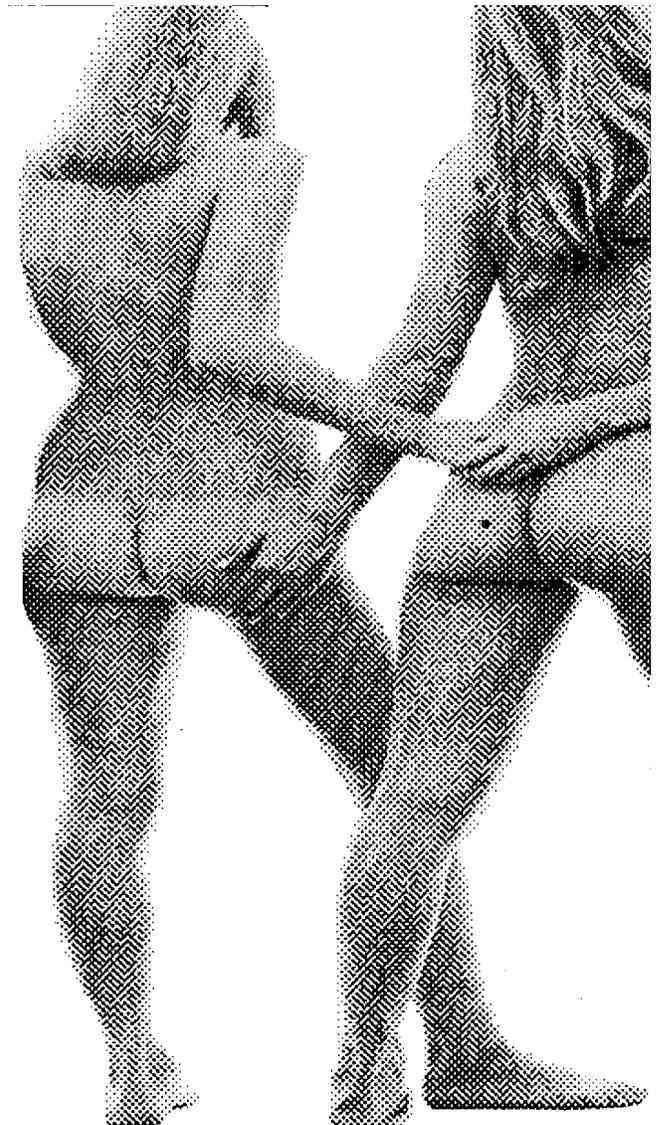
La regulación de la sexualidad se ha efectuado a través de la historia no sólo mediante normas morales y religiosas, sino que el poder político se ha ocupado de sancionar civil y penalmente determinados comportamientos sexuales. Es, así que durante siglos el derecho penal se usó para proteger la moralidad de las costumbres sexuales y, especialmente, la honestidad de las mujeres. ⁽³⁾

* Profesora por oposición del Depto. de Derecho, UAM-Azcapotzalco.

¹ Sobre el incesto y las causas de su prohibición, ver el interesante libro de Robin Foz, *La roja lámpara del incesto*, México, Fondo de Cultura Económica, 1990.

² Cfr. Hochheimer, Wolfgang, "El derecho penal sexual desde el punto de vista psicológico antropológico", *Sexualidad y crimen*, Trad. por Enrique Gimbernat, Madrid, Reus, 1969, pp. 87 y 88.

³ La legislaciones penales de la antigüedad están repletas de ejemplos donde las conductas femeninas eran más castigadas que las masculinas. En el Código de Hammurabi el adulterio no era delito si lo cometía el hombre; en cambio la mujer se hacía merecedora a la pena de muerte. Hoy día, el Código Penal Argentino' exige, para que el hombre sea considerado adúltero, que tenga manceba fuera de la casa conyugal; en cambio, para la mujer es suficiente con tener relaciones sexuales con un hombre distinto a su marido.



Hoy día, o mejor dicho desde la década de los sesenta, se produce la llamada "liberación" del sexo, al punto que pareciera anacrónico hablar de tabúes sexuales. Sin embargo, hay quienes, como Adorno, desconfían de tal "revolución" y creen que la misma es portadora de sus propias limitaciones.⁽⁴⁾

Lo cierto es que, cambios más o cambios menos, transformaciones o simples reformas, los penalistas se han visto envueltos en la discusión sobre la sexualidad. El tópico central es ¿qué debe ser objeto de la protección penal? ¿Debe el derecho penal proteger los valores éticos, en este caso la moral sexual, o debe optarse por el reconocimiento de la pluralidad y sancionar penalmente

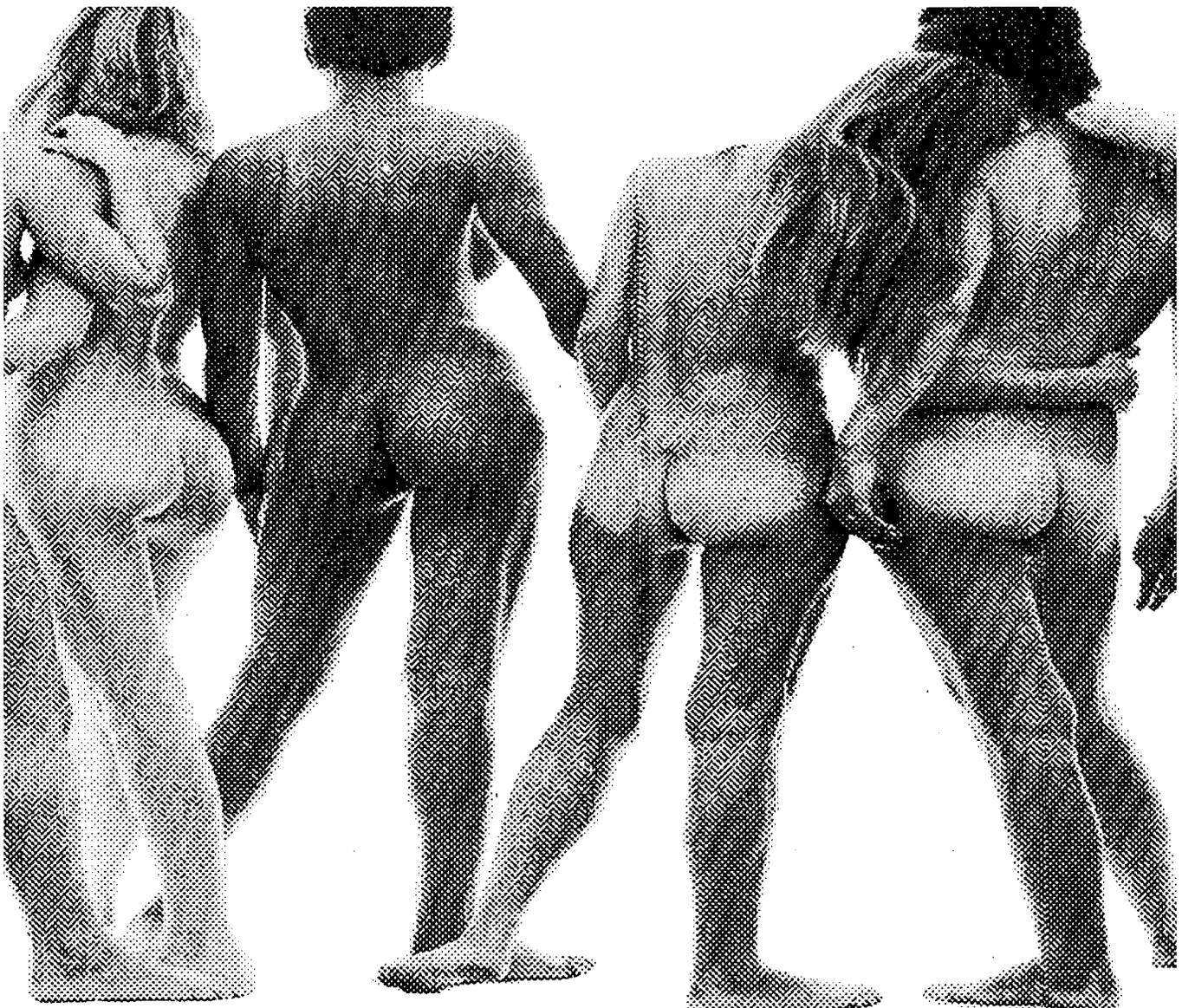
sólo aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro los valores sociales más importantes, en este caso la libertad y el sano desarrollo sexual?⁽⁵⁾

Hasta hace pocos años es indudable que prevaleció la primera de las tendencias. El legislador penal estaba preocupado por la protección de la honestidad y moralidad de la sociedad. Se sancionaban penalmente conductas consideradas inmorales.

En los últimos años ha prevalecido, por lo menos en la doctrina, la segunda corriente. La preocupación de los ochenta por la democracia y el pluralismo, así como por las funciones del Estado, se traduce en una necesidad de

4 Cfr. Adorno, Theodor, Tabúes sexuales y derecho en la actualidad", Sexualidad y crimen, Trad. por E. Gimbernat, Madrid, Reus, 1969, p.316.

5 Sobre esta dilatada polémica entre los penalistas "tradicionales" y los "modernos", consultar el libro de José Luis Díez Ripolles, El derecho penal ante el sexo, Barcelona, Bosch, 1981.



reducir el ámbito de actuación penal. Esta preocupación no ha llevado, necesariamente, en nuestro país, a cambios legislativos, pero, por lo menos, ha generado la polémica pública sobre aborto, adulterio, etcétera.

Es importante destacar la presión ejercida por grupos feministas, homosexuales, de izquierda, que han dirigido parte de su discurso a criticar los contenidos del derecho penal en materia sexual. La defensa de sus intereses de grupo se traduce, por una parte, en la propuesta de despenalización de conductas como el aborto y el adulterio, pero al mismo tiempo proponen mayor represión para la violación y para conductas de agresión sexual a los sectores más desprotegidos como son las mujeres y los menores.

Paralelamente se han formado grupos conservadores, relacionados con la Iglesia Católica, que se oponen a toda despenalización, mas no al incremento de punibilidades.

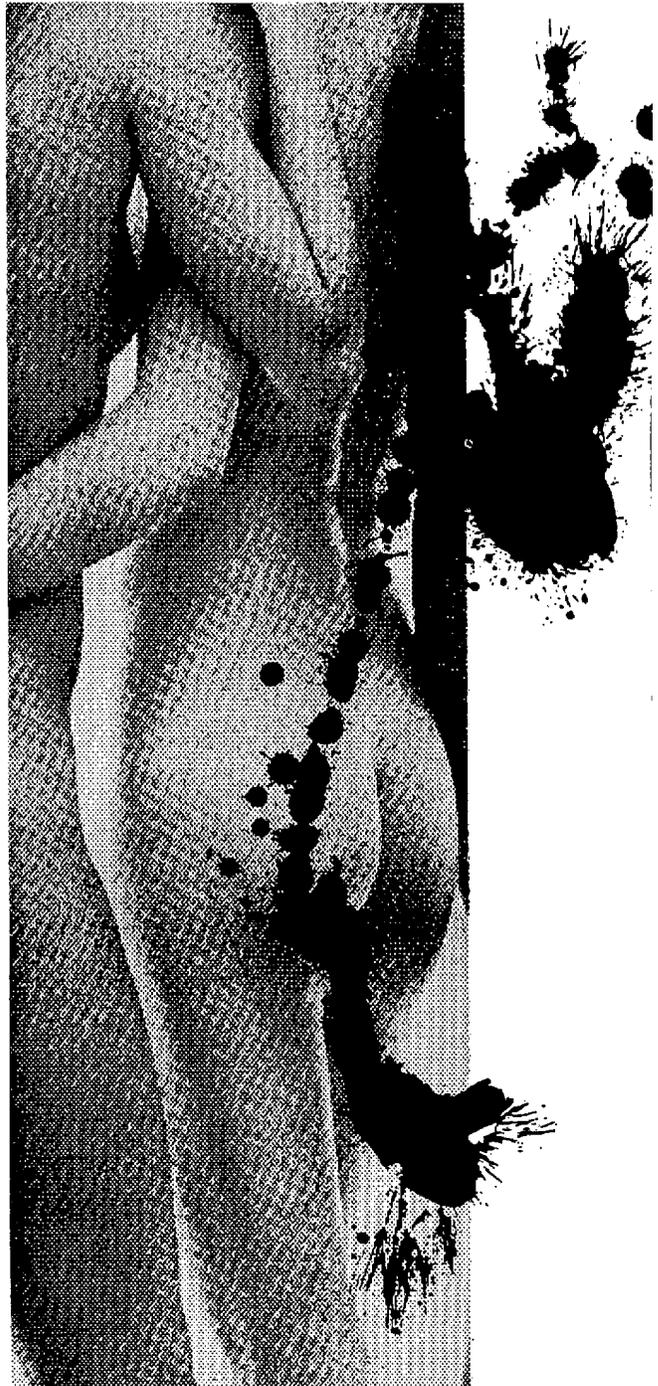
Como puede apreciarse, la problemática no es simple ni lineal, y requiere plantearse en términos precisos. En primer lugar no es posible pensar que el legislador penal pueda modificar, en lo sustantivo, el comportamiento sexual de la sociedad; podrá, cuando más, influir en ciertas modalidades de dichas prácticas. En segundo lugar no es esa la función del legislador, quien debe limitarse a intervenir penalmente para proteger los bienes jurídicos más importantes.⁽⁶⁾

La norma penal tiene, indudablemente, una función motivadora por medio de la intimidación, pero es inidónea para transformar la afectividad y la ideología de las personas, mucho menos la vivencia de su sexualidad. Al legislador le toca proteger aquellos valores sociales que son indispensables para la existencia misma de la comunidad o para la convivencia pacífica de sus miembros; para ello debe describir en forma clara y precisa las conductas que lesionan esos bienes. Dicha descripción debe ser necesaria y suficiente para la salvaguarda del bien, o sea que debe dar cabida a todas las hipótesis posibles de conductas que lesionen o pongan en peligro el bien, pero no debe permitir que se cuelen aquellas que no lo hagan.

Sólo desde el reconocimiento del bien jurídico como concepto limitador de la actuación penal, y respetando el derecho a la intimidad y a la pluralidad, será posible una regulación más racional y democrática de aquellas conductas sexuales que requieran sanción penal. Siguiendo este orden de ideas es posible replantearse la legitimidad de ciertos tipos penales vigentes, como el adulterio, los ultrajes a la moral, él incesto, etcétera.

2. Los delitos sexuales en el Código Penal del Distrito Federal

El Código Penal para el Distrito Federal data de 1931 y mantiene todavía resabios del sexo-honor. Figuras como la de los artículos 310 y 311, que reducen al mínimo la punibilidad -3 días a 3 años- para el caso, y sólo para el caso, que un cónyuge sorprenda al otro con un amante al momento del acto carnal o próximo a su consumación y mate o lesione a uno de ellos o a ambos, o la del



6 El concepto de bien jurídico con contenido material, es decir como limitante de la actividad legislativa, es manejado desde Liszt. En este caso se está utilizando la elaboración de Elpidio Ramírez, "Fuentes reales de la normas penales", Revista Mexicana de Justicia, núm. 1, vol. I, México, enero-marzo 1983, páginas 23-25.

ascendiente que, con en el mismo momento y con la misma punibilidad, mate o lesione al varón corruptor de ese descendiente, corroboran lo dicho. Para el legislador del Distrito Federal el honor sexual y la fidelidad son tan importantes que dan a la punibilidad más atenuada de todas las previstas para el homicidio.

Sin embargo, el Código ha sufrido reformas en todos los años de su vigencia y es quizá el Título XV, "Delitos sexuales", el que ha sido objeto de más modificaciones. En contra de las corrientes limitadoras de la actuación penal, dichas reformas no han tendido a la despenalización sino que han aumentado las punibilidades e incrementado las conductas delictivas. Así, por ejemplo, el art. 265, que tipifica la violación fue modificado en 1966, donde se quita la frase "ausencia del consentimiento de la víctima" para facilitar la integración del cuerpo del delito. En 1984 se eleva la punibilidad de 2 a 8 años a la de 6 a 8 años para impedir que los acusados por esta conducta obtengan libertad bajo fianza. En 1989 se vuelve a elevar la punibilidad, esta vez de 8 a 14 años y se incorpora la figura de la introducción de cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, con violencia, en el ano o vagina, con una punibilidad de 1 a 5 años.

El hecho que el patrón de las reformas mencionadas sea el de una mayor represión, es consecuencia de diversos factores. En un primer momento se debe a la desproporcionadamente baja punibilidad prevista originalmente para la violación, lo que aunado a la recurrencia de este delito en el Distrito Federal, hicieron necesaria su elevación. La impunidad imperante para estas conductas, en conjunción con el maltrato que las denunciadas recibían por parte de los agentes del Ministerio Público, movilizó a los grupos feministas y a los sectores preocupados por la condición de la mujer. Esto propició, por parte de la autoridad, la creación de agencias especializadas para la investigación de los delitos sexuales.

Es importante precisar que las propuestas de feministas y juristas, que dieron lugar a la mayoría de las reformas mencionadas, no siempre apuntaron al incremento de la represión; hubo presiones dirigidas desde el aumento de los casos de despenalización del aborto hasta su total despenalización, propuestas para la despenalización del adulterio, etc. Lo cierto es que el legislador no dio cabida a las propuestas despenalizadoras al tiempo que sí se hizo eco de los problemas que requerían un tratamiento penal más severo.

A su vez, las propuestas despenalizadoras fueron y son públicamente combatidas por los grupos conservadores que, al mismo tiempo, no se oponen y por el contrario apoyan el incremento de represión estatal.

En concordancia con lo dicho, la reforma que a continuación analizaremos fue aprobada por legisladores de distintas posiciones políticas.

El 21 de enero de este año se publicó, en el Diario Oficial de la Federación, el decreto por el cual se reforman y adicionan varios artículos del Código Penal del Distrito Federal, la mayoría de ellos incluidos en el Título XV, denominado, hasta ese momento, "Delitos sexuales". Asimismo sufren cambios el art. 199 bis, que sanciona el peligro de contagio, y el art. 200, que intenta proteger la moral y las buenas costumbres.

Esta reforma tiene sus orígenes en una iniciativa presentada ante la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados en septiembre del año pasado. La misma tiene la particularidad de haber sido elaborada -fundamentalmente- por mujeres de distintos sectores y partidos. Fue presentada como una propuesta de las mujeres para beneficio de las propias mujeres.

Justo es reconocer que la iniciativa proponía reformas de mayor alcance a las que finalmente se aprobaron, sobre todo en cuanto a la reparación del daño a la víctima. Esta cuestión, siempre tan desatendida, era abordada en el proyecto inicial con la creación de un fondo para la reparación del daño causado por cualquier delito cuando el sujeto activo no la asumiera. Dicho fondo se formaría con las cauciones que se hicieran efectivas, con lo recaudado en concepto de multas y con las reparaciones de daños no reclamadas por las víctimas. Lamentablemente esta interesante propuesta no prosperó.

A su vez, en el caso de peligro de contagio la iniciativa proponía, tal como se aprobó, que se ampliara la descripción para que pudieran ser incluidas enfermedades como el SIDA, pero no preveía la pena de prisión sino de tratamiento en libertad, por considerar contraproducente el encierro de enfermos contagiosos. La reforma no sólo incluyó la prisión sino que la punibilidad prevista -6 meses a 5 años de prisión si la enfermedad fuera incurable- es superior a la del antiguo art. 199 bis -prisión hasta 3 años. El legislador ha preferido encerrar al enfermo con el riesgo y la inutilidad que tal medida conlleva.

El proyecto preveía, para el art. 200, y así quedó reformado, un aumento en la multa que era de 10,000 pesos y quedó de 300 a 500 días de multa. La actualización es coherente con el actual sistema de días de multa que intenta superar los avatares inflacionarios. Lo que sí es objeto de cuestionamiento es la permanencia, en el Código Penal, de estas conductas -publicación de libros pornográficos, exhibiciones obscenas- que se suponen ultrajan la "moral" de la sociedad. Pareciera ser que la moral es cuestión personal de los individuos y que el derecho penal no tiene nada que hacer en este terreno; esto sin decir, además, que son normas totalmente inoperantes.

El Título XV es, como ya se dijo, el que ha sufrido mayores transformaciones empezando por su propia denominación. Acertadamente, y concordando con la mejor técnica legislativa que establece que los títulos de la

parte especial deben expresar el bien jurídico protegido en el mismo, se sustituye el nombre "Delitos sexuales" por el de "Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual".

Los demás cambios introducidos en este título, mismos que se apegan al proyecto original, son mucho menos felices.

El actual art. 260 sanciona al que, sin consentimiento de una persona y sin propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo. A renglón seguido prevé una agravante de la punibilidad para el caso del uso de la violencia. Se presenta aquí una regulación superpuesta, ya que la segunda hipótesis -obligue a ejecutarlo- lleva implícita en sí misma el uso de la violencia, no es posible "obligar" si no es mediante violencia física o moral. La figura deja de llamarse atentados al pudor para denominarse abuso sexual, intentando despojarla de sus connotaciones moralizantes.

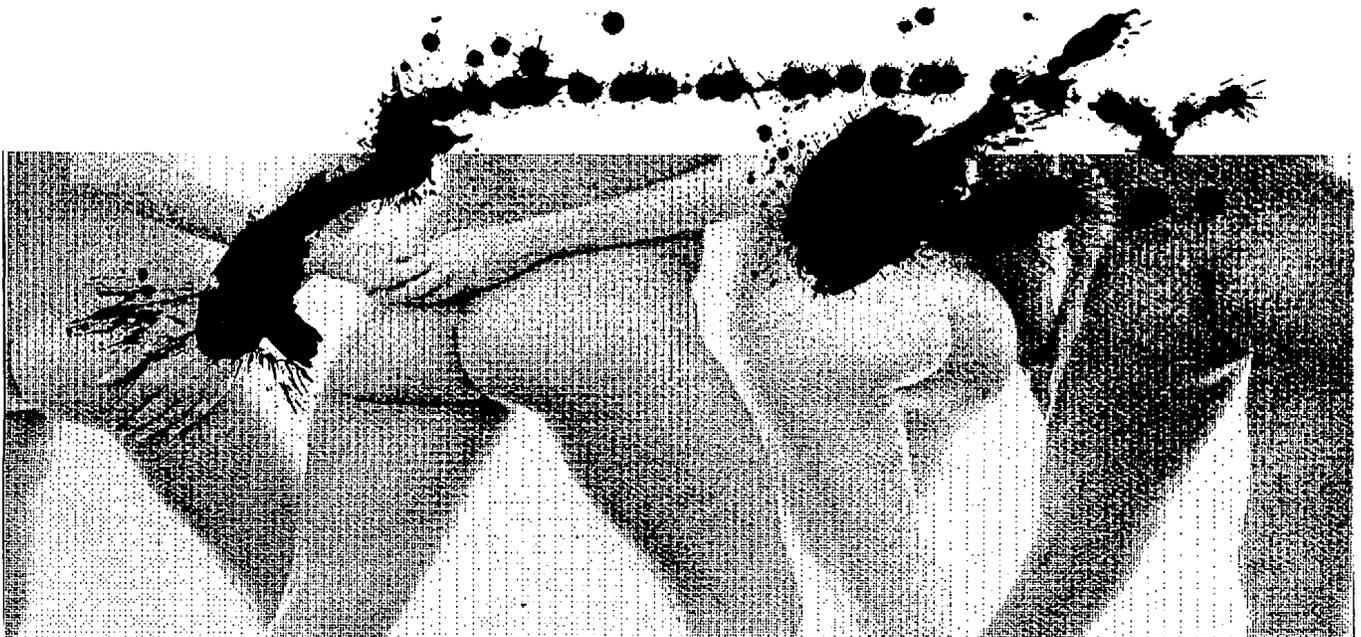
En el estupro, art. 262, se suprime la cuestionada mención de "mujer casta y honesta". El tipo se configura entonces con "tener cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio del engaño". Es necesario reconocer que la figura anterior respondía a valoraciones decimonónicas, pero tal como ahora está formulada parece que excede la necesidad de actuación penal. La figura se apoyaba en la creencia que una mujer adolescente, inexperta, no está en condiciones de decidir libremente y era fácil víctima de engaño en materia sexual. En los tiempos actuales la cuestión -si hay menor libertad de decisión sexual a esa edad- es discutible, pero lo es mucho más la amplitud de la nueva descripción. En efecto, parece ridículo acusar a una joven de 19 años de esturadora por haber tenido cópula con un joven de 17 años a quien engañó diciéndole que lo quería para luego abandonarlo; esta situación sería típica

si no fuera por la nueva y cuestionable definición de cópula. No parece que en casos como éstos -y aunque el activo fuera un joven de 19 años que le dice a su novia de 17 que nunca la va a dejar y al poco tiempo la abandona- se lesione la libertad o el normal desarrollo psicosexual sino más bien los sentimientos de los jóvenes en cuestión. No está de más mencionar que queda sin regular la situación de quien tiene cópula con persona de 12 años mediante engaño: si es menor de 12 años es violación equiparada, si es mayor de 12 es estupro, si tiene 12 años no es delito.

Se introduce una definición de cópula en el art. 265: "La introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima⁽⁷⁾ por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo". Si bien se contempla la vía oral,⁽⁸⁾ se excluye sin necesidad ni fundamento la posibilidad de que el sujeto activo de la violación sea una mujer. Esto responde al supuesto que la mujer en cuestión de delitos sexuales es necesariamente víctima. Aunque esta sea así en muchos casos de la realidad, es falso presentarlo como una necesidad: piénsese en una mujer madura que realizara la fellatio in ore con un niño de 12 años no sería violación; en cambio sí lo sería si fuera un hombre maduro que convence a una niña de la misma edad para realizar la misma conducta. En ambos casos se lesiona el normal desarrollo psicosexual de los menores. Es, además, contra toda técnica legislativa definir las conductas típicas, como si el legislador explicara "privar de la vida", "apoderarse", etcétera.

7 Hasta este momento gran parte de la doctrina aceptaba que tanto el hombre como la mujer podían ser sujetos activo o pasivo de la violación en forma indistinta; así se pronunciaron Porte Petit, Jiménez Huerta, Martínez Roaro, Cuello Calón, etcétera.

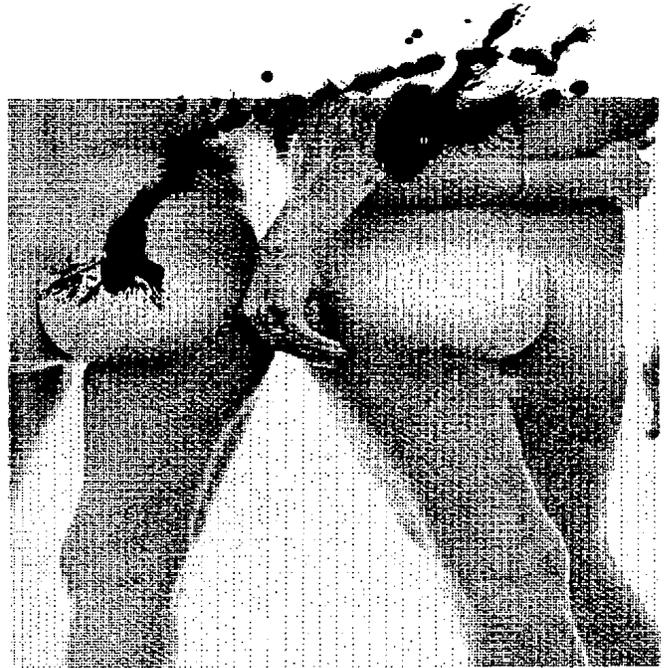
8 Los mismos autores citados en la nota anterior aceptaban la vía oral como uno de los supuestos de cópula. Sin embargo, la negación de la misma por parte de los agentes del Ministerio Público fue la excusa que usó el legislador para incluir la definición en el Código.



En el año 1989 se introduce en este mismo artículo la figura de introducir por vía anal o vaginal y con violencia cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, con una punibilidad de 1 a 5 años de prisión. La actual reforma es acertada, pero tímida, al elevar la punibilidad de 3 a 8 años de prisión. Asimismo el legislador se siguió "olvidando" de prever la figura equiparada, es decir la conducta que se realiza sin violencia en menor de 12 años, persona que no puede resistir o que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho (este último supuesto introducido en esta reforma). Es decir, que si un hombre adulto tiene cópula sin violencia con una niña de 3 años se considera violación, pero si le introduce un palo, por decir algo, en su ano o vagina sin violencia es un simple abuso sexual con una punibilidad de 6 meses a 3 años de prisión, o tratamiento en libertad o semilibertad por el mismo tiempo. La desproporción entre la punibilidad y el bien lesionado es evidente: esta segunda conducta es tan grave como la de tener cópula.

Hasta 1989 se preveían tres supuestos de violación equiparada: tener cópula sin violencia con persona menor de 12 años, tener cópula con persona que no esté en posibilidad de resistir la conducta delictuosa y tener cópula con persona que no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales. En éste se modifica el art. 266 y se elimina el último de los supuestos mencionados, subsistiendo como casos de violación equiparada solamente los dos primeros. La supresión se justificó con el derecho de los inimputables a tener relaciones sexuales, ya que de lo contrario toda cópula con un incapacitado mental sería violación; el legislador hizo una valoración "positiva" del acto sexual. La actual reforma reincorpora el tercer supuesto de equiparación: "Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho". La fórmula resulta más oscura que la anterior: ¿cuál es el significado de la cópula? ¿Será su potencialidad reproductora? ¿Sus implicancias afectivas? Lo cierto es que el legislador ha cambiado de parecer y considera que para toda persona que no esté en plena posesión de sus facultades mentales las relaciones sexuales son perjudiciales. A esto debe aunarse las diferentes consecuencias según el sexo de quien no pueda comprender el significado del hecho. Como ya se dijo, la definición de cópula incorporada al Código impide que haya una violación en la que el sujeto activo sea una mujer y el pasivo un hombre; si esto es así, y por ejemplo un padre lleva a su hijo con síndrome de Down con una prostituta no habría delito porque el inimputable no es penetrado; en cambio, si una joven con retraso mental tiene relaciones con su vecino es violación. Parece ser que la cópula no perjudica al varón y sí en cambio a la mujer; esto ha sido el soporte de la negación del placer sexual femenino durante siglos.

Se incorpora, finalmente, la tan promocionada figura del "hostigamiento sexual". Dice el art. 259 bis: "Al que con



finés lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivadas de sus relaciones laborales, docente, domésticas o cualquier otra que implique subordinación..." A renglón seguido reza el mismo artículo: "Solamente será punible el hostigamiento sexual, cuando se cause un perjuicio o daño". A esta redacción desafortunada se le asocia una muy baja punibilidad de 40 días de multa. Pero lo más importante de destacar es que no se castiga el asedio -u hostigamiento- con fines lascivos; se castiga a quien valiéndose de su relación jerárquica causa un daño o perjuicio a su subordinado porque no quiso responder a ese asedio, El discurso de que ahora las mujeres están protegidas contra el asedio de los hombres no es entonces tan cierto, y no podía ser de otra manera, ya que la ley penal no puede suplir todas las carencias culturales y educacionales. Sólo le compete al legislador penal sancionar las conductas más graves, las que lesionan o ponen en peligro los valores sociales más importantes. Queda la duda de si es tan grave como la prevista en el art. 259 bis la conducta del superior que, valiéndose de su posición, causa un daño al inferior porque éste no quiso ceder a alguna propuesta suya que no fuera de contenido sexual. Si esto fuera así, también este último supuesto debiera ser delito. La reflexión apunta en el sentido que más que la propuesta sexual lo lesivo es el uso de la posición jerárquica para perjudicar por móviles egoístas al inferior.

El análisis de la reforma procesal excede los límites de este artículo, pero el tema en su totalidad no debe darse por concluido; hay, como se ha visto, muchos puntos por discutir. Toda reforma legislativa requiere de un análisis previo exhaustivo para evitar así consecuencias no deseadas que redunden en una ley penal injusta.