

Sistemas penales comparados



Delitos contra la libertad sexual

Alemania

Dr. Jürgen Louis
Friburgo de Brisgovia*

I. La concepción del derecho penal sexual

En el derecho alemán, los tipos penales referidos a la actividad sexual se encuentran en la Sección 13.º de la Parte Especial del Código Penal (§§ 174 a 184 c StGB), bajo el epígrafe "Delitos contra la libertad sexual". Según una clasificación proveniente de Friedrich-Christian SCHROEDER (*Das neue Sexualstrafrecht*, 1975, pp. 16 y ss.), los delitos contra la libertad sexual se dividen en seis grupos, cada uno de ellos con un fin de protección específicamente acentuado, a saber, delitos contra la libertad sexual en sentido estricto (§§ 174 a II, 174 c, 177, 178, 179 StGB), delitos contra el desarrollo sexual de los jóvenes (§§ 174, 176, 176 a, 176 b, 180, 182, 184b StGB), abusos de dependencia institucional (§§ 174a I, 174b StGB), molestias sexuales a terceros (§§ 183, 183 a, 184 a StGB), promoción y aprovechamiento de la prostitución (§§ 180 a, 180 b, 181, 181 a StGB) y difusión de escritos pornográficos (§ 184 StGB). Junto con estos delitos, también guardan relación con lo sexual otros tipos penales, como, por ejemplo, el incesto, en el § 173 StGB, o el asesinato para la satisfacción del instinto sexual, en el § 211 II StGB.

El bien jurídico protegido por los tipos penales de la Sección 13.º es, en primer lugar, la libertad sexual. Por ésta se entiende en términos generales la libertad de poder decidir sobre el lugar, el tiempo, la forma y el acompañante del comportamiento sexual. Sin embargo, no se puede hablar de un bien jurídico unitariamente perfilado para todos los delitos sexuales. Algunas figuras protegen también, junto con la libertad sexual, otros intereses, de modo que el bien jurídico debe ser concretado específicamente para cada tipo penal.

Un concepto central para los delitos sexuales es el de acción sexual. Por ella se entiende una acción que, conforme a su apariencia externa y desde la perspectiva de un observador objetivo, tiene significación sexual. En el plano subjetivo, requiere que el autor sea consciente de esa significación. Sin embargo, conforme al § 184 c N.º 1 StGB sólo están abarcadas aquellas acciones que, en consideración del respectivo bien jurídico protegido, tengan cierta relevancia. La ley permite distinguir, además, si la acción sexual ha sido realizada *en o ante* otra persona. El § 184 c II Nr. 2 StGB exige para la realización de una acción sexual *ante* otra persona que la situación sea percibida por ésta, si bien no es necesario que además comprenda el significado sexual de la acción. Por el contrario, en el caso de una acción sexual *en* otra persona no se necesita que la acción sea siquiera percibida conscientemente ni menos que sea entendida como tal. Sin embargo, la acción sexual *en* otra persona supone contacto corporal con la misma.

Frente a los delitos contra el honor de los §§ 185 y ss. StGB, los delitos sexuales son en principio excluyentes. Según jurisprudencia reciente, un ataque contra la libertad sexual realiza al mismo tiempo el tipo penal de injurias sólo cuando, conforme al conjunto de las circunstancias, en la conducta del autor se puede ver también un propósito de denigrar a la víctima, de modo que, por lo mismo, su acción posee un carácter injurioso independiente.

II. El desarrollo histórico del derecho penal sexual desde 1871

En ningún otro tipo de delitos son tan claros los cambios en la comprensión sobre la función del derecho penal como en los delitos sexuales. El legislador del Imperio Alemán le dio en 1871 a la Sección 13.º del nuevo Código Penal Imperial el epígrafe "Crímenes y simples delitos contra la ho-

* Traducción del Prof. Dr. Héctor Hernández Basualto, Santiago de Chile.

nestidad". A partir de la pregunta, por lo moralmente escandaloso e inmoral de una conducta, se debía imponer por medio del derecho penal una moralidad general. Como espacio para las valoraciones morales servían especialmente las exigencias típicas de la "deshonestidad" (*Unzucht*) y de la "acción deshonestista" (*unzüchtigen Handlung*). Completamente en ese sentido, todavía en 1954 el Tribunal Supremo Federal pudo ver en las relaciones sexuales entre novios una acción deshonestista (BGHSt. 6, 46), si bien sólo para fundar la punibilidad, a título de proxenetismo, del tercero que favoreció la cópula.

También el Proyecto Gubernativo de Código Penal presentado en 1962 (E 1962, Deutscher Bundestag, Drucksache IV/650, de 4 de octubre de 1962) se mantuvo en esa comprensión de la fuerza moralizadora y de la tarea de mantención de la moral del derecho penal. El Proyecto de 1962 motivó una fuerte crítica en la doctrina, la que se expresó especialmente en el informe preparado por Ernst-Walter HANACK para el 47.º Congreso Alemán de Juristas de 1968 bajo el título "¿Es recomendable redefinir los límites del derecho penal sexual?" (*"Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?"*, Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentages, Band I [Gutachten] Teil A, 1968), así como en el Proyecto Alternativo sobre Delitos Sexuales, publicado en el verano del mismo año por 16 profesores de derecho penal (*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Sexualdelikte*, presentado, entre otros, por Jürgen BAUMANN, 1968). Según la opinión de la doctrina penal, el derecho penal sexual debía limitarse a la penalización de conductas graves y socialmente dañinas y respetar la separación entre derecho y moral. Las propuestas de reforma dieron un primer paso mediante la Primera Ley de Reforma del Derecho Penal, de 25 de junio de 1969 (1. StrRG - Gesetz zur Reform des Strafrechts, BGBl. I 1969, pp. 645 y ss.), por la cual se suprimieron tipos penales considerados especialmente anticuados, como el adulterio, la homosexualidad entre adultos, el bestialismo y la obtención de relaciones sexuales extramatrimoniales. Finalmente, la Sección 13.º recibió una redacción fundamentalmente nueva a través de la Cuarta Ley de Reforma del Derecho Penal, de 23 de noviembre de 1973 (BGBl. I 1973, 1725 y ss.). Ya con la elección del nuevo epígrafe de la sección —"Delitos contra la libertad sexual"—, el legislador quiso dejar en claro que el derecho penal sexual no estaría más al servicio de la protección de un determinado orden sexual. Asimismo, se debía expresar que en lo sucesivo los delitos sexuales procurarían la protección de bienes jurídicos del individuo y no del Estado o de la

comunidad. Con estas reformas, el legislador también se hizo cargo del cambio que en el tiempo intermedio había sufrido la actitud de la sociedad frente a la sexualidad. Modificaciones legales posteriores han servido, sobre todo, para corregir posibles lagunas de punibilidad.

En la jurisprudencia es la llamada "Decisión Fanny Hill" del año 1969 (BGHSt. 23, 40) la que marca el paso hacia una comprensión moderna del derecho penal también en el ámbito del derecho penal sexual. Según el Tribunal Supremo Federal, el derecho penal no tiene la tarea de imponer un estándar moral en el plano sexual, sino simplemente la de proteger el orden social de la comunidad frente a perturbaciones y molestias graves. En otras palabras, el derecho penal debe hacerse cargo sólo de la conducta socialmente dañina, no de la conducta moralmente desvalorada.

El cambio en la comprensión de la función del derecho penal se muestra también a propósito del trato especial discriminatorio de la homosexualidad masculina, definitivamente recién suprimida en 1994. El Código Penal Imperial de 1871 todavía consideraba punible, en su § 175, "la deshonestidad *contra natura* cometida entre personas del sexo masculino". Mediante la Primera Ley de Reforma del Derecho Penal, de 1969, se descriminalizaron primero las relaciones homosexuales consentidas entre varones adultos. Luego, mediante la Cuarta Ley de Reforma del Derecho Penal del año 1973 se derogó el abuso de dependencia y la prostitución homosexual. En lo sucesivo, el § 175 StGB siguió abarcando sólo las acciones homosexuales con varones menores de 18 años. Por último, mediante la Vigésima novena Ley de Modificaciones al Derecho Penal, de 31 de mayo de 1994 (29. StrÄndG - Strafrechtsänderungsgesetz, BGBl. I 1994, pp. 1168 y ss.), se derogó el históricamente gravado § 175 StGB y se creó en el § 182 StGB una disposición formulada en términos de género neutrales para la protección de los jóvenes, que desde entonces reprime el abuso sexual de jóvenes menores de 16 años.

III. Los tipos penales en particular

El núcleo de la Sección 13.º lo forman los tipos de coacción sexual y violación (§ 177 StGB), coacción sexual y violación con resultado de muerte (§ 178 StGB), así como el abuso sexual de personas incapaces de oponer resistencia (§ 179 StGB), los que han recibido una nueva formulación legal mediante la Trigésima tercera Ley de Modificaciones al Derecho Penal, de 1 de julio de 1997 (BGBl. I 1997, pp. 1607 y ss.), y la Sexta Ley de Reforma del Derecho Penal, de 26 de enero de 1998 (BGBl. I 1998, pp. 164 y ss.). La coacción sexual y

la violación fueron refundidas en un tipo penal único (§ 177 StGB), formulado en términos de género completamente neutrales, de modo que desde entonces también los hombres pueden ser víctimas de una violación. De acuerdo con el nuevo derecho, la violación es sólo un ejemplo de confirmación de regla general (*Regelbeispiel*) del reformulado caso especialmente grave de coacción sexual. Se ha ampliado, además, el ámbito de aplicación del § 177 StGB mediante la introducción de una nueva variante delictiva: junto con los medios coactivos hasta ahora considerados, la violencia y la intimidación, ahora basta con que la coacción se cometa aprovechando una situación en la cual la víctima se encuentra indefensa ante la acción del autor. Adicionalmente, la violación ya no se limita a la consumación de la cópula sexual, sino que ahora también abarca la realización de acciones sexuales similares en la víctima, que la humillen especialmente. Por último, mediante la supresión del requisito típico de la “extramatrimonialidad”, se ha revalorado como delito contra la libertad sexual la violación en el matrimonio, la que hasta ahora sólo era punible a título de coacción (§ 240 StGB). Estas modificaciones legales no han permanecido exentas de crítica en la literatura. Especialmente la reubicación de la violación, que hasta 1997 era un tipo penal autónomo (antigua versión del § 177 StGB), como ejemplo de confirmación de regla general del caso especialmente grave de coacción sexual (actual § 177 II segunda frase Nr. 1 StGB), ha sido considerada una solución defectuosa de técnica legislativa. Además de los ya mencionados §§ 177 a 179 StGB, también se cuentan en el círculo de los delitos contra la libertad sexual en sentido estricto el abuso sexual de enfermos e indigentes en establecimientos (§ 174 a II StGB) y el abuso sexual con aprovechamiento de una relación de asesoría, tratamiento u orientación (§ 174 c StGB).

A la protección de los jóvenes sirven el tipo simple (§ 176 StGB) y el tipo calificado de abuso sexual de niños (§ 176 a StGB), el abuso sexual de niños con resultado de muerte (§ 176 b StGB), el abuso sexual de personas protegidas (§ 174 StGB), la promoción de acciones sexuales por parte de menores de edad (§ 180 StGB), el abuso sexual de jóvenes (§ 182 StGB) y la prostitución en circunstancias peligrosas para la juventud (§ 184 b StGB). Estos tipos penales deben garantizar a los jóvenes una zona de protección para un desarrollo sexual libre de perturbaciones. Se trata de delitos de peligro abstracto, es decir, las conductas típicas sólo deben parecer generalmente idóneas para amenazar el desarrollo sexual de los menores de edad.

Para evitar el abuso de dependencias institucionales se cuenta con las figuras penales del abuso

sexual de presos y personas bajo custodia de la autoridad (§ 174 a I StGB), así como el abuso sexual con aprovechamiento de un cargo público (§ 174 b StGB). Con este último tipo penal se protege a personas contra las cuales se dirige un procedimiento penal, de internamiento o para la imposición de la custodia de la autoridad. Tanto el § 174 a I StGB como el § 174 b StGB protegen, además de la libertad sexual de la persona bajo custodia o afectada por un procedimiento, el interés de la comunidad en que las instituciones funcionen y los procedimientos se desarrollen, respectivamente, conforme a derecho y sin perturbaciones.

La protección de terceros frente a molestias sexuales es el fin de los tipos penales de exhibicionismo (§ 183 StGB), provocación de escándalo público (§ 183 a StGB), así como del ejercicio de prostitución prohibida (§ 184 a StGB). Los tipos penales que sancionan la promoción y el aprovechamiento de la prostitución, a saber, la explotación de personas que se prostituyen (§ 180 a StGB) y el proxenetismo (§ 181a StGB), no protegen en primera línea la libertad sexual, sino más bien garantizan la independencia personal y económica de las personas que ejercen la prostitución. Por su parte, el tipo simple (§ 180 b StGB) y el tipo calificado de tráfico de personas (§ 181 StGB) deben impedir el reclutamiento de personas de uno u otro sexo para la satisfacción de las necesidades sexuales de terceros. Finalmente, el tipo penal de difusión de escritos pornográficos (§ 184 StGB), que en su actual redacción constituye una de las disposiciones más intrincadas del Código Penal alemán, sanciona a través de distintas variantes delictivas, las que a su vez también tienen distintos fines de protección, el hacer posible el acceso a representaciones de contenido pornográfico.

IV. Esfuerzos actuales de reforma

La reforma del derecho penal sexual, a pesar de las últimas modificaciones legales, todavía no llega a su fin. Actualmente se está tramitando en el Parlamento Federal un proyecto de ley que debería mejorar la protección penal de niños y personas minusválidas frente al abuso sexual. El proyecto presentado por las dos fracciones parlamentarias de gobierno (Deutscher Bundestag, Drucksache 15/350, de 28 de enero de 2003) prevé, por una parte, aumentos de penas para varios tipos de abuso sexual. Por otra parte, propone la introducción de nuevos tipos penales en el § 176 StGB para cerrar lagunas de punibilidad en el ámbito de la internet. Así, pasaría a ser punible el

ejercicio de influencia sobre un niño a través de escritos —entre los que también se cuentan archivos de datos, conforme al § 11 III StGB—, con la intención de llevarlo a realizar acciones sexuales. De acuerdo con esto, debería bastar, por ejemplo, con que el autor le escriba un *e-mail* a un niño para concertar con él una cita para contactos sexuales.

Además, en el futuro debería castigarse al que ofrece un niño para actos de abuso sexual o promete procurarlo, o el que se cita con otro para abusar sexualmente de un niño. A partir de la suposición según la cual unas posibilidades de sanción penal más fuertes en materia de difusión de escritos con pornografía infantil por internet deberían conducir a una reducción de la demanda y, con esto, indirectamente, a una reducción de la producción, el proyecto aboga por la fusión de las —politicocriminalmente importantes— disposiciones penales contra la difusión, la adquisición y la posesión de escritos con pornografía infantil en un nuevo párrafo y elevar el actual marco penal. Como medidas complementarias, el proyecto prevé una ampliación de los tipos de los §§ 138 (omisión de denuncia de delitos planeados) y 140 StGB (recompensa y aprobación de delitos) respecto del abuso sexual de niños en casos determinados, de la coacción sexual y violación, así como del abuso sexual de personas incapaces de oponer resistencia.

Junto con estas modificaciones sustantivas, en lo procesal, la extensión de la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) debería mejorar la protección frente a los autores de delitos sexuales. Actualmente se discute si la custodia de seguridad, a diferencia del derecho vigente, debe ser también posible cuando el tribunal no ha decretado una reserva en ese sentido y la especial peligrosidad del autor recién se detecta durante la ejecución penal. Adicionalmente, se pide que tratándose de delitos especialmente graves la custodia de seguridad se pueda decretar desde el primer hecho.

Bibliografía general (en alemán)

VON BAUER/BÜRGER-PRINZ/GIESE/JÄGER (editores), *Sexualität und Verbrechen*, 1963; GÖSEL, *Strafrecht – Besonderer Teil*, Band 1: *Delikte gegen immaterielle Rechtsgüter des Individuums*, 1987, §§ 23 y ss.; KRÖBER/DAHLE (editores), *Sexualstraftaten und Gewaltdelinquenz*, 1998; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten, Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, Lehrbuch, 2000; LAUFHÜTTE, en: *Leipziger Kommentar*, 11.º edición, 1992 y ss., vor § 174; LENCKNER, *Das 33. Strafrechtsänderungsgesetz*

– das Ende einer langen Geschichte?, *NJW* 1997, pp. 2801 y ss.; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil 1, Lehrbuch*, 9.º edición, 2003, §§ 17 y ss.; OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte*, 6.º edición, 2002, § 66; RENZIKOWSKI, *Das Sexualstrafrecht nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz*, *NStZ* 1999, pp. 377 y ss., 440 y ss.; F.C. SCHROEDER, *Systematische Stellung und Rechtsgut der Sexualstraftaten nach dem 4. StrRG*, *Welzel-Festschrift* 1974, pp. 859 y ss.; *idem*, *Die Revolution des Sexualstrafrechts 1992-1998*, *JZ* 1999, pp. 827 y ss.; *idem*, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiet der Sexualstraftaten*, *BGH-Festgabe*, 2000, pp. 485 y ss.; STRENG, *Überfordern Sexualstraftaten das Strafrechtssystem?*, *Bemmann-Festschrift*, 1997, pp. 443 y ss.

Argentina¹

Dr. Luis Fernando Niño

Profesor de Posgrado en las Universidades de Buenos Aires, Lomas de Zamora y Belgrano (Argentina), Salamanca (España) y Zulia (Venezuela)

En ocasión de emitir nuestro informe para el número 8 de esta prestigiosa publicación, cuya sección Sistemas Penales Comparados se consagraba entonces a las variaciones registradas en materia penal y procesal penal durante el trienio 1997-2000, aludimos —con la brevedad a que obligaba esa genérica reseña— a la reforma integral del Título III del Libro Segundo del Código Penal argentino (artículos 119 a 133), relativo a los que el legislador eligió —impropiamente— denominar delitos contra la integridad sexual²; y alertamos tempranamente acerca de las críticas doctrinales que buena parte de sus disposiciones suscitaban.

En esta oportunidad, efectuaremos un breve recorrido histórico sobre el tópico, para centrarnos luego en los logros y fracasos de ese cambio normativo relativamente reciente, que aún enciende arduos debates en el medio jurídico nacional.

I. Evolución legislativa

Las discusiones parlamentarias desarrolladas sobre los ilícitos penales de contenido sexual, entre fines del siglo XIX y comienzos del XX, apuntaban básicamente a la correcta enunciación del capítulo común a esta clase de delitos y a la conveniencia de mantener la figura de adulterio, materia en la que

—valga adelantar— primó la distinción sexista que entendía consumado el delito, en el caso de la mujer, con un solo acto de ayuntamiento carnal con hombre que no fuera su marido, en tanto exigía la existencia de una manceba, dentro o fuera de la casa conyugal, para la concreción de la conducta típica en el caso del esposo.

El primer cuerpo codificado³ legisló la materia bajo el título “De los crímenes y delitos contra la honestidad”; se reprimían el adulterio, la violación⁴, el estupro⁵, la corrupción de menores y el rapto. La violación de mujer prostituta se castigaba con tres meses de arresto; la de mujer honrada, con tres años de prisión, y seis años de presidio o penitenciaría si recaía en menor de doce años, pudiendo aumentarse hasta ocho si de la aproximación sexual resultase alteración grave para la salud y hasta el máximo de presidio o penitenciaría en caso de resultar la muerte. El legislador equiparaba las penas para el reo de sodomía.

Se preveía, asimismo, una pena adicional consistente en “*dotar a la ofendida, si fuese soltera o viuda, en proporción a sus facultades y a mantener la prole que resulte*”; y una excusa absolutoria para el delincuente que casare con la ofendida de violación, estupro o rapto, siempre que ella hubiera prestado su consentimiento después de restituida a poder de su padre o guardador o a otro lugar seguro. La acción era dependiente de instancia privada, salvo en los casos en que la víctima no tuviera padres o guardador, caso en el que podía acusar “cualquiera del pueblo” (art. 266).

El Proyecto VILLEGAS-UGARRIZA y GARCÍA (1881) reunía las figuras contra la integridad sexual bajo el capítulo denominado “Violación, estupro, corrupción de menores, rapto, ultrajes públicos a las buenas costumbres”.

Manténía el verbo típico de “aproximación sexual” en la figura de violación, y la diferente graduación de la pena según fuera la víctima “*persona honrada mayor de quince años*”, “*mujer prostituta*” o niña.

El proyecto incorporaba una difusa y omnicompreensiva figura residual en la que se reprimía a quien “*de cualquier modo ofendiese el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en este Código*”; y reprimía, además la venta, distribución o exhibición de canciones, folletos u otros escritos, figuras o estampas contrarias a las buenas costumbres, supuestos en los que podía perseguirse al autor del manuscrito, figura o estampa y a quien los hubiera reproducido por un procedimiento cualquiera que no fuera la imprenta. No se preveían excusas absolutorias.

En el Código Penal de 1886⁶, las figuras que nos ocupan fueron legisladas bajo el título de “Delitos

contra la honestidad”: se incluían el adulterio, la violación, el estupro y la corrupción de menores y el rapto. Se mantenían distingos según la condición de la víctima⁷, la equiparación a los supuestos de sodomía, la dote a la ofendida y la excusa absolutoria.

En la Exposición de Motivos del Proyecto de PIÑERO, RIVAROLA y MATIENZO (1891), con cita del ministro ZANARDELLI, los autores anunciaban una reforma trascendental que las iniciativas posteriores no acogieron hasta más de un siglo después: la supresión del capítulo sobre adulterio. En esa misma pieza aparece, por primera vez, una expresión legal que habría de perdurar: “*La violación requiere el acceso carnal, el acto de yacer*”, en definitiva, “*la cópula*” o el “*verdadero concúbito*”. Consecuentemente, se otorgó mayor precisión a la figura de la violación, al apelar al “*concúbito ilegítimo*” en lugar de la equívoca aproximación sexual involuntaria. En otro orden, se mantenían la dote (art. 160) y la excusa absolutoria (art. 161).

En el Proyecto SEGOVIA (1895), las figuras aparecían reguladas en el Título II “Delitos contra la honestidad y buenas costumbres”. En nota al pie, su autor alertaba: “*Este rubro y su contenido varían en todos los Códigos y escritores, y en ninguno es bastante exacto y comprensivo*”. Él, por su parte, incluía el adulterio, la violación, el estupro, el ultraje al pudor, la corrupción de menores (lenocinio) y el rapto. Su iniciativa mantenía la dote (art. 178) y la excusa absolutoria (art. 179), que alcanzaba además a los partícipes del delito.

En el Código Penal Reformado (1903), las figuras aparecían reguladas en el título de delitos contra la honestidad. En materia de violación se utilizaba la fórmula del “concúbito” y se mantenía la excusa absolutoria.

En el Proyecto de 1906 se introdujeron figuras sobre trata de blancas (art. 131), exhibición o circulación de imágenes u objetos obscenos (art. 133) y todo acto, gesto, actitud o exhibición obscena, o dichos obscenos en lugar público, y, en lugares privados, cuando estuvieran expuestos a que fueran vistos u oídos involuntariamente por terceros (art. 134). Se mantenía la excusa absolutoria.

El Proyecto de Rodolfo MORENO (h) (1917) describía la violación como el acto de tener *acceso carnal* con personas de uno u otro sexo. El Código Penal de 1921 —directo descendiente del anterior que rige, con múltiples reformas, en la actualidad— mantuvo dicha fórmula.

Tras el Proyecto COLL-GÓMEZ (1937), que no innovó sobre el particular, el de PECO (1941) sustituyó el epígrafe de delitos contra la honestidad por el de “Delitos contra las buenas costumbres”, que incluía, a su vez, delitos contra la libertad se-

xual, delitos contra el pudor sexual y delitos contra la libertad y dignidad de las personas⁸.

La figura de violación mantenía la fórmula del acceso carnal⁹, pero se excluía la tipicidad cuando tuviera lugar dentro del matrimonio o concubinato; en el artículo 187 se regulaba la figura de “*actos libidinosos violentos*”; la fórmula era la siguiente: “*al que... realizare con otra persona actos libidinosos diferentes del acceso carnal...*”. Dentro del capítulo de delitos contra el pudor sexual se incluían los actos, publicaciones y espectáculos obscenos, en tanto que el capítulo de delitos contra la libertad y dignidad de las personas, incluía la corrupción de menores de quince años, corrupción y prostitución de menores de edad y enfermos y deficientes psíquicos, corrupción y prostitución de mayores de edad, lucro con la prostitución ajena y trata de mujeres y menores. Conservaba también la excusa absolutoria, incluyendo a los partícipes (art. 199).

Posteriores proyectos legislaron la materia, sucesivamente, bajo los epígrafes: “De los delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres” (Proyecto de 1951), “Delitos contra la honestidad y buenas costumbres” (Proyecto de 1953); “Delitos contra el pudor y la moralidad sexual” (Proyecto de 1960) y “Delitos contra el pudor y la moralidad sexual” (Proyecto de 1979).

II. Las reformas recientes: análisis crítico

La figura de adulterio fue derogada en 1995, por Ley 24453¹⁰, retomando el atinado rumbo impreso más de un siglo antes por PIÑERO, RIVAROLA y MATIENZO. Pero la modificación global del tratamiento de esta variedad de ilícitos, merecedora de fundadas críticas, tuvo lugar cuatro años después, con la sanción de la Ley 25087¹¹.

El texto vigente hasta entonces centraba la descripción de sus figuras básicas —violación y estupro, respectivamente— en el acceso carnal. Se lo reprimía con reclusión o prisión de seis a quince años, cuando la víctima fuere menor de doce años, o se hallare privada de razón o de sentido, o por enfermedad o cualquier otra causa, no pudiere resistir; o —en cualquier caso— cuando se usara de fuerza o intimidación. La escala penal se situaba entre los tres y seis años de tales especies de pena cuando la víctima fuere mujer honesta mayor de 12 años y menor de 15 y no se encontrare en alguna de las restantes circunstancias antes descritas.

La sensacional difusión otorgada por los medios periodísticos a un par de episodios de sexo oral involuntario produjo una típica reacción espasmódica en el ámbito parlamentario nacional, dando

lugar a un apresurado tratamiento de la materia a normar, con el paradójico saldo de no haber solventado lo que se estimaba una laguna legal —la equiparación de aquella modalidad ilícita a la violación—, y como doble contrapartida negativa, el haber introducido conceptos confusos —pasibles, por ende, de interpretaciones arbitrarias— y disparado inmoderadamente las escalas penales, contrariando los esfuerzos por reconducir racionalmente el material justiciable a los límites de un derecho penal mínimo.

No es ocioso recordar que, a fines de los años ochenta, había accedido al poder en la Argentina un gobierno conservador y populista, que no demoró en adoptar y difundir tendencias de lo que diera en llamarse “tolerancia cero”, frente a los fenómenos de auge delictivo e inseguridad potenciados por la propia política neoliberal implementada desde entonces¹².

En semejante contexto, la discusión corrió por dos andariveles claramente diferenciados. Conforme nuestra tradición legislativa, la fórmula del “acceso carnal” —que, como se ha visto, no se incluyó originariamente en el texto del código, donde se requería el concubito, sino como sinónimo del verbo típico propuesto— superaba plausiblemente a la de “aproximación sexual”, evitando retrotraer la imputación a meros actos preparatorios¹³. Desde esta perspectiva, la interpretación auténtica del texto de la ley conducía a distinguir entre acceso carnal, entendido como coito, y abuso deshonesto, figura en la que se integraban los supuestos de *fellatio in ore*.

En el carril de la “tolerancia cero” resultaba inaceptable la posibilidad de que esta especie delictiva permitiera, en algún caso, la condenación condicional¹⁴. Tal postura reconocía antecedentes aislados en la jurisprudencia, cuya relectura patentiza la indeseable superación de los estrictos límites a observar en la aplicación de la ley penal, conforme a los principios delimitadores de máxima taxatividad legal e interpretativa¹⁵.

De hecho, el malogrado espíritu de la reforma legislativa vino a demostrar, precisamente, que los pronunciamientos jurisprudenciales previos que equipararon la *fellatio* a los supuestos de violación, lo hicieron en ausencia de los requisitos típicos¹⁶; es justo añadir aquí que la jurisprudencia de la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal mantuvo inalterada la tesis diferencial¹⁷.

Lo cierto es que la reforma materializada en la sanción de la Ley 25087 mantuvo —aunque en el segundo plano de las circunstancias agravantes— la formulación del “acceso carnal”, limitándose a añadir, únicamente, la frase “por cualquier vía”, enmienda que conserva inalterada la discusión de

fondo. Así lo advirtieron los propios senadores llamados a votar el proyecto en cuestión "sobre tablas", a despecho de la veintena de expedientes cuyo tratamiento debía hacer parte del proceso de elaboración del nuevo instrumento¹⁸.

A raíz de ese fracaso, tras la promulgación de la norma en análisis, se dio trámite parlamentario a un nuevo proyecto, caducado el 29 de febrero de 2000, en el que la figura de violación incluía la introducción del pene en cualquier cavidad natural o artificial del cuerpo de otra persona. En la Exposición de Motivos, reafirmando que "acceso carnal" es sinónimo de "coito", se lee: "*En el Capítulo I, se redefine la violación, no limitando la figura el mero "acceso carnal", sino apuntando a la idea de la agresión sexual. Así se incorporan otras conductas punibles como la fellatio in ore...*"¹⁹.

Entre los últimos proyectos presentados se cuenta el de los Senadores GALLIA, JENEFES, PICHETTO, GÓMEZ de BERTONE y LÓPEZ ARIAS. Uno de sus motivos consiste en la notoria desproporción que, a criterio de los proyectistas, se presenta entre la figura de violación seguida de muerte (conminada con pena temporal de hasta veinticinco años) y el homicidio *criminis causae* (que prevé pena de prisión o reclusión perpetua). Detrás de esa perplejidad se aprecia el desconocimiento de la diversa naturaleza de una y otra figura: en el caso de la violación seguida de muerte, el legislador acuñó una figura compuesta, la violación, agravada por el resultado —por cierto, en la medida de su previsibilidad—; en tanto que en el homicidio calificado, partió de una figura básica más grave²⁰, elevando la escala penal cuando concurren los supuestos de agravación previstos en el art. 80 del Código Penal.

III. Correlato: la expansión del poder punitivo

Anticipamos oportunamente que, más allá del fallido intento de equiparar la violación con la *fellatio in ore*, la reforma de la Ley 25087 fue pródiga en infaustos avances de la *potentia puniendi* estatal. Lo fundamentaremos aquí.

El vago e impreciso concepto de "abuso sexual" sobre el que hoy se estructura el tipo básico del artículo 119 echó por tierra un siglo de labor interpretativa de la doctrina y la jurisprudencia nacionales, posibilitando una inusitada expansión represiva, facilitada —a la vez— por las modalidades típicas enunciadas²¹. En efecto, junto con la inclusión del tope etario, fijado ahora en trece años, y más allá de la clásica violencia o amenaza, se alude ahora al *abuso*²² coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder, y al aprovechamiento de que la víctima,

*por cualquier causa*²³ no haya podido consentir libremente la acción.

Ese heterogéneo elenco de situaciones se uniforma bajo la sanción de seis meses a cuatro años de reclusión o prisión; pero el entusiasmo represivo avanza hacia la escala de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso, por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima, y trepa a la de seis a quince años de reclusión o prisión cuando, mediando cualquiera de las circunstancias del primer párrafo, se mantuviere el zarandeado acceso carnal por cualquier vía.

El ímpetu no cesa allí: la pena se fija entre los ocho y los veinte años de reclusión o prisión si resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima; si el hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda; si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio; si el hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas, o por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones; o contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo. En tanto que, en el caso del puro y simple "abuso", el monto asciende a los tres a diez años de reclusión o prisión si concurre cualquiera de las circunstancias precitadas, salvo la del portador de enfermedad de transmisión sexual.

Pareja vaguedad descriptiva se advierte en la figura del nuevo artículo 120, por el que se reprime con reclusión o prisión de tres a seis años el sometimiento sexual gravemente ultrajante o el mero acceso carnal con una persona menor de dieciséis años, mediando aprovechamiento de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, *u otra circunstancia equivalente*, y siempre que no resultare un delito más severamente penado; y, para mayor seguridad, el legislador se apresura a extender la pena entre los seis y diez años de igual especie si mediere alguna de las especiales circunstancias reseñadas en el párrafo anterior.

IV. Una polémica pendiente

Una interesante controversia doctrinal en la materia giró, durante las últimas décadas, en torno a las figuras de estupro y de violación, a partir del

siguiente supuesto de hecho, que no ha perdido interés tras la variación del régimen legal: el agente mantiene acceso carnal con una mujer menor de doce años, límite anteriormente fijado para dividir aguas entre aquellas figuras legales, en la creencia de que se trata de una mujer mayor de esa edad y menor de quince, que era el restante tope distintivo.

Luego, dado que el autor actuaba bajo error sobre las circunstancias de hecho, se descartaba la tipicidad de la violación; mas el supuesto de hecho tampoco quedaba abarcado en la figura de estupro, que exigía que la víctima tuviera entre doce y quince años.

Parte de la doctrina se inclinó por afirmar la existencia de una laguna legal: "la conducta —señalaba, prudentemente en este caso, CHIAPINI— no puede ser un lecho de Procusto"²⁴. Enarbolando la tesis de que, en esos supuestos, correspondía la aplicación del tipo de estupro se expidió Marcelo SANCINETTI²⁵, en un trabajo de amplia difusión. La jurisprudencia nacional se inclinó mayoritariamente por esa hipótesis²⁶.

V. Aspectos positivos de la reforma legal

En uno de sus escasos aciertos, la Ley 25087 suprimió el concepto de "mujer honesta" subsistente en el tipo de estupro, si bien, enredada en su afán represivo, elevó la edad mínima para el consentimiento válido a trece años, ampliando así el espectro de casos que pudieren dar continuidad a la discusión anteriormente señalada²⁷.

Finalmente, es plausible la reducción de la edad del sujeto pasivo del ilícito de promoción o facilitación de la corrupción de menores a los dieciocho años, conforme al actual art. 125, conteste con la tendencia a equiparar hitos de capacidad jurídica en todas las ramas del universo jurídico. En una suerte de compensación, se remonta el mínimo de la pena, en el supuesto más grave, a los seis años de reclusión o prisión. La promoción o facilitación de la prostitución de menores de esa edad, desgajada de la anterior, reconoce ahora un mínimo de cuatro años de reclusión o prisión, según lo prescribe el vigente art. 125 bis.

Notas

1. La Licenciada Mariana Grasso, docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, tuvo a su cargo la recolección y compaginación de los antecedentes parlamentarios, doctrina y jurisprudencia que dan base a este informe.

2. La norma que introdujo tal modificación fue publicada en el Boletín Oficial del 14 de mayo de 1999, bajo el número 25.087.

3. Se trata del Código Penal de la Provincia de Buenos Aires; data de 1877 y fue su autor Carlos Tejedor. Se lo sancionó ante la falta de un código nacional, supeditándose su vigencia a la superación de esa carencia.

4. En rigor, el verbo típico recurría al ambiguo eufemismo de obligar a una mujer a sufrir la aproximación sexual contra su voluntad. (art. 252)

5. Sujeto pasivo del estupro era, por entonces, la mujer virgen mayor de doce años y menor de veinte (art. 257)

6. Elaborado sobre la base del Proyecto de Carlos Tejedor (v. nota 3).

7. Pena de seis a diez años de penitenciaría si la mujer violada era casada o menor de doce años; de tres a seis años si fuese honrada y de arresto de uno a seis meses si era prostituta (art. 128).

8. Cuadra evaluar dicho cambio de denominación en el marco político-criminal que brindan otras expresiones de su autor: "Ni se reprime la sobrada temeridad del hombre, en cuyos cálculos habilidosos entra el natural recato, la resistencia simulada, la apatencia escondida o el albedrío movedido de la mujer. No hay violación si cesa el forcejear cuando el acceso carnal acaece merced a los esfuerzos tesoneros del hombre, dirigidos a despertar el instinto sexual y a vencer la oscilante resistencia, pues no se devasta una plaza sitiada, sólo se apodera de una plaza rendida". (Peco, J.: "El delito de violación", en "La Ley", "Páginas del ayer", año 4, n° 2, marzo de 2003).

9. Peco concebía el acceso carnal como "el ayuntamiento, el concúbiteo, la cópula carnal, el yacimiento, el coito. Acceso carnal es la introducción del órgano sexual masculino o femenino, en vaso normal o anormal, practicado sobre persona de cualquier sexo, con miras al coito o a un acto sucedáneo." (op. et loc.cit.)

10. Publicada en el B.O. del 7-3-95.

11. V. nota 2.

12. Desde la propia presidencia de la República se propició en esos años la pena de muerte para asesinos y violadores, desconociendo la suscripción por la República Argentina de Pactos Internacionales que vedan semejante retroceso..

13. Según la fórmula del art. 42 del Código Penal, hay tentativa cuando "...con el fin de cometer un delito determinado [el autor] comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad..." De tal suerte, se delimitaba aquí correctamente las distintas fases del iter criminis.

14. Asequible para condenados a penas de prisión de hasta tres años (C.P., art.26) En la versión taquigráfica del debate parlamentario que dio lugar a la sanción de la ley, el Senador Yoma exhibe su filosofía penal: "Hace poco hubo un caso en Córdoba, donde a quien indujo a la "fellatio" a una menor de trece años se le dieron sólo tres años de prisión, con lo cual, debido al tiempo de prisión preventiva que ya había cumplido el adulto condenado, ya debe haber salido en libertad, situación que es totalmente aberrante por el delito gravísimo que había cometido. También tenemos el caso, hace unos años, de un taxista, en el que una célebre sentencia..." (H. Senado de la Nación, 8° reunión —4° sesión ordinaria— 14 de abril de 1999)

15. V. el fallo de la cámara Penal 2ª. de San Carlos de Bariloche, del 23 de octubre de 1990., en el que se esgrimían los siguientes argumentos: "a) Que el art. 119 CP habla de "acceso carnal" y si, donde la ley no distingue, no debemos distinguir, es acceso carnal la fellatio in ore; b) Físicamente, es penetración tanto la vía normal como la anormal. Y es tan anormal la boca como el ano; c) Este acceso carnal "desviado" está así reprimido con el Código de El Salvador (!); d) No es requisito del tipo legal, el goce sexual ni la eyaculación, ni el orgasmo." (citado también por Pan-

dolfi, Oscar, "Fellatio in ore: ¿Violación o abuso deshonesto? Contribución a una polémica [a propósito de un fallo de la Cámara Penal de San Carlos de Bariloche]", publicado en revista *Jurisprudencia Argentina*, 1993, I, p. 766).

16. En tal sentido, Pandolfi, Oscar R., op. et loc. cit. En contra, Chiappini, Julio O.: "La 'fellatio in ore': una réplica", en *Jurisprudencia Argentina*, 1993-III, p. 742/745. Detenernos en estas contiendas doctrinales excedería nuestro cometido. Empero, es ilustrativa, acerca del obstinado intento de asimilar el sexo oral con la violación, la contestación de Chiappini a una observación puntual de Pandolfi. La crítica de este último partía de advertir que, si era cierta la premisa de que la equiparación de la fellatio a la violación se explicaba porque, en ambos casos, el autor accedía a una "cavidad natural de la víctima", de ello se seguía, necesariamente, que también quedaba tipificada como violación cualquier incursión similar en nariz, oídos, ojos, etc.. He aquí la respuesta: "Las preguntas de Pandolfi acerca de si la nariz, los oídos o las 'oculares', como él las denomina con gracejo, son cavidades naturales han de ser respondidas, mejor, por un versado en anatomía humana. Empero, como nadie es lego del todo en la materia, opino que sí, que se trata de cavidades naturales en las cuales podría consumarse una violación." (op. et loc. cit.).

17. Entre otros precedentes: Sala I, caso "Longo, Eduardo H." Del 7/10/82, fallo n° 25.989; Sala VI, sentencia del 5/6/81 publicada en revista *La Ley*, repertorio XLI, A-1, 16, sumario 2); Sala IV causa "Blanco, Néstor", c. 27.523 del 2/8/83; Sala VI, sentencia del 26/4/89 "Tiraboschi, Julio E.", publicada en *J.A.*, 1989, IV, p. 73/79, modificando la calificación dada por el juez de sentencia. En el mismo sentido, C. 2ª. Crim. Córdoba, sentencia del 25/11/83, publicada en *LL* 1984, A-I, p. 15 y Superior Tribunal de Córdoba, sentencia del 31/8/89.

18. Conf. 17ª. Reunión, continuación de la 8ª sesión ordinaria, 10 de junio de 1998. En la pertinente versión taquigráfica, el legislador Yoma aparece reclamando, sin eco, que se dejara constancia de la significación que quería darse a la expresión "acceso carnal": "La Cámara de Diputados pretende incorporar el tema de la 'fellatio' como violación, separándolo del abuso deshonesto. Por ende, la pena se agrava. Digo 'pretende' -esta es la principal preocupación que tengo en el caso de votar la sanción de la Cámara de Diputados tal como viene redactada, porque el proyecto de ley deja abierta la puerta para que los jueces interpreten el significado de 'acceso carnal'... En consecuencia, si bien la Cámara de Diputados pretendió cubrir este vacío, temo que lo ha dejado sin llenar... librado a una interpretación judicial que puede no coincidir con el espíritu que tuvo el legislador al proponer esta reforma". Se le replicó que, incluso en la hipótesis planteada, la fellatio quedaría incluida en el párrafo segundo, que fija una pena de cuatro a diez años, y se insistió en la inconveniencia de introducir modificaciones que impidieran la inminente sanción del producto legislativo en ciernes.

19. Fuente: Base de datos del Senado de la Nación Argentina.

20. Conminado con pena de prisión o reclusión de ocho a veinticinco años (CP, art. 79).

21. A partir de ese ambiguo soporte descriptivo se desgranaron treinta hipótesis, sumando las contenidas en el enunciado inicial y las incluidas en los siguientes, consistentes en circunstancias exclusivamente agravantes.

22. No es nuestra la incuria en el lenguaje: según el preclaro legislador de 1999, se "abusa" mediante "abuso", paradigma del nivel formal y material al que descienden los hombres públicos penosamente arrastrados por el aluvión sensacionalista de cierta prensa y las campañas de "ley y orden".

23. Tal es la latitud conceptual del tipo legal vigente.

24. Chiappini, Julio O.: "Una sensible laguna en el Derecho Penal", *Jurisprudencia Argentina*, 1981-II, p. 270.

25. Sancinetti, M.: "Estupro y estupro impropio ('violación') Un caso polémico de error sobre la edad de la víctima"; publicado en *Doctrina Penal*, año 1, 1978, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 335

26. En tal sentido: a) Suprema Corte de Tucumán, sentencia del 15-4-44, causa "C. J. C."; b) Cámara de Apelaciones de Mercedes, sentencia del 11-4-58 causa "Ariz y Muñoz, Juan José" -con voto en disidencia del Dr. Daïreaux- caso en el cual el imputado había sido condenado en primera instancia por el delito de violación; pese a variar su calificación, el tribunal impuso la pena de tres años y quince días de prisión (el tope máximo para que la pena pueda ser dejada en suspenso es de tres años); c) Superior Tribunal de Misiones, sentencia del 31-12-58, causa "D. R.", caso en el cual se reformó la calificación jurídica -el imputado había sido condenado como autor de violación- pero, en análoga maniobra compensatoria, se le impuso pena de cumplimiento efectivo, no obstante reconocer su "honestidad" basada en el probado propósito de contraer matrimonio con la víctima; d) Superior Tribunal del Chubut, sentencia del 15-6-73, causa "P. J."; e) Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, causa "Aquino Ortega, Sebastián M.", rta. el 24-5-77, en la cual, en primera instancia, el Dr. Eugenio Zaffaroni, juez de sentencia, había calificado el hecho como "violación impropia" (art. 120 del C.P.); la Cámara confirmó el pronunciamiento por remisión a los fundamentos del a quo. Por la absolución, se expidió la Cámara 3ª. de La Plata, Sala III, rta. 10-8-51 causa "A. O. E. y otros", aunque sin plantear siquiera esta problemática: la solución jurídica descansó en la atipicidad, fundada en la falta de honestidad de quien "...no siente reparo en acostarse con un hombre y provoca el acercamiento despojándose ella misma de sus prendas íntimas; que ha buscado y consentido actitudes impúdicas con su persona y que, al final, frente a lo que debe ser un drama para la doncella que ve mancillado su honor, no tiene el menor asomo de vergüenza y detalla con particular desenfado su actitud" (!). En similar dirección, Suprema Corte de Buenos Aires, Sentencias del 4-10-56, "B. y C., A. A." y del 27-12-57 "G. R. E., y otros": en ambos casos se revocó la sentencia que calificara el hecho como violación y se absolvió por concluir que las víctimas no eran mujeres honestas. Aparentemente, de-acuerdo con la doctrina de ese tribunal, el error de hecho trasladaba la tipicidad de la violación a la figura de estupro (?). Descartando la adecuación a la figura de estupro, Cámara de Apelaciones de Mar del Plata, sentencia del 23-8-60, causa "Martínez, Raúl Fortunato", con voto en disidencia del Dr. Larrain y Cámara Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala III, sentencia del 8-8-75, causa "López, Ramón R.": en este último caso se combinaron la tesis que propiciara la existencia de una laguna legal con la "deshonestidad" de la víctima. El artículo de Sancinetti alude a dicha jurisprudencia (p. 381/424).

27. Muestra de la objetable urgencia con que se produjo la sanción de la Ley 25.087 es este párrafo del Senador Genoud, durante las deliberaciones en el Congreso Nacional: "...al aumentar la edad de 12 a 13 años, habrá algunas situaciones riesgosas que los jueces tendrán que apreciar en su momento. Por ejemplo, jovencitas de 13 años que tienen relaciones sexuales con sus novios van a caer en violación. Un chico de 16 ó 17 años, sin la madurez ni la formación del caso, sin conocer el contenido de la ley, que tenga relaciones con una chica de 13 años va a estar en violación, por más que el hecho sea consentido por la víctima. Por eso es tan peligroso aumentar la edad de la víctima. Lo mismo pasará con el estupro, que pasa de 15 a 16 años. Pero vamos a aprobar esta iniciativa." (?). Fuente: Banco de datos del Senado de la Nación.

Brasil

Alice Bianchini

Doutora em Direito Penal. Professora dos Cursos de Mestrado em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina e da Universidade Bandeirante de São Paulo

1. Introdução

A legislação brasileira que trata dos crimes sexuais data de 1940, época em que foi elaborada a Parte Especial do Código Penal em vigor. De lá para cá poucas alterações foram realizadas.

Historicamente, o Direito penal brasileiro, a exemplo da quase totalidade das legislações de outros países, sempre deu tratamento diferenciado à sexualidade feminina, dela exigindo mais e maiores qualificativos¹.

Dado seu caráter vetusto, é patente a falta de sintonia entre o que se encontra positivado e os costumes sociais, levando a que muitos dos tipos que não mais constituem condutas reprovadas pela sociedade permaneçam, ao menos formalmente, fazendo parte do repertório dos delitos sexuais. Servem como exemplo: *sedução*² e *casa de prostituição*³.

Também é importante destacar que a legislação brasileira encontra-se impregnada de problemas em relação à proporcionalidade, já que muitas são as penas que exorbitam em severidade, relativamente à gravidade do crime. Uma comparação entre as sanções previstas para os delitos sexuais e outras, principalmente aquelas cominadas para os patrimoniais, dá-nos conta de que estes são reprimidos muito mais duramente que aqueles. É o que ocorre, a título de ilustração, com o estupro⁴ ou com o roubo⁵, quando resulta morte da vítima. Em relação ao primeiro, a sanção varia de 12 a 25 anos. Concernentemente ao outro, as penas encontram-se fixadas entre os limites de 20 e 30 anos. Desmedida, portanto.

Tal desproporção também pode ser sentida quando a conduta criminalizada envolve a privação da liberdade da vítima. Assim, havendo finalidade sexual, a pena cominada é de 2 a 4 anos (raptó violento)⁶. Caso, entretanto, o fim visado pelo agente seja o de lesionar o patrimônio, a sanção alarga-se consideravelmente, alcançando o patamar mínimo de 8 e o máximo de 15 anos (extorsão mediante seqüestro)⁷.

Decorrido mais de meio século de vigência do Código Penal, apenas duas foram as alterações elaboradas no título que trata dos crimes sexuais (aliás, impropriamente ainda denominados crimes contra os costumes):

(a) as penas mínimas para os delitos de *estupro* (art. 213)⁸ e de *atentado violento ao pudor* (art.

214)⁹, que antes eram, respectivamente, de 3 e 2 anos, passaram, em ambos os casos, para 6 anos; as penas máximas, 8 anos para o estupro e 7 anos para o atentado violento ao pudor, foram aumentadas para 10 anos (alteração determinada pela Lei 8.072/90 – Crimes hediondos);

(b) criação do tipo penal de *assédio sexual*¹⁰;

A primeira modificação foi objeto de severas críticas doutrinárias, pois, ainda que não se ponha em dúvida a gravidade das condutas criminalizadas, as penas, além de terem sido equiparadas entre si (6 a 10 anos)¹¹, foram, no que se refere à pena mínima, estabelecidas na mesma quantidade do homicídio simples¹².

O Anteprojeto de reforma da parte especial, que se encontra no Congresso Nacional desde 1999, trouxe uma significativa alteração, ao substituir a terminologia *Crimes contra os costumes* por *Crimes contra a dignidade sexual*. Poderia, entretanto, ter avançado mais, deslocando todos os tipos penais que protegem a liberdade sexual para o Título que trata dos *Crimes contra a pessoa* (Título I), já que é ela (pessoa) que sofre a violação da sua liberdade sexual.

2. O bem jurídico protegido

2.1. Os posicionamentos doutrinários

Os crimes sexuais estão previstos no Título VI – *Crimes contra os costumes*, o qual, por sua vez, encontra-se dividido em seis capítulos (*I – Dos crimes contra a liberdade sexual, II – Da sedução e da corrupção de menores, III – Do raptó, IV – Disposições Gerais, V – Do lenocínio de do tráfico de mulheres e VI – Do ultraje público ao pudor*).

O fato de os delitos sexuais encontrarem-se no Título VI leva a que os doutrinadores se refiram ao bem jurídico destes crimes como sendo os costumes. Quando, entretanto, se analisa cada um dos inúmeros tipos penais encontrados no citado Título, o bem jurídico apontado sofre algumas alterações. Em muitos casos, em correlação ou não com a liberdade sexual, aparecem outros bens jurídicos: moralidade sexual, bons costumes, ofensa ao pátrio poder ou à autoridade tutelar. A título de exemplo pode ser mencionado o *raptó violento* (art. 219): é comum o entendimento de que tal tipo penal, além da liberdade individual e sexual, tutela a honra sexual da raptada, bem como a organização familiar.

Concernentemente aos crimes estabelecidos no Capítulo V (*lenocínio*¹³ e *tráfico de mulheres*¹⁴), a questão muda um pouco. Estabelece-se como bem jurídico a moral sexual pública. No tráfico de mulheres, inclusive, em que o bem protegido é ainda mais detalhado, uma vez que predomina o

entendimento de que a tutela neste crime dirige-se à moral sexual pública *internacional*.

Para IARA ILGENFRITZ DA SILVA, a moral pública sexual, “num sentido amplo, é a relação que tem a vida sexual com as normas morais. Cada sociedade elege normas morais que deverão ser acatadas pelos seus membros. São normas determinadas pelas necessidades e conveniências do próprio grupo. Então, em sentido mais restrito, a moralidade pública é representada por um conjunto de normas que ditam o comportamento a ser observado pela sociedade, nos domínios da sexualidade. Neste sentido, ‘a consciência ética de um povo em determinado momento’ estabelece a compreensão do que para ele representa o bem e o mal, o honesto e o desonesto, e sobre isso dita suas normas de conduta, no plano sexual”¹⁵.

Trata-se, portanto, de conceito de acentuada contingência, e como tal não pode ser objeto de norma incriminadora, por não se coadunar com o preceito de Direito penal que obriga a que a criminalização das condutas seja realizada de forma a não deixar dúvidas quanto ao seu conteúdo (princípio da taxatividade).

2.2. Uma visão constitucionalista

Uma análise consentânea com o Direito penal constitucional não mais permite que um tal bem jurídico (costumes) possa ser objeto de tutela penal. Representa característica comum às constituições de cunho democrático o não albergar disposições que versem sobre questões de ordem moral.

Um Estado de Direito pressupõe o respeito às opções de vida de cada pessoa, sem se prestar a perseguir concepções ideológicas, ou privilegiar pregações religiosas ou moralistas. Nem mesmo seria legítima uma sua atuação no sentido de aplicar corretivos morais, por meio da autoridade, a pessoas adultas, ainda que suas opções não sejam de bom trânsito nos costumes estabelecidos. As condutas meramente imorais não podem se constituir, portanto, em objeto de tutela penal.

Estão acordes EUGENIO RAÚL ZAFFARONI e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI: “Sob nenhum ponto de vista a moral em sentido estrito pode ser considerada um bem jurídico. (...) A moral é questão eminentemente individual e o direito não pode mais do que possibilitá-la, mas de modo algum tratar de impô-la, o que, por outro lado, seria irrealizável”¹⁶.

A criminalização de condutas cujo conteúdo seja eminentemente moral pode ser realizada, desde que outros valores fundamentais para a ordem social ou individual sejam objetivamente lesados com a sua prática.

As relações sociais estabelecem códigos morais, mas eles não se consubstanciam em uma estrutura a ser protegida em si mesma, e jamais emprestaria licença política para intervenção do Estado em procedimentos pessoais.

Em todos os delitos em que a liberdade sexual não está em jogo, como é o caso da casa de prostituição, percebe-se nitidamente que a punição se dirige a um comportamento que (à época) se tem por impróprio, indigno, e não à lesão de um bem jurídico.

Ao Direito penal é concedida a difícil tarefa de proteger bens jurídicos. “Sempre que a lei criminal invade as esferas da moralidade privada e do bem-estar social, ela excede as suas limitações, sendo esta expansão sem garantia, ineficaz, dispendiosa e criminógena, razão pela qual em lugar de contribuir para solucionar certos conflitos, agrava-os mais ainda, produzindo, contrariamente, maiores e mais graves situações delitivas”¹⁷.

A delimitação das situações que podem — e devem — ser reguladas pelo Direito decorre, ainda, do princípio da intervenção mínima, pelo qual a atuação do Estado deve se restringir às situações que comprometam a convivência em comum.

3. Considerações finais

Em um Estado democrático, pluralista e secularizado a pena somente pode ser vista como uma necessidade social, o que é limite à utilização do arsenal punitivo. O Direito penal, neste contexto limitador, há que se pautar pela função de proteção de bens jurídicos, deixando ao alvedrio individual todas as opções de comportamento que não lesem nem exponham a perigo bens que alcancem tal estatuto.

Uma tal compreensão se traduziria em atitude *libertária* e *igualitária*. Restringir o bem jurídico dos delitos sexuais à liberdade sexual (afastando-se, portanto, a tutela da moralidade sexual) é *atitude libertária* porque permite que se deixe de imprimir uma constante vigilância aos comportamentos sexuais, possibilitando que cada um estabeleça o que lhe for próprio, sempre, é claro, que tal escolha não represente uma ofensa à liberdade sexual do outro. É, também, *atitude igualitária*, já que a imposição de comportamento antes referida dirige-se principal e fatalmente à mulher. Obstaculizando-se que a moral vigente seja imposta e usada como controle do comportamento feminino, estar-se-ia colaborando para a diminuição dos níveis de desigualdade (ainda) existentes entre os sexos.

Notas

1. O Código Criminal de 1830 distinguía a pena do estupro de conformidade com a qualidade moral do sujeito passivo. Assim, quando o crime fosse praticado contra mulher honesta era prevista a pena de prisão de três a doze anos. Em se tratando de prostituta, a sanção tornava-se bem mais branda: prisão de um mês a dois anos.

2. Art. 217. Seduzir mulher virgem, menor de 18 anos e maior de 14 anos, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança: Pena - reclusão, de dois a quatro anos.

3. Art. 229. Manter, por sua conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

4. Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de seis a dez anos.

5. Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência.

6. Art. 219. Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça (...), para fim libidinoso.

7. Art. 159. Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate.

8. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.

9. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

10. Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena - detenção, de um a dois anos. (Artigo incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001).

11. Há que se esclarecer que no âmbito das condutas que caracterizam o "ato libidinoso diverso da conjunção carnal" (elementar do delito de atentado violento ao pudor), pode-se incluir desde um coito anal até uma apalpadela. Condutas, portanto, que se distanciam bastante em termos de gravidade.

12. Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

13. Art. 227. Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem: Pena - reclusão, de um a três anos.

14. Art. 231. Promover ou facilitar a entrada no território nacional, de mulher que nele venha a exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro: Pena - reclusão, de três a oito anos.

15. SILVA, Iara Ilgenfritz da. *Direito ou punição?: representação da sexualidade feminina no Direito penal*. v. 30. Porto Alegre: Movimento, 1985. p. 60.

16. *Manual de Direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: RT, 1997. p. 467-468.

17. *Do caráter subsidiário do Direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 112.

Chile

Felipe Caballero Brun

Prof. de Derecho Penal Universidad La República

El tratamiento jurídico penal que el CP hace de aquellos comportamientos relacionados con la actividad sexual ha sido modificado considerablemente por la Ley 19617 (publicada en el *Diario Oficial* de 12 de julio de 1999). La aludida norma legal, dentro de las últimas modificaciones al CP, es la que tiene una mayor organicidad y relevancia, ya que prácticamente introdujo toda una nueva regulación sobre esta clase de delitos al interior del Título VII del Libro II del Código Penal. Aunque no cambió el nombre del Título que aludimos ("Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública", que fue tomado por Comisión Redactora del CP Chileno del Código Penal Belga de 1867), es claro que la nueva regulación se inspira —y también así se objetiva en la tipificación correspondiente— en el reconocimiento de la autodeterminación sexual (y también de la indemnidad sexual en algunos supuestos) como el bien jurídico que fundamenta la intervención penal.

En cuanto a la tipificación del delito de violación¹, ésta ha sido reformulada ampliando sus supuestos típicos. En el antiguo texto se entendía que sólo era violación la penetración del pene por vía vaginal, y cualquier otra forma de penetración había que reconducirla al tipo abierto, residual y omnicompreensivo de abusos deshonestos. A partir de la reforma en cuestión, la violación puede verificarse en los supuestos de acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal; siempre y cuando vaya acompañada de fuerza o intimidación o cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia o cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de ella. Además, ahora el sujeto pasivo puede ser tanto una persona de sexo femenino como masculino, lo que importa un claro avance respecto de la antigua regulación² y, además, reafirma que lo protegido es la libertad o autodeterminación sexual, indistintamente del sexo de quien sufre la afección.

Se ha estimado que, conforme a lo planteado por la doctrina mayoritaria³, la nueva tipificación de la violación sólo admitiría como sujeto activo de propia mano a un varón, excluyendo a la mujer. Ello se ha planteado a partir de la forma en que está redactado el núcleo del comportamiento típico "acceder carnalmente", que pareciera limitar la conducta sólo a los casos en que el sujeto activo es el que entra o accede carnalmente en algu-

nas de las cavidades típicas del sujeto pasivo, excluyendo en consecuencia los supuestos contrarios. Pareciera que el respeto al principio de legalidad obliga a asumir que la violación está estructurada en nuestro CP como un delito especial impropio donde el sexo masculino del sujeto activo es elemento cofundante del injusto; por lo tanto, ante la concurrencia de un sujeto activo femenino (caso de la mujer que mediante intimidación obliga a un varón para que la acceda carnalmente por alguna vía típica), la única alternativa será trasladar la incriminación al delito de abusos sexuales (art. 366 y 366 bis)⁴.

En el caso de que el sujeto pasivo de la violación sea una persona menor de 12 años (violación de impúberes)⁵, su consentimiento no es relevante. Por ello el núcleo del comportamiento punible se satisface sólo con el mero acceso carnal. De ahí que, en el caso de violación de impúberes, la libertad sexual de éstos no tenga trascendencia y la intervención penal haya de fundamentarse necesariamente en la indemnidad o intangibilidad sexual del menor. En todo caso llama la atención la desproporción del cuántum de la pena que el legislador previó para esta figura especial, la que se estableció en cinco años y un día a veinte años de privación de libertad.

Otro aspecto novedoso de la regulación en comentario radica en la, excesivamente casuística, tipificación del delito de estupro⁶, el cual manteniendo el núcleo del comportamiento sexual propio de la violación (acceder carnalmente por vía vaginal, anal o bucal) requiere además del *abuso del agente* de situaciones donde el consentimiento del sujeto pasivo se encontraría viciado. En general, la casuística en cuestión se podría haber evitado reconduciendo todos los supuestos a la idea de abuso por parte del agente de una situación o relación de superioridad en que se encuentra con el sujeto pasivo. El ámbito del sujeto pasivo ha quedado reducido sólo a personas de entre 12 y 18 años. En cuanto al sujeto activo, se produce el mismo problema que en la violación, por lo que éste sólo podría ser varón.

No puede dejar de mencionarse lo carente de fundamentos que resulta la tipificación de la extraña figura del que accediere carnalmente a un menor de 18 años del mismo sexo⁷. Aunque la norma no lo explicita, por lo expuesto en torno a la violación, tanto sujeto activo como sujeto pasivo deben ser varones (requiriendo, además, que el sujeto pasivo tenga entre 12 y 18 años de edad). Se produce entonces una clara y ostensible contradicción de la estructura de la nueva regulación, ya que el consentimiento en estos casos —a pesar de existir, no estar viciado y surgir de una edad apta para otorgarlo— no tiene efi-

cia para dirigir las acciones sexuales del menor adulto. De este modo no se puede determinar qué es lo protegido y pareciera que la intervención penal se fundamentaría en difusas ideas en torno a una deontológica, autoritaria e incoherente moral sexual.

Otros aspectos que destacan positivamente de esta nueva regulación son la supresión de las distintas formas del anecdótico delito de raptó, la derogación de la regla contenida en el antiguo art. 362, relativa a considerar como consumado el delito de violación desde que había principio de ejecución, la exclusión de la relación parental por afinidad en el delito de incesto (ahora sólo es posible entre ascendientes o descendientes por consanguinidad o entre hermanos consanguíneos) y la definición legal⁸ de lo que ha de entenderse por acción sexual para los efectos de delimitar el contenido de los abusos sexuales (arts. 366 y 366 bis). En general, siempre resulta conveniente, para preservar la vigencia del *nullum crimen sin lege*, la técnica de definir legalmente aquellos elementos normativos que son difíciles de acotar dada su flexibilidad de significados y las complejas valoraciones culturales que en ellos subyacen, pero cuando estas definiciones no guardan la debida correspondencia con el bien jurídico protegido se corre el riesgo —como en el caso en comentario sucedió— de dejar vacíos de punibilidad importantes con relación a los supuestos en que no hay contacto corporal entre los sujetos del delito de abusos sexuales, pero hay afectación de zonas corporales como las pechugas, nalgas o piernas que, en rigor, no corresponden a genitales y tampoco a ano ni boca⁹.

El delito de corrupción de menores¹⁰ fue modificado íntegramente extrayéndole las antiguas exigencias de habitualidad, abuso de autoridad o confianza e incorporando algunas modalidades típicas que parecieran ser, más bien, supuestos de peligro (p. ej., hacer ver o escuchar al menor material pornográfico) que propiamente casos de afectación del desarrollo sexual del menor de 12 años.

En el plano procesal, la modificación comentada tuvo importantes implicaciones. Se introdujo una mayor libertad del juzgador al momento de ponderar la prueba¹¹, la cual era una necesidad que se hacía sentir desde hacía bastante tiempo, dada la dificultad que se observaba para poder acreditar esta clase de delitos en un sistema procesal decimonónico que privilegiaba la prueba legalmente tasada. También se introdujo una facultad nominada y amplia para que el juez pudiese dictar las medidas de protección del ofendido que fueren necesarias (art. 372 ter).

Notas

1. "Artículo 361. La violación será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.

Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de doce años, en alguno de los casos siguientes:

1.º Cuando se usa de fuerza o intimidación.

2.º Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia.

3.º Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima".

2. Nótese que la antigua tipificación sólo admitía como sujeto pasivo a una mujer.

3. Así RODRÍGUEZ COLLAO, *Los delitos sexuales*, pp. 143 y ss., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, y GUZMÁN DÁLBORA, *Apreciación y reprobación de la Reforma de los Delitos contra la Honestidad en Chile*, en Cuadernos Judiciales, núm. 6 (*Reforma Penal Sustantiva: En el camino hacia un nuevo Código*), publicación periódica del Instituto de Estudios Judiciales, Santiago, 2002, p. 174.

4. En contra, CARNEVALI RODRÍGUEZ, "La mujer como sujeto activo en el delito de violación. Un problema de interpretación teleológica", en *Gaceta Jurídica*, núm. 249, pp. 13 y ss.; quien postula sugerentemente, a través de una interpretación teleológica dirigida a entender el núcleo del comportamiento punible a partir del acto verificado y no de quien lo lleva a cabo, que es posible incluir a la mujer como sujeto activo.

5. "Artículo 362. El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de doce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior".

6. "Artículo 363. Será castigado con reclusión menor en sus grados medio a máximo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal a una persona menor de edad, pero mayor de doce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1.º Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.

2.º Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral.

3.º Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.

4.º Cuando se engaña a la víctima abusando de su ignorancia o inexperiencia sexual".

7. "Artículo 365. El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio".

8. "Artículo 366 ter. Para los efectos de los dos artículos anteriores, se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella".

9. En el mismo sentido, GUZMÁN DÁLBORA, *op. cit.*, p. 185.

10. "Art. 366 quáter. El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de doce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o la determinare a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, será castigado con reclusión menor en cualquiera de sus grados.

Con la misma pena será castigado el que empleare un menor de doce años en la producción de material pornográfico.

También se sancionará con igual pena a quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad, pero mayor de doce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1.º del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363".

11. "Art. 369 bis. En los procesos por los delitos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el juez apreciará la prueba conforme con las reglas de la sana crítica".

Colombia

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Profesor de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá)

1. La legislación

Como hemos hecho en otras oportunidades, presentamos el articulado del Código Penal colombiano sobre el tema. Y lo hacemos porque a partir del 25 de julio del año 2001 rige en nuestro país un nuevo Estatuto Punitivo —Ley 599 de 2000—, emanado del Congreso de la República, previo proyecto elaborado fundamentalmente por la Fiscalía General de la Nación.

La normatividad básica que ahora tiene vigencia corresponde al Título IV del Libro Segundo (Parte Especial) del Código Penal y está compuesta por cuatro (4) capítulos que comprenden quince (15) artículos. El texto del articulado *original* es el siguiente:

TITULO IV

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACION SEXUALES

CAPITULO PRIMERO

DE LA VIOLACION

ART. 205. Acceso carnal violento. El que realice acceso carnal con otra persona mediante violen-

cia, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años.

ART. 206. Acto sexual violento. El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

ART. 207. Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir. El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años.

Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será de tres (3) a seis (6) años.

CAPITULO SEGUNDO

DE LOS ACTOS SEXUALES ABUSIVOS

ART. 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

ART. 209. Actos sexuales con menor de catorce años. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años.

ART. 210. Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

Si no se realizare el acceso, sino actos sexuales diversos de él, la pena será de tres (3) a cinco (5) años de prisión.

CAPITULO TERCERO

DISPOSICIONES COMUNES A LOS CAPITULOS ANTERIORES

ART. 211. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

1. La conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas.
2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.
3. Se produjere contaminación de enfermedad de transmisión sexual.

4. Se realizare sobre persona menor de doce (12) años.

5. Se realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo.

6. Se produjere embarazo.

ART. 212. Acceso carnal. Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto.

CAPITULO CUARTO

DEL PROXENETISMO

ART. 213. Inducción a la prostitución. El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ART. 214. Constreñimiento a la prostitución. El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro constriña a cualquier persona al comercio carnal o a la prostitución, incurrirá en prisión de cinco (5) a nueve (9) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ART. 215. Trata de personas. El que promueva, induzca, constriña o facilite la entrada o salida del país de una persona para que ejerza la prostitución, incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años y multa de setenta y cinco (75) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ART. 216. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta:

1. Se realizare en persona menor de catorce (14) años.
2. Se realizare con el fin de llevar a la víctima al extranjero.
3. El responsable sea integrante de la familia de la víctima.

ART. 217. Estímulo a la prostitución de menores. El que destine, arriende, mantenga, administre o financie casa o establecimiento para la práctica de actos sexuales en que participen menores de edad, incurrirá en prisión de seis (6) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.

ART. 218. Pornografía con menores. El que fotografíe, filme, venda, compre, exhiba o de cualquier manera comercialice material pornográfico en el que participen menores de edad, incurrirá en prisión de seis (6) a ocho (8) años y multa de cien (100) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.

ART. 219. Turismo sexual. El que dirija, organice o promueva actividades turísticas que incluyan la utilización sexual de menores de edad incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años.

La pena se aumentará en la mitad cuando la conducta se realizare con menor de doce (12) años.

2. Puntos de trascendencia

Explicamos algunos puntos, especialmente aquellos que significan cambios de importancia respecto de la normatividad anterior. Se hace siguiendo de cerca la Exposición de Motivos que acompañaba al proyecto original y, desde luego, los debates ocurridos dentro del trámite del mismo en el Congreso de la República.

a) En el Código Penal anterior (Decreto 100 de 1980), el bien jurídico era la "libertad sexual y la dignidad humana". Ahora se denomina "libertad, integridad y formación sexuales". El cambio obedeció sustancialmente a que la última expresión cobija aquellas conductas que lesionan la educación sexual, por ejemplo, la inducción a la prostitución y la pornografía con menores.

b) Fue suprimido el delito de estupro, que era definido como el acceso carnal o la realización de actos sexuales diversos de aquél, con persona cuya edad oscilara entre 14 y 18 años, obtenidos mediante engaños. Como razones fueron aducidas las precisas condiciones socioculturales y la madurez predicables de personas mayores de 14 y menores de 18 años.

c) Con criterio de autoridad, para disipar los amplios debates de la doctrina, el propio legislador define en el artículo 210 el alcance de acceso carnal: la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo o de cualquier objeto.

d) Para efectos de los delitos que prevén límites etarios, por ejemplo el acceso carnal y los actos sexuales abusivos con menor de 14 años (arts. 208 y 209) y la agravación de la violación y los actos sexuales abusivos cuando tienen como objeto de violación a menores de 12 años (art. 211.4), es im-

portante tener en cuenta que de acuerdo con el inciso 3º. del artículo 44 de la Constitución Política, "Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás". Por eso, por ejemplo, son de mayor importancia que la prohibición de la *reformatio in pejus* cuando el procesado es apelante único o impugnante único en materia de casación.

e) Se incluye como nueva causa de agravación de la violación y de los actos sexuales abusivos la realización de los mismos respecto de la persona con quien se cohabita o se haya cohabitado, o con quien se haya procreado un hijo, teniendo en cuenta que también el descendiente puede sufrir las consecuencias de la conducta punible, circunstancia que afecta la unidad que se persigue dentro de la familia (art. 211.5).

f) El capítulo cuarto, bajo el nombre de "Del proxenetismo", recoge varias de las conductas que, en últimas, constituyen el denominado "Tráfico o trata de personas", comportamientos que en gran escala afectan a Colombia pues, como es sabido, la expansión de nuestras personas, especialmente mujeres, hacia muchos lugares del mundo para el ejercicio de la prostitución, es enorme. Basta observar los noticieros diarios para percatarse de ello.

El capítulo, como todas las normas penales, obedece a mandatos constitucionales. Sin embargo, con mayor énfasis, en él se quiere resguardar específicamente el artículo 17 de la Carta Política nuestra, que prohíbe la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas.

g) El artículo 215 original ("Trata de personas") fue derogado por el artículo 4º. de la Ley 747, de 19 de julio de 2002. Su contenido, ampliado, pasó como artículo 188 —A)—, dentro del título que comprende los delitos contra la libertad individual y otras garantías, con el siguiente texto: "*Trata de personas.* El que promueva, induzca, construya, facilite, financie, colabore o participe en el traslado de una persona dentro del territorio nacional o al exterior recurriendo a cualquier forma de violencia, amenaza, o engaño, con fines de explotación, para que ejerza la prostitución, pornografía, servidumbre por deudas, mendicidad, trabajo forzado, matrimonio servil, esclavitud, con el propósito de obtener provecho económico o cualquier otro beneficio, para sí o para otra persona, incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años y una multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mínimos legales vigentes mensuales al momento de la sentencia condenatoria".

h) El artículo 219 también fue derogado por el artículo 7º. de la misma ley, seguramente porque quedaba comprendido dentro del artículo 188 del Código Penal, igualmente modificado por esta ley. Su contenido es el siguiente: "*Del tráfico de mi-*

grantes. El que promueva, induzca, constriña, facilite, financie, colabore o de cualquier otra forma participe en la entrada o salida de personas del país, sin el cumplimiento de los requisitos legales, con el ánimo de lucrarse o cualquier otro provecho para sí u otra persona, incurrirá en prisión de seis (6) a ocho (8) años y una multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sentencia condenatoria”.

i) El artículo 219 del Código Penal ya había sido adicionado por el artículo 34 de la Ley 679 de 2001, de la siguiente manera:

“Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores. El que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, o cualquier otro medio de comunicación para obtener contacto sexual con menores de dieciocho (18) años, o para ofrecer servicios sexuales con éstos, incurrirá en pena de prisión de cinco (5) a diez (10) años, y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

“Las penas señaladas en el inciso anterior se aumentarán hasta en la mitad (1/2) cuando las conductas se realizaren con menores de doce (12) años”.

j) El artículo 35 de la misma ley adicionó el articulado, con la creación del artículo 219 B), con estos términos:

“Omisión de denuncia. El que, por razón de su oficio, cargo o actividad, tuviere conocimiento de la utilización de menores para la realización de cualquiera de las conductas previstas en el presente capítulo y omitiere informar a las autoridades administrativas o judiciales competentes sobre tales hechos, teniendo el deber legal de hacerlo, incurrirá en multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

“Si la conducta se realizare por servidor público, se impondrá, además, la pérdida del empleo”.

3. Aspectos procesales

a) El artículo 35 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), como regla general, establece una amplia gama de delitos que sólo pueden ser investigados en virtud de *querrela* de parte. Los delitos sexuales están excluidos, es decir, son perseguibles de *oficio*.

b) Por lo anterior, no es viable el *desistimiento*, como medida que conduzca a la extinción de la acción penal (art. 37 del C. de P. P.), como tampoco la *conciliación* (art. 41 del C. de P. P.).

c) Es posible acudir a la sentencia anticipada para terminar precozmente el proceso. El imputa-

do puede aceptar los cargos que se le hagan y con ello acceder a una reducción de la tercera parte de la sanción imponible (art. 40 del C. de P. P.).

d) Como es obvio, los procesos por estos delitos cuentan con la garantía de la doble instancia, así como con la posibilidad, en todo caso, del recurso de casación —sea ordinario, excepcional o discrecional— y de la acción de revisión.

e) Por expreso mandato legal, previo el cumplimiento de ciertos requisitos, los delitos de acto sexual violento, acceso o acto respecto de persona puesta en incapacidad de resistir y de actos sexuales con menores de 14 años, así como los delitos sexuales que tienen prevista pena de prisión mínima igual o superior a cuatro años, implican medida de aseguramiento, concretamente de detención (art. 357 C. de P. P.).

f) En general, los delitos sexuales admiten la posibilidad de libertad provisional (art. 365 del C. de P. P.), de condena de ejecución condicional (art. 483 Id.) y de libertad condicional (art. 480 Id.).

4. Otros aspectos

a) Tanto las investigaciones anteriores como las actuales enseñan que la criminalidad *real* contra la libertad sexual en Colombia es grande.

b) También, que la mayoría de esas conductas se quedan en la esfera de la denominada *cifra oscura, negra u oculta* de la criminalidad, esto es, no llegan al conocimiento de las autoridades judiciales, por muchos factores, por ejemplo miedo al agresor, miedo a los padres, vergüenza personal o familiar, importantes ingresos que conducen a la abstención de denuncia, etc.

c) Como es obvio, entonces, la criminalidad *registrada, oficial o aparente* no es reflejo de la verdad y, por consiguiente, dificulta la elaboración de una seria política criminal.

d) Como sucede en los últimos años, especialmente desde finales de los setenta y comienzos de los ochenta, la política globalizante de algunas derechas también ha llegado a Colombia, con uno de sus principales instrumentos en materia de delitos sexuales: dar preponderancia a la *víctima*, para mostrarla como *paciente que necesita cuidado* y para, de allí en adelante, reanimar y mantener el criterio positivista de la criminalidad: el delincuente es un hombre malo, un desviado que busca causar daño, una persona egoísta que no se puede autocontrolar, un sujeto que estudia la *rutina* y el *estilo de vida* de sus eventuales víctimas, etc. Y con ello, simplemente, justificar los criterios reduccionistas y meramente retribucionistas de la criminalidad. Y, por tanto, para dejar de lado otros hechos palpables, que son puestos al

margen, en la periferia: el sexismo, el consumismo superficial, el transnacionalismo, la lucha que crean ciertas sociedades entre estructuras sociales y estructuras culturales, la realidad vital del campesino o del integrante de grupos subculturales, sobre todo en las sociedades pluriculturales, etc.

Por ello, por ejemplo, con el único criterio de *mártir* de la víctima, la Ley 360 de 1997 se ha referido a la necesidad de reconocer derechos a las víctimas de delitos sexuales, entre ellos los de ser tratadas con dignidad, privacidad y respeto en cualquier entrevista con finalidades médicas, legales o de asistencia social; ser informadas de los procedimientos legales que se deriven de la conducta punible, así como a ser informadas de los servicios disponibles para atender las necesidades que les haya generado el delito, y a tener acceso a un servicio de orientación y consejería gratuito para ellas y para sus familias, atendidos por personal cualificado; y a tener acceso también gratuito a exámenes y tratamientos para la prevención de enfermedades venéreas, incluidos el VIH/sida, y a los relacionados con traumas físicos y emocionales, así como a la recopilación de evidencia medicolegal, y a ser comunicadas sobre la posibilidad de búsqueda de indemnización de los perjuicios originados en el delito (art. 15).

Costa Rica

Roberto Madrigal Zamora
Defensor Público

1. Aspectos jurídicos

La Ley 7899, de 3 de agosto de 1999, reformó el Título III del Código Penal en sus Secciones I y III, introduciendo una nueva conceptualización de delitos ya existentes, reformulando algunas figuras y creando nuevos tipos penales.

Es así como la figura de la *violación* (10 a 16 años de prisión) comprende ahora ya no sólo la introducción del pene, sino también la de dedos u objetos, y de igual forma el sujeto activo podría serlo una mujer utilizándose en la descripción de la conducta a sancionar la frase "quien se haga acceder o tenga acceso carnal".

El antiguo tipo penal del *estupro* ha sido configurado como "relación sexual con persona menor de edad" para quien aprovechándose de la edad se haga acceder o tenga acceso carnal (2 a 6 años de prisión, o 4 a 10 cuando existan lazos de consanguinidad, afinidad, tutoría o guarda), conservándose el rango etario de protección a la víctima

(mayor de 12 y menor de 15 años, salvo para el supuesto agravado en que se tutela al mayor de 12 y menor de 18).

La anterior tipificación de los *abusos deshonestos* se corresponde ahora con tres nuevos artículos que sancionan:

a) Las relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad (4 a 10 años de prisión si la víctima es menor de 12 años, 3 a 8 si es mayor de 12 pero menor de 15, y de 2 a 6 años si es mayor de 15 pero menor de 18).

b) Los abusos sexuales contra personas menores de edad e incapaces (3 a 8 años de prisión, y 4 a 10 años si la víctima es menor de 12 años; el autor se aprovecha de su vulnerabilidad, se encuentra incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación; existan lazos de consanguinidad, afinidad o relación análoga de convivencia; exista relación de tutoría, guarda o custodia; o cuando el autor se prevalezca de su relación de confianza con la víctima o su familia).

c) Los abusos sexuales contra personas mayores de edad (2 a 4 años de prisión, y de 3 a 6 cuando haya aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima, se haga uso de violencia o intimidación, o la víctima se encuentre incapacitada para resistir; existan lazos de consanguinidad, afinidad o relación análoga de convivencia; exista relación de tutoría, guarda o custodia; o cuando el autor se prevalezca de su relación de confianza con la víctima o su familia).

La nueva figura de la *corrupción* amplía la protección hacia las víctimas utilizando el criterio de que sean menores de edad o incapaces (3 a 8 años de prisión), contemplando, además, como configurador del hecho su utilización en actos con fines eróticos, pornográficos u obscenos introduciendo una enumeración taxativa de lo que se entiende por *corrupción*. Se estipula una agravación (4 a 10 años de prisión) para los casos en que el ofendido sea menor de 12 años; el hecho se ejecute con propósitos de lucro, mediando engaño, violencia, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coacción; existan lazos de consanguinidad, afinidad o relación análoga de convivencia; exista relación de tutoría, guarda o custodia; o cuando el autor se prevalezca de su relación de confianza con la víctima o su familia.

El *proxenetismo* (2 a 5 años de prisión) sanciona el promover, inducir al ejercicio de la prostitución, mantener a la persona en ella o reclutarla con esa finalidad; este tipo penal cobijaría también el acto de mantener en servidumbre sexual a una persona. El tipo agravado (4 a 10 años) sanciona el que la víctima sea menor de 18 años; medie engaño, violencia, abuso de autoridad, situación de necesidad de la víctima o cualquier otro

medio de intimidación o coacción; existan lazos de consanguinidad, afinidad o relación análoga de convivencia; exista relación de tutoría, guarda o custodia; o cuando el autor se prevalezca de su relación de confianza con la víctima o su familia.

La *rufianería* (2 a 8 años de prisión) introduce el término "coactivamente" al hacer referencia al hacerse mantener por alguien que ejerza la prostitución, estableciendo además como agravantes la edad de la víctima (4 a 10 años de prisión si la víctima es menor de 12 años, y 3 a 9 años si es mayor de 12 pero menor de 18).

El nuevo tipo penal de la *trata de personas* (3 a 6 años de prisión, o 4 a 10 años si concurren las circunstancias agravantes estipuladas para el delito de proxenetismo) agrega como constitutivo del delito el que el trasiego de personas tenga la finalidad no sólo de que la víctima ejerza la prostitución, sino además el de mantenerlas en servidumbre sexual o laboral.

La reseñada reforma introduce dos nuevos delitos relacionados con la fabricación y difusión de material pornográfico que involucre a personas menores de edad. De este modo, el tipo de la *fabricación o producción de pornografía* sanciona (3 a 8 años de prisión) la utilización de menores de edad o su imagen. El mismo artículo contempla la penalización (1 a 4 años) para quien comercie, transporte o ingrese al país ese material con fines comerciales.

La *difusión de pornografía* (1 a 4 años de prisión) contempla el comercio, difusión o exhibición de dicho material a menores de edad o incapaces. Mediante reforma de noviembre de 2001 se contempló en este tipo penal la difusión, distribución, comercio y exhibición por cualquier medio y cualquier título (o la posesión para esos fines) de material pornográfico en el que aparezcan menores de edad o se utilice su imagen*.

Algunas de las críticas que se han hecho a esta nueva sistematización legal son las siguientes¹: los delitos de relaciones sexuales con personas menores de edad, la fabricación de pornografía y el proxenetismo no tutelan a quienes no posean total o parcialmente, temporal o permanentemente, la capacidad de comprender y decidir acerca de su propia sexualidad; las figuras de los abusos sexuales contienen la "infortunada" fórmula "actos con fines sexuales", siendo más propio el concepto "actos sexuales", lo cual cobijaría no sólo la intención de satisfacer pasiones sexuales, sino cualesquiera otras motivaciones como venganza, ejercicio de poder, etc. De igual forma estos mismos tipos penales utilizan la categoría "vulnerabilidad", la cual genera dificultades interpretativas, sobre todo, por cuanto las circunstancias que parecieran encajar dentro de la categoría ya de por

sí estaban descritas como agravantes del hecho, ante lo cual la inclusión del término resulta ociosa; en tratándose del proxenetismo no se regula agravante alguna por cometerse el delito por un grupo organizado pese a que, según los propulsores de la reforma, se elaboró un tipo penal acorde con las conductas que caracterizan a las organizaciones que se dedican a esta actividad; en el caso de la rufianería no se reguló el supuesto de que se exploten dos o más personas, lo cual revelaría un desprecio cualitativo mayor por el bien jurídico tutelado; la figura de la trata de personas no contempla la promoción, facilitación o favorecimiento para el traslado dentro del país o la permanencia en el mismo.

Por su parte, quienes redactaron y apoyaron el proyecto destacan como algunos de sus principales méritos: la reconceptualización del delito de violación sexual; la erradicación de conceptos obsoletos y cargados de moralismo, sexismo y discriminación por razón de edad y de sexo, contenidos en los anteriores delitos de abusos deshonestos, estupro, sodomía, corrupción y trata de mujeres; la nueva formulación del delito de corrupción corrigiendo la anterior que contenía elementos indeterminados del tipo, que rozan con las exigencias de un derecho penal propio de un Estado democrático de Derecho, regido por un sistema penal garantista².

2. Aspectos criminológicos

Es de destacar cómo el tema de los delitos contra la libertad sexual forma parte de la agenda pública que han estructurado principalmente los sectores feministas, a los cuales se han unido grupos de distinta naturaleza que luchan por la tutela de los derechos y garantías de los menores de edad.

Esto ha significado la inserción dentro de la escena jurídica penal de una amplia gama de nuevos actores de la más variada índole, desde instituciones públicas hasta organizaciones privadas y no gubernamentales. Dentro de las primeras encontramos entes de tipo académico (como las universidades) y entidades que forman parte del Poder Ejecutivo (como ministerios, Patronato Nacional de la Infancia, etc.), y dentro de las segundas se pueden identificar grupos que trabajan solamente a nivel local e incluso de origen, financiamiento y nexos internacionales.

¿Qué ha representado la "participación" de todos estos sectores y grupos dentro del escenario jurídico penal? Sin lugar a dudas, un endurecimiento de las normas penales. En efecto, todo el espectro de organizaciones antes mencionadas

han apostado por una estrategia de más derecho penal y por una política criminal de mano dura en todas las esferas del ámbito punitivo.

Desde las campañas preventivas de información y denuncia hasta la aplicación de la sanción, pasando, por supuesto, por la tipificación de las conductas, los impulsores de la nueva legislación que nos ocupa han pretendido poner en vigencia un principio de inflexibilidad en la represión y la ejecución penal.

Es así como se han impulsado textos legales exhaustivos (es decir, que tipifican una gran cantidad de conductas), revisiones periódicas y permanentes de las leyes con la finalidad de ampliar el espectro de conductas perseguidas, legislación procesal y tipos penales que procuran que no exista proceso sin condena (véase nuestra anterior reseña para la revista sobre el tema de la legislación sobre violencia doméstica), disposiciones para que en fase de ejecución de la pena los condenados por este tipo de delitos no sean sujetos de los derechos que el sistema penitenciario acuerda a quienes descuentan una pena en materia de libertad anticipada, y eventos de capacitación dirigidos a operadores judiciales con el objetivo de "sensibilizarlos" en torno a la problemática que pretende atacarse con esta legislación.

Esta estrategia se ubica dentro de aquella campaña de "ley y orden" que hemos venido denunciando en este espacio reiteradamente, y en la cual los sectores arriba identificados encuentran apoyo en los medios de transmisión masiva de la información y en políticos ávidos de apoyo popular.

Dicha estrategia punitiva es llevada a todos los ámbitos del quehacer público en el que se ve involucrado el tema de las agresiones sexuales, es así como recientemente ante un muy publicitado caso de violación contra una menor de nueve años que resultó embarazada, personalidades públicas ligadas a los grupos de los que venimos hablando pidieron la cabeza de la jerarca del Patronato Nacional de la Infancia y del encargado del Área de Protección de la Infancia y la Adolescencia del Defensor de los Habitantes (ombudsman). Este caso evidenció no sólo lo extremo de las posiciones que pueden llegar a sostener, sino además lo contradictorio de los intereses que se han sumado a la mencionada campaña de "ley y orden", siendo que la cobertura que la prensa (uno de los más valiosos aliados en aquella cruzada) le dio al hecho fue por demás irrespetuosa y violatoria de los derechos y la intimidad de la víctima.

Otro aspecto de sumo interés en este orden de ideas tiene que ver con el carácter internacional de algunas de las organizaciones no gubernamentales involucradas con la legislación sobre el tema. Su vinculación con fuentes de financiamiento y

gobiernos extranjeros abre el portillo para la injerencia de políticas, puntos de vista e intereses foráneos, lo cual es un tema para reflexionar de manera crítica pensándose en las distorsiones que pueden presentarse en materia del diseño de una política criminal acorde con nuestro ordenamiento jurídico (compárese con la influencia que ejercen gobiernos y sectores extranjeros en temas como la lucha contra el tráfico de drogas, la corrupción o la protección de los derechos de autor).

Finalmente, no puede dejar de llamar la atención el hecho de que, pese a que detrás del diseño y aprobación de la legislación penal en materia de delitos de agresión sexual se encuentran una amplia gama de expertos, organizaciones especializadas, autoridades públicas abocadas directamente al tema y que se cuenta con recursos específicamente diseñados y destinados a la elaboración de la legislación, los textos legales adolecen de inconsistencias técnicas, errores gramaticales y precisión, tanto desde el punto de vista del correcto uso del lenguaje como desde el punto de vista de la cobertura de las conductas que se pretenden sancionar.

Es así como muy poco tiempo después de haberse promulgado la Ley 7899 las organizaciones involucradas con el tema planteaban la urgente necesidad de reformularla e incluirle nuevos tipos legales. Igualmente desde el foro, a las ya expuestas críticas se les suma la de contener términos vagos, imprecisos y carentes de univocidad.

Notas

* Se ha hecho un somero resumen del texto legal debido a razones de espacio, el texto íntegro puede consultarse en <http://www.cienciaspenales.org> (sitio web de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica).

1. Reproducimos aquí las críticas expuestas por RODRÍGUEZ C., Alexander. "Más ley, menos derecho: cometarios sobre la Ley contra la Explotación Sexual de las personas menores de edad", en *Ciencias Penales*. San José: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, agosto 2001, año 13, núm. 19, pp. 85 a 96.

2. Resumimos así algunas de las consideraciones expuestas por MONGE NARANJO, Ivannia. Memorando VIO-610-2001 Área de Violencia de Género, Instituto Nacional de las Mujeres, septiembre 2001.

Ecuador

Dr. Efraín Torres Chaves

Presidente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Quito

El Ecuador tiene en la actualidad aproximadamente doce millones de habitantes, y la ley penal sigue obsoleta en muchos aspectos, porque desde



1938 no ha variado la esencia y sustancia de los primeros códigos, que fueron copiados de los respectivos de España y Bélgica, que sucesivamente se dieron desde 1837, 1889 y, luego, 1906.

Hay algunos hechos y costumbres tan enraizados que la Ley, debiendo ser un intérprete fiel de una sociedad en un "aquí y ahora", desgraciadamente no lo es.

Me ocuparé, pues, de dos figuras delictivas que han merecido la atención y cambio del Código Penal ecuatoriano, en estos últimos tiempos, y que son: el incesto y la homosexualidad.

Parece que el Código Penal sardo fue el primero que sometió al incesto a la punibilidad legal por el escándalo público que provocaba.

El Código Penal italiano de 1889 ya lo castigó igual que el Código Penal francés.

Naturalmente, el Código belga y el Código español siguieron su penalización, que saltó a la América, y es así como ya en 1899 se castigaba en Venezuela y otros países, con prisión de 9 a 30 meses, por relaciones incestuosas con un ascendiente o descendiente, aunque fuere ilegítimo, con algún afín en línea recta o con un hermano o hermana, consanguíneos o uterinos.

En la Legislación argentina existe la agravación de la violación por incesto. Al respecto de este asunto, Sebastián SOLER decía: "La ley considera calificada la violación teniendo en cuenta ciertas relaciones de carácter familiar entre víctima y victimario. La violación es calificada cuando ha sido cometida por un ascendiente o descendiente, afín en línea recta".

En este orden, todos los países de América Latina o encararon directamente el problema o tomaron al parentesco como agravante. El nuestro está, actualmente, en la segunda posición, porque desapareció como delito *per se*. El origen del incesto parece que fue en Roma, en donde se hizo la distinción entre el *incestum juris gentium* y el *incestum juris civilis*, siendo el primero de orden moral, y el segundo de orden civil, por la violación de prohibiciones establecidas para los matrimonios.

En el concepto de incesto, incluía no sólo las uniones por consanguinidad sino otras vedadas por la religión, como el acto sexual con las Vestales.

En la Ley Papia Popena se establecía prohibición para las uniones incestuosas y, además, entre tutores, curadores con pupilas y hasta de los gobernadores de provincia con las mujeres de sus gobernados.

En la Edad Media, el Derecho Canónico y la *cognatio spiritualis* establecieron severas sanciones al incesto, castigándolo hasta con pena de muerte.

Incorporada la figura en varios códigos, se discutió la razón de ser de la misma, y se dijo que era delito porque atentaba contra el buen orden de las familias, o que era delito religioso porque era una ofensa a Dios.

Alguien sostuvo que el incesto va contra las leyes eugenésicas, porque está demostrado que las uniones entre parientes íntimos originan hijos prematuros, anormales, monstruosos o predispuestos a la psicopatía.

El Código Penal del Ecuador, en vigencia, establece como circunstancia agravante de la violación para el caso de que los culpados sean los ascendientes de la víctima o sus descendientes, hermanos o afines en línea recta.

Al respecto de la figura de la homosexualidad, constante en el artículo 516 del Código Penal ecuatoriano, dice: "*Cuando el homosexualismo se cometiere por el padre u otro ascendiente en la persona del hijo u otro descendiente...*", caben las siguientes consideraciones:

Dada tal redacción, se supone que el "homosexualismo" equivale a la condición activa de varón. Lo que quiero decir con esto es que aquella no es muy precisa, pues la homosexualidad es activa para el que hace de varón y es pasiva para el que ocupa la condición de mujer, *contra natura*.

En materia de violencia contra la familia, como es el basamento fundamental de esta Ley, la homosexualidad que científicamente incluye también al lesbianismo tiene un rol de tremenda importancia, dada la frecuencia universal de estos actos sexuales.

Desde luego, hay que considerar con KRAFT-EBING que esta condición es un producto funcional y a la vez un fenómeno parcial de un estado neuropsicopatológico, teniendo como mayor frecuencia la herencia como causa. El mismo autor propone los siguientes síntomas, que aparecen en las relaciones intrafamiliares, así:

1) La vida sexual de los individuos, en esta forma organizados, se manifiesta, como regla general, por precocidad anormal con gran fuerza. No es raro que se presenten otros fenómenos relativos a tales inclinaciones.

2) El amor psíquico de tales individuos es a menudo novedoso y exaltado, y su instinto sexual se expresa con una fuerza particular que llega a ser obsesionante.

3) Junto con el síntoma funcional de la inversión sexual, se encuentran varios de otra clase y a menudo anatómicos.

4) En ocasiones hay neurosis (histeria, neurastenia, estados epilépticos, etc.); casi siempre se puede comprobar neurastenia temporal o permanente.

5) En la mayoría de los casos se encuentran anomalías psíquicas (dones brillantes para las bellas artes, en particular por la música, la poesía, etc., con mala disposición intelectual o espiritual originariamente falsos) que pueden llegar, a veces, a estados de degeneración psíquica (imbecilidad, locura moral, etc.); y,

6) En casi todos los casos que se han podido indagar sobre el estado físico y psíquico de los ascendientes y consanguíneos se han encontrado alguno de los síntomas anteriormente expuestos.

Como se ve, la homosexualidad por parte de los padres, abuelos, tíos, etc., ejercida contra los menores, es un delito concurrente cuando hay violación.

La misma agravación está prevista en los delitos de atentado contra el pudor.

A propósito de la homosexualidad, la Biblia no la descarta, y aparece dentro de la época de Moisés, sofisticadamente mezclada en la sublevación de los esclavos a la voluntad divina, en aquel pasaje de la adoración al becerro de oro.

En la *Enciclopedia de la vida sexual*, de las ediciones Danae, se encuentra lo siguiente: "La génesis de las desviaciones ha sido siempre muy discutida. Los trabajos de sexología se mantuvieron en un plano puramente descriptivo, por lo que se refiere a la presencia de las perversiones. Así se comprende mejor el éxito de FREUD al "construir una teoría de la vida sexual", de la que deriva, al mismo tiempo, una explicación de la génesis de las mismas".

VON GEBSTTEL piensa que la homosexualidad es una rebelión contra lo que él llama el orden natural de la realidad erótica, y que la quiebra de la regulación que impone la norma inherente a todo estado natural se debe a una especie de impulsos erráticos libidinosos. Es algo análogo al que ocurre en la enfermedad. En ella impera la destrucción, el desarreglo de la función regular. En las anormalidades (si cabe hablarse de ellas), esta actividad negativa, contraria a la regla, va acompañada de placer. De ahí que no sea tan justo hablar de "perversión" a un trastorno del orden natural, que preside cualquier concepción antropológica del hombre. BOSS, desde el punto de vista analítico existencial, llama la atención sobre el carácter seductor que el modo angustioso de vivir la sexualidad impone sobre el acto sexual mismo, limitándolo y degradándolo. De ahí la incapacidad que tienen los fetichistas, por ejemplo, de vivir la sexualidad como medio creador de comunicación interpersonal a través de la corporalidad, no en un sector, una parte de ella misma, sino en algo que la impregna en su conjunto, más o menos vivamente, en determinadas situaciones.

Todos los razonamientos anteriores sirvieron para que el legislador ecuatoriano desechara, defi-

nitivamente, la homosexualidad que lleva implícita el lesbianismo como delito, sin embargo, todavía la sociedad no asimila la tolerancia legal y se condenan las preferencias sexuales que no signifiquen la clásica y eterna relación hombre-mujer; y, en consecuencia, también se desprecia a los hombres homosexuales activos, que hacen comercio para fiestas de despedidas de soltería a las novias y, además, trabajan en el negocio respectivo no sólo con mujeres que les escogen en la misma forma que antes se hacía, exclusivamente, por los hombres en los prostíbulos.

Holanda

Dra. Mappie Veldt

Letrada del Tribunal Supremo y profesora titular de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Erasmus de Rotterdam

1. Introducción

El Código Penal holandés (CP) contiene un Título XIV en su Libro Segundo titulado 'Delitos contra la moral ética (en holandés: *zeden*)'. En este Título se encuentran 18 artículos de género muy diverso, la mayoría de los cuales, pero no todos, protegen la libertad e integridad sexual. En la literatura holandesa se ha defendido que sería mejor haber limitado este Título a la penalización de actos que infringen la moral sexual como se hace, por ejemplo, en el Código Penal alemán o francés¹.

En la literatura científica, los delitos del Título XIV se dividen en cuatro categorías². La primera categoría son los delitos contra la libertad personal y los delitos de violencia como el tráfico de personas, la prostitución forzada y la violación de personas adultas y menores. La segunda categoría protege la confianza que la gente pone en las personas. Estos delitos penalizan el abuso sexual de menores y de gente que de una o otra forma no pueden formar su voluntad o expresar bien qué es lo que quieren (por ejemplo, discapacitados mentales, niños). La tercera categoría se refiere a los delitos que protegen la tolerancia. Un ejemplo de este tipo de delito es la prohibición de mostrar u ofrecer pornografía en lugares públicos (art. 240 CP) y la prohibición de comportarse en lugares públicos de forma indecente mostrando las partes íntimas (art. 239 CP).

La cuarta y última categoría no tiene tanto que ver con la sexualidad, sino con cierto tipo de comportamiento que es considerado inapropiado. El

art. 252 CP, por ejemplo, prohíbe emborrachar a una persona menor de 16 años. También el abandono y el descuido por los padres de sus hijos menores de 12 años dejándolos a terceras personas, sabiendo que tendrán que mendigar o hacer un trabajo que afecte negativamente su salud. Éste es un delito que el legislador ha incluido en el Título XIV y que cae en esta última categoría.

Este informe se concentra en los delitos de la primera y segunda categoría. Ambos protegen en sentido amplio la libertad y la integridad sexual³. Explicaremos los diferentes delitos de este tipo que regula el Código Penal holandés.

2. Delitos contra la libertad e integridad sexual

Son delitos contra la libertad sexual en el Derecho penal holandés la violación (art. 242 CP)⁴, la penetración de una persona que ha perdido el conocimiento, que no puede reaccionar con su cuerpo, por ejemplo, porque ha sido emborrachada por la persona que la violenta, o por violencia que esta persona ha utilizado⁵ (*lichamelijke onmacht*) o por violencia contra un enfermo mental (art. 243 CP). También se sanciona la penetración de una persona de menos de 12 años (art. 244 CP), la penetración de una persona de menos de 16 años fuera del matrimonio⁶ (art. 245 CP), obligar a una persona a soportar actos sexuales (*feitelijke aandrang van de eerbaarheid*) (art. 246 CP). Por último, realizar otros actos sexuales (*ontucht*) con personas que han perdido el conocimiento, que no pueden reaccionar con su cuerpo, enfermo mental o un menor de 16 años (art. 247 CP). El concepto de actos sexuales (*ontucht*) también incluye la penetración⁷, pero es más amplio. Son actos que desde el punto de vista ético-social no son admitidos⁸. Si existe poca diferencia de edad entre las personas que mantienen el contacto sexual, el Tribunal Supremo ha juzgado que no hay contactos sexuales (*ontucht*) en el sentido del Código Penal⁹.

En el art. 248.1 CP, el legislador considera un agravante si los actos mencionados en los arts. 242 a 245 CP han tenido como consecuencia un daño corporal grave. En los arts. 82 y 83 CP, el legislador ha dado una definición de lo que se considera 'daño corporal grave'. En la jurisprudencia se ha concretado aún más¹⁰. El art. 248.2 CP menciona la muerte de la víctima como un agravante para aumentar la pena. Este agravante se aplica a todos los delitos mencionados en los arts. 242-247.

La máxima pena de prisión que se puede imponer por violación (art. 242 CP) son 12 años o una multa de la quinta categoría (45.000 euros)¹¹. Los otros delitos se penalizan con un máximo de ocho

años de prisión o una multa de la quinta categoría con excepción del art. 246 CP que prescribe una pena de prisión de hasta seis años o una multa de cuarta categoría (11.250 euros). El art. 248.1 CP prescribe que en caso de daño corporal grave la pena de prisión es de hasta 12 años o una multa de quinta categoría. El art. 248.2 CP prescribe una pena de prisión de hasta 15 años o una multa de quinta categoría si el delito ha tenido como consecuencia la muerte de la víctima.

Algunos de los delitos en los que la víctima es un menor no pueden ser perseguidos si no hay una denuncia del menor o de su representante legal. El Tribunal Supremo interpreta esta condición de manera poco formalística¹². El delito que requiere denuncia es el art. 245 (penetración de un menor entre 12 y 16 años), salvo si se aplican los agravantes del art. 248 CP o si se trata de un menor que ha sido confiado a esa persona y es esa persona quien comete el delito.

Si el proyecto de Ley 27745 entra en vigor, la denuncia ya no será necesaria para que el fiscal pueda perseguir un caso (arts. 245 y 247 del nuevo CP). El proyecto de ley prevé una obligación para el fiscal, quien debe hablar con la víctima para constatar lo que esta persona piensa acerca de perseguir al reo. Esta ley puede entrar pronto en vigor, puesto que el proyecto ya está en el Senado, después de haber sido aprobado por la otra Cámara (el Parlamento).

3. Protección de menores

El Título XIV del Libro Segundo del Código Penal holandés también contiene delitos que protegen la libertad e integridad sexual de personas menores de 18 años.

El art. 248 a) CP penaliza la seducción de un menor (de 18 años), consistente en hacer o tener que soportar actos sexuales (*ontuchtige handelingen*), si quien actúa conoce o debería conocer la edad de la víctima. La pena de prisión máxima es de cuatro años o una multa de la cuarta categoría.

El art. 248 b) CP penaliza a la persona que por dinero mantiene un contacto sexual (*ontucht*) con una persona de 16 ó 17 años. Este artículo y las prohibiciones contenidas en los arts. 244, 245 y 247 protegen a los menores de 18 años contra contactos sexuales. El delito del art. 248 b) CP forma parte de los delitos que prohíben la prostitución de menores. Como regla general no están prohibidos los contactos sexuales con menores de 16 y 17 años con su consentimiento.

El legislador ha propuesto un nuevo art. 248 c). Se pretende prohibir la presencia en espectáculos dónde menores llevan a cabo actos sexuales. Esta

penalización prohíbe estar *presente* cuando un menor realiza actos sexuales y la persona presente conoce o debería conocer la edad del menor. Lo mismo acontece si 'simplemente' se muestran imágenes de menores realizando actos sexuales. La pena máxima de prisión es de cuatro años o una multa de la cuarta categoría¹³.

El art. 249 CP penaliza a la persona que mantiene actos sexuales con su hijo (adoptivo) o hijastro/a menor o un menor que le ha sido dado para cuidarlo o enseñarlo (un trabajo) durante determinado período. La pena máxima de prisión es de seis años, y la multa no puede superar la cuarta categoría. Esta prohibición se extiende en el art. 249.2 CP a los médicos, profesores, funcionarios que tratan con menores. Este delito penaliza también la ruptura de la confianza que los padres y la sociedad ponen en estas personas. La pena es la misma. En este artículo es fundamental la protección de las personas dependientes contra actos sexuales¹⁴. En el art. 250 CP penaliza a la persona que, en las circunstancias mencionadas en el art. 249 CP, da lugar a que terceras personas puedan mantener actos sexuales con menores. La pena de prisión máxima en este caso es de cuatro años o una multa de cuarta categoría. En el art. 250.2 CP, el legislador ha introducido un agravante (la pena se puede aumentar en un tercio) si la persona acostumbra realizar este género de conductas. Los arts. 248 b) y 250.2 CP penalizan la prostitución de menores.

También el art. 250 a) CP es importante en esta materia. Penaliza el tráfico de personas y la prostitución forzada o no voluntaria, aunque no se trate de menores. La pena máxima de prisión es de ocho años o multa de quinta categoría. Si los actos han sido cometidos por dos o más personas y se trata de menores de 16 años o los actos han tenido como consecuencia un daño corporal grave, la pena máxima de prisión es de diez años.

Notas

1. En este sentido: T. J. NOYON, en G. E. LANGEMEIJER, "Het Wetboek van Strafrecht", bewerkt door J. REMMELINK, *Losbladig*, Gouda Quint, Deventer, Suppl. 120 (november 2002), aant. 1.

2. J. DE HULLU, Aant. 1 a y b, *Inleidende opmerkingen, Tekst en Commentaar Sr*, Kluwer, 2002; Th. W. VAN VEEN, *Misdrijven tegen de zeden*, DD 10 (1980), afl. 10, pp. 685-687.

3. T. J. NOYON, en G. E. LANGEMEIJER, "Het Wetboek van Strafrecht", bewerkt door J. REMMELINK, *Losbladig*, Gouda Quint, Deventer, Suppl. 120 (november 2002), aant. 7.

4. La violación también incluye el dar un beso con la lengua dentro de la boca de la víctima: HR 21 abril 1998, NJ 1998, 781, con anotación de JdH.

5. HR 12 junio 2001, NJ 2001 528.

6. El Código Civil holandés abre la posibilidad a menores de 16 años de casarse bajo algunas condiciones. En ese caso sería penalizar contactos sexuales, no es el caso.

7. TK 1990-1991, 20 930, núm. 14, p. 2 (actos del Parlamento).

8. Véase este sentido: J. DE HULLU, Aant. 6 b, art. 245, *Tekst en Commentaar Sr*, Kluwer, 2002 y por ejemplo: HR 20 enero 1998, NJ 1998, 336; HR 14 septiembre 1976, NJ 1977, 92.

9. HR 24 junio 1997, NJ 1997, 667.

10. El Tribunal Supremo ha desarrollado criterios para juzgar si hay un daño corporal grave: HR 12 octubre 1999, NJ 1999, 344; HR 16 mayo 2000, NJ 2000, 510; HR 13 marzo 2001, NJ 2001, 239; HR 10 julio 2001, NJ 2001, 620.

11. Véase el art. 23 CP para las diferentes categorías de multas.

12. HR 22 abril 1997, NJ 1997, 546.

13. Propuesta de ley núm. 27745.

14. HR 17 octubre 1995, *Delikt en Delinkwent*, 96.057.

ILANUD

Prof. Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. Director de la Escuela Judicial.

A. Antecedentes de la Reforma de los Delitos Sexuales en Costa Rica

La década de los años noventa, del pasado siglo, fue particularmente plétórica en reformas a la legislación penal costarricense. Casi todas ellas estuvieron constituidas por la simple introducción de diversos tipos penales a la estructura de la Parte Especial del Código. En algunos casos, se trató de reformas parciales a algunos de los tipos penales existentes.

La mayor parte de estas reformas se produjeron ante el influjo de diversos fenómenos que recibieron atención por parte de los medios de comunicación colectiva, algunas organizaciones no gubernamentales y por el Poder Legislativo. El tema de la seguridad ciudadana fue, sin duda, el tema recurrente a lo largo de la década y quizá el más influyente en lo que a reformas penales se refiere¹.

Los delitos contra la "libertad sexual" ocuparon un lugar muy importante en este listado de reformas, quizá por su vinculación casi directa con los así denominados "delitos violentos", sin embargo, también podemos encontrar razones para este interés, producto de la publicidad que han recibido los problemas jurídicos de las mujeres, quienes han producido un interesante debate sobre la invisibilización de sus derechos en la legislación, así como sobre la escasa atención sistémica que ha tenido problemas tales como la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes en Costa Rica².

Los tipos penales contenidos tradicionalmente en el Código Penal, como lo eran, por ejemplo, la violación, el estupro y la corrupción de menores, sufrieron cambios importantes y un correspondiente aumento de la pena establecida para algunos de ellos. La reforma fue introducida mediante Ley 7899, de 3 de agosto de 1999, que reformó parcialmente este Título III, en sus Secciones I y II del Código Penal. El título de la reforma es sugerente por sí mismo de los fines que se pretendían alcanzar: "Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad".

Los cambios, desde la perspectiva del legislador, pretendían, por un lado, lograr un efecto desestimulante de la comisión de estos hechos, así como también una ampliación de los ámbitos de cobertura típica, con el fin de criminalizar actos que reflejaban un indefectible impacto social y que no estaban, según él, considerados en la descripción de los delitos contenidos en el antiguo Título III sobre Delitos Sexuales (arts. 156 a 175 del Código Penal).

B. Análisis de los cambios sufridos por las descripciones penales³

El cambio más importante lo sufrió el delito de "Violación" (art. 156 CP), el cual, en su versión original, no contemplaba típicamente el sometimiento de una persona a practicar sexo oral o a ser accedido por vía anal o vaginal, o considerar expresamente como lesiva la conducta de introducir objetos en la vagina. Fue así que el legislador incorporó una construcción que permite la punición de tales actos⁴.

La segunda transformación que sufrió el Título III fue en los artículos 159 y 160, sobre el "Estupro", el cual consistía en el acceso carnal con "mujer honesta", aun con su consentimiento, cuando la víctima fuera mayor de doce años y menor de quince años. Esta figura presentaba ciertos problemas de legalidad como, por ejemplo, que el tipo realmente no protegía la "libertad sexual" de la víctima, sino más bien el "honor social" de la familia. Además, obligaba al juzgador, a la hora de interpretar el elemento normativo "mujer honesta", a entrar en una serie de consideraciones sobre las costumbres y prácticas sociales de las mujeres, lo que en términos generales significaba sentar en el banquillo de los acusados no al perpetrador, sino más bien a la víctima para juzgar su "honestidad". Los criterios utilizados por los tribunales para establecer esta "honestidad" eran muy variables, y en la mayoría de los casos significaban deplorables afectaciones a los derechos a la autodeterminación de las mujeres⁵. Todas estas

disfunciones en el tipo penal llevaron al legislador a sustituir esta figura por la del delito de "relaciones sexuales con persona menor de edad" que, en realidad, pretende castigar el acceso carnal por vía oral o vaginal. El rango de edad de la víctima es el mismo que se estipulaba para el estupro⁶.

La reforma de 1999 introdujo también la figura de "relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad"⁷. Es un tipo penal que contiene una descripción de amplia cobertura y con términos de difícil precisión. Lo mismo sucede con el bien jurídico protegido, el cual oscila entre la protección de la "indemnidad sexual" y la "autodeterminación sexual" de la persona menor de edad, introduciendo el legislador un interés de tutela del "sano desarrollo de la sexualidad" del menor, quien puede ver afectada esa parte importante de su desarrollo como persona al ser sometida a prácticas sexuales a cambio de un pago⁸. Este amplio marco de bienes jurídicos tutelados genera una apertura del tipo penal a todas luces impropia.

Otros tipos penales excesivamente abiertos los constituyen los nuevos artículos 161 y 162: "Abusos sexuales contra personas menores de edad e incapaces"⁹ y los "Abusos sexuales contra personas mayores de edad"¹⁰. La ampliación típica comienza con la fórmula: "actos con fines sexuales" y se termina de realizar al introducir el muy cuestionado criterio de la "vulnerabilidad", que a diferencia de otras legislaciones, como la española, la versión costarricense no tiene criterios para medir esta situación de verdadera desventaja de las cuales se debe prevaler quien abusa¹¹.

Merece mención aparte el tipo penal de corrupción¹², el cual fue propuesto como una solución alternativa a la anterior figura que consideraba corruptos aquellos actos que tuvieran la calidad de ser "perversos, prematuros o excesivos" en relación con el sano desarrollo de la sexualidad de una persona menor de edad. Se criticaba la anterior descripción indicando que su interpretación no era precisa, que generaba impunidad y que provocaba una "anarquía" interpretativa. Sin embargo, lo cierto es que la jurisprudencia penal había llegado a una interpretación bastante cerrada de estos términos, respetuosa del principio de legalidad y, en modo alguno, se afectaba la seguridad jurídica mediante anárquicas consideraciones de los términos.

Al contrario, más parece que el legislador ha provocado graves lagunas de punibilidad al no incluir en los "casos" de "corrupción" aquellas conductas realizadas sobre el cuerpo de la persona menor de edad, y al no incorporar medidas para aplicar las reglas del concurso ideal heterogéneo entre la corrupción y los delitos de violación o

abusos deshonestos. Si un autor realiza ahora un delito de violación, aun cuando sea idóneo para afectar el "sano desarrollo de la sexualidad" de la persona menor de edad, será perseguido únicamente por la violación y no por la corrupción, aun cuando aquel acto sea idóneo para afectar también el "sano desarrollo de la sexualidad", que se supone es el bien jurídico tutelado en este tipo penal.

Igual sucede con los supuestos 2) y 3) en donde se castiga el ejecutar las acciones de corrupción en presencia de otras personas. Estos supuestos, aunque loables en su afán de persecución de actos sexuales que podrían estar afectando a algunos menores en el país, terminan con una práctica impunidad, ya que la mayor parte de este tipo de actos se realizan en total privacidad, sin la participación de otras personas, salvo la víctima y el perpetrador.

El proxenetismo¹³ es la otra figura que ha recibido una transformación. El cambio es, igualmente, poco feliz, al equiparar, prácticamente, la conducta de explotación sexual (proxenetismo) a la figura de la "servidumbre sexual". Esta última es, a no dudarlo, una conducta mucho más grave que el proxenetismo, sin embargo, mantiene la misma penalidad, la cual, en su extremo menor, llega a dos años, permitiéndole a alguien que cometa dicha acción la posibilidad de obtener una condena de ejecución condicional¹⁴.

Los delitos de rufianería (art. 171), trata de personas (art. 172), fabricación o producción de pornografía (art. 173) y de difusión de pornografía (art. 174) reflejan el interés del legislador por atender los problemas señalados por "Casa Alianza" y otras organizaciones no gubernamentales, quienes han provocado un debate muy intenso sobre el tema de la explotación sexual de personas menores de edad. Los resultados de esta preocupación son variables, y pueden denotarse algunas lagunas de punibilidad^{xv} que bien pueden atenderse en una reforma posterior, la cual se encuentra pronta a ser discutida en el plenario legislativo, a eso dedicaremos la sección siguiente.

C. Cambios planteados a los delitos sexuales en la reciente propuesta de una Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad

Recientemente ingresó a la corriente legislativa una propuesta que persigue castigar la explotación sexual de personas menores de edad. La iniciativa surgió a partir de un creciente fenómeno criminal, al cual se le ha dado una cobertura pe-

riodística de grandes dimensiones, poniendo en el debate la problemática de muchos niños, niñas y adolescentes, que son utilizados para un comercio sexual sin límites. Muchos de los usuarios de estos servicios son extranjeros, que son atraídos por las particulares circunstancias de abandono en que se encuentran muchas personas menores de edad.

La discusión del proyecto aún permanece en la Comisión Legislativa que lo conoce, y, entre otros criterios, se ha planteado la necesidad de ampliar la cobertura de algunos tipos penales, como es el caso de la reforma propuesta al inciso 1 del artículo 156 vigente, para brindar tutela a las víctimas aumentando la cobertura hasta la edad de trece años.

Se apuesta, nuevamente, a la incorporación del criterio de "vulnerabilidad" a otros tipos penales, como sucede en el inciso 2 del 156. Como ya se ha expresado, dicha propuesta es poco feliz y este proyecto tampoco incluye criterios para establecer una determinación del criterio de "vulnerabilidad".

En el último párrafo del art. 156 se intenta incluir como supuesto de "violación" la posibilidad de ser accedida la persona por un animal o ser sometida a realizar actos sexuales con animales.

Se intenta introducir en la figura de "relaciones sexuales con menor de edad" la fórmula de encontrarse la víctima en una "relación de poder o confianza". Esta fórmula ha sido criticada por ser demasiado amplia, y por llevar a la posibilidad de punir muchos casos de relaciones sexuales con menor de edad que no resultarían agravadas según la misma expresión del legislador en los párrafos anteriores de la descripción del tipo penal. Esto último, principalmente debido a que muchas personas podrían, por ejemplo, tener únicamente una relación de "confianza" como amigos o vecinos de la familia, y aprovechar este hecho para lograr el acceso carnal consentido de la persona menor.

Se trata, entonces, de una fórmula legal abierta que requiere de mayor precisión.

En el delito de corrupción (art. 167) se pretende volver a la anterior descripción de "actos sexuales perversos, prematuros o excesivos", lo que indudablemente contribuirá a reducir los ámbitos de impunidad que había generado el cambio legal en 1999.

El Proyecto de Ley desea introducir una reforma al artículo 18 del Código Procesal Penal de 1996, que regula los delitos de acción penal pública perseguibles a instancia privada. Con ello, el legislador está buscando, por una parte, impedir la prescripción de las causas que se siguen por hechos delictivos cometidos en contra de menores de edad. En concreto sobre este tema, parece que

el legislador saca directamente de la perseguibilidad a instancia privada a los casos contra menores, dejándolos ahora como de instancia pública, en los casos de violación. A eso alude la indicación de la frase "que no sea menor de edad" que se pretende incorporar en el artículo 18 CPP.

En cuanto a la propuesta de reforma al artículo 33 CPP, con el fin de considerar acto interruptor de la prescripción la comparecencia del acusado a rendir declaración indagatoria en los delitos de acción pública, se debe decir que está claro que hay una abierta generosidad para el Ministerio Público, contrario a la intención inicial del CPP de 1996. En efecto, en este cuerpo legal se intentó que la prescripción operara como un medio más de brindar celeridad al proceso con plazos cortos de prescripción, con la intención de que el Ministerio Público persiguiera eficazmente aquellas causas que le era posible llevar a juicio.

Con esta reforma que se pretende, casi cualquier acto procesal de interés, como el señalamiento a audiencia preliminar o para realizar el debate interrumpiría el plazo de prescripción y lo haría correr nuevamente. Esto haría virtualmente imposible que haya prescripción de la causa en todos los casos en que estas hipótesis ocurran. Esto, por supuesto, trastoca el objetivo político criminal del CPP de 1996 y retoma la orientación de la ley procesal derogada.

A pesar de los problemas detectados, debe reconocerse que la nueva propuesta trata de corregir algunos defectos de la reforma de 1999, como lo es, por supuesto, la buena idea de retornar a la definición antigua del delito de "corrupción" y la inclusión de definiciones específicas sobre los lazos de parentesco.

No obstante lo propuesto, en cuanto a lo procesal merece discutirse más sobre su conveniencia, ya que no sólo en los casos de delitos contra menores, sino en todas las causas habrá una pesada carga en la persecución jurídico-penal. No habrá prescripción y ya ésta no podrá cumplir los fines para los que había sido diseñada.

La fórmula de "relaciones de poder y confianza" debe ser repensada. Igual que el caso de los delitos de violencia doméstica y contra la mujer, resulta ser una fórmula que amplifica el tipo de manera exagerada y peligrosa.

Notas

1. Incluso la Comisión Permanente de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa, según el informe unánime afirmativo de 14 de abril de 1999, expediente núm. 13.407, hizo recomendaciones para la reforma del Código Penal y Procesal Penal dirigidas a generar una política criminal de seguridad, propiciando una mayor represivización material y una restricción de derechos fundamentales del acusado, en la búsqueda de esa ansiada seguridad interna.

2. Así RODRÍGUEZ, Alexander, "Más Ley, menos derecho: Comentarios sobre la Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad", en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, núm. 19, año 13, agosto de 2001, pp. 86 y ss.

3. La citación de los artículos del Código Penal vigente ha sido hecha tomando como punto de partida la versión electrónica del mismo disponible en la página web de la Sala Tercera de Casación Penal de Costa Rica, en www.poder-judicial.go.cr/salatercera.

4. Violación.

Artículo 156. Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años quien se haga acceder o tenga acceso carnal, por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos:

1) Cuando la víctima sea menor de doce años.

2) Cuando la víctima sea incapaz o se encuentre incapacitada para resistir.

3) Cuando se emplee la violencia corporal o intimidación. La misma pena se impondrá si la acción consiste en introducir, por vía vaginal o anal, uno o varios dedos u objetos.

(Así reformado por Ley 7899, de 3 de agosto de 1999).

5. Más detallado, RODRÍGUEZ, "Más Ley...", *op. cit.*, p. 87.

6. Relaciones sexuales con personas menores de edad.

Artículo 159. Quien, aprovechándose de la edad, se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo, mayor de doce años y menor de quince, aun con su consentimiento, será sancionado con pena de prisión de dos a seis años. Igual pena se impondrá si la acción consiste en introducir, por vía vaginal o anal, uno o varios dedos u objetos. La pena será de cuatro a diez años de prisión cuando la víctima sea mayor de doce años y menor de dieciocho, y el agente tenga respecto de ella la condición de ascendiente, tío, tía, hermano o hermana consanguíneos o afines, tutor o guardador.

(Así reformado por Ley 7899, de 3 de agosto de 1999).

7. Relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad

Artículo 160. Quien pague a una persona menor de edad de cualquier sexo o prometa pagarle o darle a cambio una ventaja económica o de otra naturaleza, para que ejecute actos sexuales o eróticos, será sancionado:

1) Con pena de prisión de cuatro a diez años, si la persona ofendida es menor de doce años.

2) Con pena de prisión de tres a ocho años, si la persona ofendida es mayor de doce años, pero menor de quince.

3) Con pena de prisión de dos a seis años, si la persona ofendida es mayor de quince años, pero menor de dieciocho.

(Así reformado por Ley 7899, de 3 de agosto de 1999).

8. Así, RODRÍGUEZ, "Más Ley...", *op. cit.*, p. 88.

9. Abusos sexuales contra personas menores de edad e incapaces

Artículo 161. Quien de manera abusiva realice actos con fines sexuales contra una persona menor de edad o incapaz o la obligue a realizarlos al agente, a sí misma o a otra persona, siempre que no constituya delito de violación, será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años.

La pena será de cuatro a diez años de prisión en los siguientes casos:

Así reformado este segundo párrafo por la Ley 8002, de 8 de junio de 2000.

1) Cuando la persona ofendida sea menor de doce años.

2) Cuando el autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida o ésta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación.

3) Cuando el autor sea ascendiente, descendiente, hermano por consanguinidad o afinidad, padrastro o madrastra, cónyuge o persona que se halle ligado en relación análoga de convivencia, tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.

4) Cuando el autor se prevalece de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco.

(Así reformado por Ley 7899, de 3 de agosto de 1999).

10. Abusos sexuales contra personas mayores de edad

Artículo 162. Si los abusos descritos en el artículo anterior se cometen contra una persona mayor de edad, la pena será de dos a cuatro años de prisión.

La pena será de tres a seis años de prisión en los siguientes casos:

Así reformados los anteriores párrafos por la Ley 8002, de 8 de junio de 2000.

1) Cuando el autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida o ésta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación.

2) Cuando el autor sea ascendiente, descendiente, hermano por consanguinidad o afinidad, padrastro o madrastra, cónyuge o persona que se halle ligado en relación análoga de convivencia, tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.

3) Cuando el autor se prevalece de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco.

(Así reformado por Ley 7899, de 3 de agosto de 1999.)

(Nota: La sentencia 2000-06304 de las 15:56 horas, de 19 de julio de 2000 declara inconstitucional y, en consecuencia, anula las siguientes frases del artículo 162, según el texto reformado mediante la Ley 7899, de 3 de agosto de 1999: a) del primer párrafo la frase que dice: "la pena será de dos a cuatro años", b) del párrafo segundo la frase que dice: "la pena será de tres a seis años".

Esta anulación se produce en fecha posterior a la vigencia de la Ley 8002, de 8 de junio de 2000, que corrige la omisión en lo referente a la naturaleza de la sanción, por lo que la sentencia de la Sala deviene sobre frases no vigentes.)

11. Así RODRÍGUEZ, "Más Ley...", op. cit., p. 89.

12. Corrupción

Artículo 167. Quien promueva la corrupción de una persona menor de edad o incapaz o la mantenga en ella, será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años. La misma pena se impondrá a quien utilice a personas menores de edad o incapaces con fines eróticos, pornográficos u obscenos, en exhibiciones o espectáculos, públicos o privados, de tal índole.

Para los efectos de este artículo, se entiende por corrupción:

1) Ejecutar actos sexuales o eróticos ante personas menores de edad o incapaces.

2) Hacer ejecutar a otros actos sexuales o eróticos, en presencia de personas menores de edad o incapaces.

3) Hacer participar en actos sexuales o eróticos a personas menores de edad o incapaces en presencia de otros.

(Así reformado por Ley 7899, de 3 de agosto de 1999).

13. Proxenetismo

Artículo 169. Quien promueva la prostitución de personas de cualquier sexo o las induzca a ejercerla o las mantenga en ella o las reclute con ese propósito, será sancionado con la pena de prisión de dos a cinco años. La misma pena se impondrá a quien mantenga en servidumbre sexual a otra persona.

(Así reformado por Ley 7899, de 3 de agosto de 1999).

14. Correctamente, RODRÍGUEZ, "Mas Ley...", op. cit., pp. 92 y 93.

15. Al respecto, RODRÍGUEZ, "Más Ley...", op. cit., pp. 94 y 95.

Italia

Giuseppe Pighi

*Becario de la Università di Modena e Regio Emilia*¹

1. La reforma de los delitos contra la libertad sexual en Italia: la Ley 66/1996

En el actual panorama normativo penal italiano, los delitos contra la libertad sexual se encuentran regulados en el Título XII del Código Penal, bajo la rúbrica "De los delitos contra la persona", entre los artículos 609 bis y 609 decies. Esta particular numeración muestra ya a primera vista que la posición originaria de esta materia era disitinta. Efectivamente, la actual regulación es el fruto de una profunda reforma introducida por la Ley 66, de 15 de febrero de 1966, que ha trasladado a este título la materia que en un principio, a la promulgación del vigente Código Rocco en 1930, se había recogido bajo la rúbrica de delitos contra "la moralidad y las buenas costumbres".

Entre las novedades introducidas por esta ley cabe destacar la unificación bajo la categoría de "violencia sexual" de los antiguos delitos de "violencia carnal" y "actos libidinosos violentos", la introducción del nuevo delito de "violencia sexual de grupo", la modificación del delito de "corrupción de menores" y la previsión de una causa especial de no punibilidad para los casos de relaciones sexuales entre menores. Además, las penas se han aumentado para que la negociación en el proceso y la aplicación de penas alternativas resulten incompatibles con esta clase de delitos, pero haciendo por el contrario aplicable la prisión preventiva. Por el contrario, han desaparecido algunas auténticas reliquias históricas como el "raptó con fines libidinosos o de matrimonio" (reconducido al delito de secuestro), o la seducción con promesa de matrimonio por parte de una persona ya casada.

Esta normativa se podría dividir idealmente en dos grandes ámbitos: los delitos de violencia sexual y la violación de la libertad sexual de los menores; a estos dos se le podría añadir un tercero, introducido por la misma ley, sobre la protección de la imagen de las víctimas (art. 734 bis). Dada la variedad de situaciones previstas en estas normas, habría sido oportuno que en lugar de reconducir toda la materia a la genérica "protección de la libertad personal" se hubiera distinguido entre "delitos contra la libertad sexual" para los mayores de edad y los "delitos contra la indemnidad sexual" de los menores, entendiendo esta última como el correcto crecimiento psicoafectivo de éstos, sin

perturbaciones debidas a experiencias desestabilizadoras.

Por otro lado, se ha puesto de relieve que el impacto de la reforma ha sido muy inferior al previsto. En el plano criminológico, el objetivo de incentivar la querrela o la denuncia por parte de la víctima se ha visto frustrado en gran parte, y la "cifra oscura" en estos delitos continúa siendo elevadísima (según las estimaciones permanece inalterada respecto a la que arrojaba la antigua regulación).

En el plano jurídico, gran parte de la doctrina italiana se lamenta de que, de hecho, las innovaciones han sido pocas y de que existe una "continuidad" sustancial entre las decisiones jurisprudenciales anteriores y las posteriores a la reforma: a pesar de la novedad normativa, el juez italiano ha seguido utilizando las "viejas" categorías del código en su originaria redacción de 1930.

2. La violencia sexual

Toda la regulación de los delitos contra la libertad sexual gira en torno a lo dispuesto en el artículo 609 bis bajo la rúbrica "Violencia sexual", como resultado de la unificación de los "actos libidinosos violentos" y de la "violencia carnal" (antiguos arts. 519 y 521). Según el legislador, esta opción debía responder a una doble exigencia: por un lado, debía poner fin a la humillante práctica procesal de investigación e interrogatorio de la víctima, que prácticamente la convertían en una segunda imputada y, por el otro, se sostenía que entendiendo como bien jurídico protegido la libertad sexual dejaba de tener sentido la distinción entre estas conductas, ya que ambas resultan igualmente lesivas de la autodeterminación sexual de la víctima.

Dentro del art. 609 bis cabe distinguir cuatro conductas distintas de actos sexuales: los actos sexuales *violentos*, los cometidos mediante *abuso de autoridad*, los cometidos mediante *abuso de las condiciones de inferioridad física o psíquica de la víctima* y, por último, los realizados *con engaño* mediante sustitución de persona. A su vez, éstos se pueden clasificar según el objeto específico de protección: los dos primeros casos abordan la libertad sexual desde el punto de vista negativo como libertad "frente" a algo (frente a interferencias o abusos por parte de terceros) y los dos últimos lo hacen en sentido positivo, es decir, como libertad "de" hacer algo (libertad de actuar de modo libre y autónomo en el campo de la propia sexualidad).

2.1. El "acto sexual"

En la presente regulación, el concepto de "acto sexual", nacido de la unificación de las anteriores

conductas de actos libidinosos y de conjunción carnal, ocupa un lugar central. Su definición doctrinal y jurisprudencial ha reproducido viejos problemas no resueltos de la normativa anterior, que permiten distinguir, hoy como entonces, entre una interpretación *subjetiva* y otra *objetiva*.

La corriente más tradicional cree preferible una acepción subjetiva del acto sexual, considerando como tal el acto orientado a la excitación o desahogo libidinoso, valorándose a tal fin también el comportamiento interno del sujeto. Esta noción, de fácil aplicabilidad en los casos de conjunción carnal (en los que la sexualidad es evidente), crea problemas de interpretación en los casos de comportamientos no unívocos (besos, abrazos...).

La concepción objetiva, que cada día gana más adeptos, se refiere por el contrario a la naturaleza intrínsecamente sexual del acto sobre la base de las ciencias médicas, psicológicas y sociológicas. Ésta se corresponde mejor con el espíritu de la innovación legislativa que ha sustituido la locución "actos libidinosos" por la de "actos sexuales", que además resulta más conforme con las exigencias de taxatividad.

A pesar de esta unificación de conductas lesivas bajo la noción de *actos sexuales*, la distinción entre *violencia carnal* y *actos libidinosos* tiende a reaparecer en la aplicación de la atenuante especial prevista para los "casos de menor gravedad" (art. 609 bis, c. 3).

Efectivamente, el legislador ha previsto una disminución de pena en uno o dos tercios para estos casos, que en realidad se corresponden con los viejos "actos libidinosos". Hay que señalar también que la pena mínima prevista por la nueva normativa para este caso es inferior a la de la antigua: para los actos libidinosos se preveía una pena básica de dos años de reclusión, mientras que los actualmente correspondientes actos sexuales de menor gravedad conllevan una pena de cinco años disminuida en dos tercios, que viene a significar una pena de un año y ocho meses.

2.2. La violencia

En la nueva regulación se ha mantenido también el requisito de la violencia previsto en los antiguos artículos 519 y 521 (*violencia carnal* y *actos libidinosos violentos*). Este elemento, sin embargo, hace ya tiempo que se viene diluyendo en el más vago concepto de "disenso de la víctima" al acto sexual. La doctrina —y más recientemente la jurisprudencia— suele distinguir entre "violencia sexual por coacción" y "violencia sexual por inducción". Más allá de las etiquetas, parece correcto señalar que el denominador común de estos ti-

pos no es la violencia, si no la naturaleza no libre del acto sexual.

2.3. La violencia sexual de grupo (609 octies)

Este tipo, que representa una novedad introducida por la reforma de 1996, suscita algunos problemas de interpretación. Con la previsión de penas más bien altas (de 6 a 12 años de prisión), el legislador no ha descrito con de manera suficiente las conductas punibles aludiendo a una genérica "participación, por parte de varias personas reunidas, en actos de violencia sexual del art. 609 bis". Como consecuencia de ello, surgen dudas respecto a si se debe entender aplicable el artículo 609 bis y pluris en sus distintos grados de participación o si ante tales formas de participación hay que acudir al tipo autónomo del 609 octies, para el que algunos intérpretes requieren un *plus*, como la presencia simultánea y la integración de las conductas.

Aparte de la previsión de una atenuante aplicable en casos de actuación de mínima importancia en la participación o ejecución del delito, no existe correspondencia alguna con el artículo 609 bis por los hechos de menor gravedad. Así, en esta sede se llega a la equiparación de todos los actos sexuales (¡con la consiguiente imposición de una pena mínima de seis años de prisión en todos los casos!).

3. La tutela sexual del menor

La esfera sexual del menor viene protegida a través del tipo de "actos sexuales con menores" (609 quáter) y del de "corrupción de menores", también éstos reformados completamente mediante la Ley de 1996. Su formulación ha sido el resultado de encendidos debates parlamentarios a la hora de delimitar el umbral que separa lo lícito de lo ilícito en la actividad sexual del menor (proponiéndose que sea la edad de 16 años como la de 14 e incluso la de 12 años).

En estos casos, no se trata de la protección de la libertad sexual entendida como libertad de disposición sobre el propio cuerpo, sino que se debe afirmar que el bien jurídico objeto de estos tipos es más bien la integridad físico-psíquica del menor en relación a su esfera sexual, desde el punto de vista de un desarrollo correcto de su sexualidad.

A los efectos de estos delitos, el Código entiende que la frontera de la minoría de edad se sitúa en los 14 años, excepto en los casos de ciertos

delitos cometidos por autores especiales (padres, incluso adoptivos, tutor, etc.) en el que considera que la víctima es menor hasta los 16 años. Por otra parte, no se castiga al autor que a su vez sea también menor de edad, siempre entre éste y su víctima, cuando esta última tenga al menos 13 años cumplidos, haya una diferencia de edad no superior a tres años. En este último caso, a pesar de que el Código señale que la conducta "no será punible", no se está refiriendo ni a una causa de justificación ni a una causa de no punibilidad en sentido estricto, sino más bien a una causa de exención de la culpabilidad, y por ello causa de no reprochabilidad. Se excluye, por tanto, que las relaciones sexuales a esta edad se puedan reconducir a una esfera de plena libertad y licitud.

Para que este artículo sea de aplicación es necesario que no haya existido violencia en su comisión, porque en este caso habría que acudir al artículo 609 bis. En consecuencia, se está suponiendo que el menor de 14 años no goza de una plena y auténtica libertad sexual, y que por ello que su consentimiento al acto sexual resulta irrelevante.

La mención expresa de la de irrelevancia del error sobre la edad de la víctima ha sido especialmente importante y extremadamente criticada: se trata de un caso de responsabilidad objetiva que a pesar de la acción "salvadora" llevada a cabo por el Tribunal Constitucional es de dudosa compatibilidad con el principio de culpabilidad consagrado por el art. 27 de la Constitución italiana.

Por último, la protección de la intangibilidad sexual del menor queda reforzada por el delito de "corrupción de un menor" (art. 609 quinquies), trasladado a este título desde su colocación original en las "ofensas al pudor y al honor sexual". Se prevé también una pena para aquel que realice actos sexuales *en presencia* de un menor. Merece ser mencionada la eliminación de la antigua causa de no punibilidad por el hecho cometido contra un menor "ya moralmente corrompido".

4. La Ley sobre la Pedofilia (Ley 269, de 3 de agosto de 1998)

Poco después de la reforma introducida por la mencionada Ley 66/1996, los delitos contra la libertad sexual se han visto ampliados a través de la Ley sobre la Pedofilia. De manera más exacta, la Ley 269/1998 lleva por título "Normas contra la explotación de la prostitución, la pornografía y el turismo sexual en perjuicio de menores como nuevas formas de esclavitud", y ha introducido en el

Código Penal los artículos 600 bis al 600 septies (la colocación no es casual, ya que el artículo 600 lleva como rúbrica "Reducción a esclavitud").

Esta ley, que expresamente desarrolla la Convención Internacional de los Derechos de la Infancia de la ONU de 1989 y a la declaración final de la Conferencia mundial de Estocolmo sobre la explotación de la infancia con fines comerciales de 1998, aspira idealmente a "salvaguardar el desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral y social" de los menores, aunque de hecho los delitos allí contenidos parecer adolecer de dañosidad concreta para tal bien jurídico.

Las nuevas normas afectan a ámbitos poco homogéneos, aunque todos ellos se caractericen por el común denominador de la minoría de edad de la víctima. Junto con los casos de prostitución de menores (600 bis) se prevén tipos acerca de la pornografía infantil (600 ter) y el llamado "turismo sexual" (600 quáter).

El primer tipo, previsto en el primer párrafo del artículo 600 bis (prostitución de menores), se dirige contra la explotación sexual de los menores, y lleva aparejada la "draconiana" sanción de prisión de 6 a 12 años y multa, que en su límite máximo roza los 155.000 euros. Para encuadrar mejor este delito es oportuno recordar que en Italia la práctica de la prostitución viene regulada en una ley de 1958 que abolió las llamadas "casa de tolerancia". Así, se consideran penalmente (que no civilmente) lícitos los actos sexuales entre cliente y prostituta, pero se prohíbe (severamente) su explotación. Parece, por tanto, que de la nueva ley se desprenda un "cambio de ruta" del legislador en la elección del objeto de protección. Efectivamente, si en la "vieja" Ley de 1958 se protegen el orden y la moralidad pública, con la de 1998 se pretende garantizar que el menor no sufra una lesión en su esfera física y moral a raíz de este tipo de experiencias.

Además, con la Ley de 1998 el legislador se decanta por la valiente opción de castigar al cliente de la prostituta, aunque limitando el castigo a los casos en que ésta tenga una edad comprendida entre los 14 y los 16 años. Pero más allá de sus intenciones, la escasa taxatividad de la norma en la mención a la "realización de actos sexuales" (en lo que surgen los mismos problemas que ante la Ley 66/1996) y la duda acerca de la efectiva "sinalagmaticidad" de su relación con "dinero u otra utilidad económica", insinúan sospechas de inconstitucionalidad.

El segundo delito introducido por la Ley sobre la Pedofilia tiene por objeto la pornografía infantil (600 ter), y prevé penas altísimas para quienes produzcan o comercialicen material pornográfico obtenido de la explotación de me-

nores (prisión de 6 a 12 años y multa por un máximo de casi 260.000 euros), y para quien lo divulgue (prisión de uno a cinco años y multa de hasta un máximo de más de 50.000 euros). También se prevé una pena (de hasta tres años de prisión y 5.164 euros de multa) para quien simplemente posea o se procure, incluso gratuitamente, este tipo de material.

Mediante esta norma se ha introducido un nuevo concepto de "pornografía" (hasta el momento inexistente en el lenguaje del legislador, que siempre ha utilizado la categoría de "obsceno" para indicar lo que según la sensibilidad social ofende el pudor sexual), pero sin definir su envergadura. Parece preferible acoger la tesis restrictiva que limita el ámbito de este concepto a las representaciones sexuales con o sobre el menor, con exclusión de una dimensión simplemente "erótica", que además es la única interpretación que podría justificar penas tan severas. Por otra parte, ha recibido vivas críticas la elección de uso de la sanción penal por la simple posesión de este tipo de material, viéndose en ello más una criminalización del "vicio" que una protección de la víctima "de carne y huesos". De la misma ratio para que esté impregnada la norma que castiga a quien organice o haga propaganda de los llamados viajes de "turismo sexual", ya sean viajes dentro de Italia que con destino al extranjero. El noble intento del legislador de hacer frente a una plaga social contrasta también en este caso con la ineficiencia del dato literal, que dilata enormemente el ámbito de la norma en perjuicio de la taxatividad.

5. La protección de la intimidad de la víctima

La Ley 66/1996 ha previsto también, dentro del Libro Tercero "De las faltas", un tipo específico para la protección de la intimidad de las víctimas de los delitos sexuales (734 bis), que la Ley de 1998 ha extendido expresamente a los casos que en ella se prevén. Este artículo constituye una derogación del derecho a informar recogido en el derecho constitucional de libre manifestación del pensamiento. La ratio de la norma es doble: por un lado, garantizar la seguridad frente a hechos tan traumáticos y, por el otro, estimular a la víctima a denunciar los hechos bajo la garantía de su anonimato.

Notas

1. Traducción de María José Pifarré de Moner, Universidad de Castilla-La Mancha

Nicaragua

Sergio J. Cuarezma Terán
*Catedrático de Derecho Penal y
Criminología de la Universidad Politécnica
de Nicaragua (UPOLI)*

En el pasado año 2002, la cantidad de delitos registrados por la Policía Nacional fue de 93.497, respecto al año 2001 en el que fue de 91.145 delitos registrados. El desempleo (falta de ingreso económico) representa un factor vinculado estrechamente al crecimiento de delitos en Nicaragua, particularmente de los delitos contra el patrimonio. En el año 2002 la cantidad de personas detenidas fue de 40.829, el 46% (18.635) se encontraba en desempleo.

En el año 2002, las víctimas se contabilizaron en 91.979. De 1996 a 2002 suman 507.296 víctimas y 515.942 delitos. De las víctimas de 2002, los hombres representan el 54,8% y las mujeres el 45,2%. Respecto al delito de violación, el 94,2% recayó sobre mujeres, particularmente en mujeres menores de 17 años de edad (57%). El estupro, el 82,7%; los incestos, el 44%; los raptos (figura decimonónica, raptar a una persona con propósitos sexuales), el 82%, y el 59% del delito de abusos deshonestos fue el 59% de víctimas mujeres.

Para enfrentar la creciente criminalidad sexual, el legislador penal nicaragüense reformó los delitos de naturaleza sexual del Código Penal con la Ley 150/1992. Esta Ley reforma algunos delitos (violación, estupro, abusos deshonestos) y crea otros (seducción ilegítima, acoso o chantaje sexual). La Ley 150/1992 se caracteriza por la dureza con que castiga la violación: de 15 a 20 de prisión (el castigo anterior era de 8 a 12 años de prisión). Estos delitos representan, entre la generalidad de las conductas delictivas, un comportamiento criminal complejo y enigmático, ante el cual la función de la pena de prisión es relativa, y en determinados supuestos, ineficaz.

El Capítulo VII, del Libro II del Código Penal, titula sobre "La violación y otras agresiones sexuales". Bajo este capítulo se tipifican la violación, el estupro, la seducción ilegítima, el acoso o chantaje sexual y el rapto. La Ley 150/1996 trajo novedades, pero también desaciertos. Novedades respecto a los sujetos activos de estos delitos que pueden ser cualquier persona y desaciertos respecto a que centra la prevención para estos delitos en el aumento de la sanción. Esto no quiere decir que, en muchos de sus aspectos, algunas figuras no estén empañadas por aspectos morales o éticos, incompatibles con un Derecho penal democrático. Por ejemplo, en el delito de violación el legislador dejó vestigio de la legislación pasada al tutelar particularmente en el supuesto de que a la

mujer casada el sujeto le hace creer que es su marido, "se presume la falta de consentimiento cuando la víctima (...) sea mujer casada o en unión de hecho estable, a quien el violador hace creer que es su marido" (art. 195 Código Penal).

El delito de violación lo comete la persona que "usando la fuerza, la intimidación o cualquier otro medio que prive de voluntad, razón o de sentido a una persona, tenga acceso carnal con ella, o que con propósito sexual introduzca cualquier órgano, instrumento u objeto". La falta de consentimiento se presume cuando la "víctima sea menor de catorce años o cuando sea mujer casada o en unión de hecho estable, a quien el violador hace creer que es su marido". Los autores y víctimas de este delito pueden ser personas de ambos sexos. La pena para la violación es de "15 a 20 años de prisión".

En la reforma de 1992, el legislador estableció una serie de circunstancias agravantes específicas respecto a la persona que comete la violación y de la víctima. Así, considera el art. 195 que son circunstancias agravantes específicas, sin perjuicio de las contenidas en el art. 30 Código Penal, las siguientes:

1. Cuando resultare grave daño en la salud física o mental de la víctima.
2. Cuando el autor fuere pariente de la víctima dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tutor o encargado de su guarda o que esté ligado por matrimonio o unión de hecho con la madre o padre de la víctima.
3. Cuando la víctima sea persona discapacitada física o mentalmente.
4. Cuando existiere entre el autor del delito y la víctima relación de autoridad, dependencia o confianza.
5. Cuando la violación fuere cometida con el concurso de otra u otras personas.
6. Cuando el autor sea portador de una enfermedad grave, transmisible por contacto sexual.
7. Cuando la víctima esté embarazada.
8. Cuando la víctima se encuentre en prisión.
9. Cuando la víctima sea una persona mayor de sesenta años.
10. Cuando el autor y la víctima hubiesen estado unidos en matrimonio o en unión de hecho estable.

Por último, establece que si con motivo o a consecuencia de la violación resultare la muerte de la persona violada, el aborto o la muerte del que está por nacer, se aplicará lo dispuesto en el art. 89 del Código Penal (Concurso real). En cualquier caso en que la víctima sea menor de diez años, independientemente de las circunstancias, se impondrá la pena máxima, 20 años de privación de libertad.

El delito de estupro (art. 196 Código Penal) tiene una conformación singular. El legislador regula este delito sobre la base del Derecho penal de autor. Por una parte, describe la conducta de forma convencional, "comete estupro el que tuviere acceso carnal con otra persona mayor de catorce años y menor de dieciséis, interviniendo engaño" o bien el que "tenga acceso carnal con persona mayor de dieciséis años que no lo hubiere tenido antes, interviniendo engaño". Por otra parte, no remite el tema del engaño a la obligada materia de medios de prueba, sino que comete el grave error de conceptuar el engaño. Para ambos casos, dice el art. 196, "se presume el engaño cuando el hecho fuere mayor de veintiún años, o estuviere casado o en unión de hecho estable". La pena es "prisión de tres a cinco años". La pena se extingue si la víctima se casa con el ofensor o bien le concede el perdón.

La pena se agrava de cuatro a diez años de prisión si el estupro fuera cometido por autoridad pública, ministro de cualquier culto, empleador o superior en el trabajo, tutor, guardador, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la víctima o cuando existiere entre el autor y la víctima relación de autoridad, dependencia, confianza o familiaridad, de hechos o de derecho.

La reforma incorpora la nueva figura de seducción ilegítima (art. 197 Código Penal). Esta figura no es otra que el denominado estupro de prevalimiento. "Comete delito de seducción ilegítima, dice el citado artículo, el que tenga acceso carnal con persona mayor de catorce y menor de dieciocho años, que estuviere bajo autoridad o dependencia, o en relación de confianza o nexo familiar". La descripción incluye a las "autoridades públicas, ministros de cualquier culto, empleador, tutor, guardador, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la víctima". La pena es de dos a cuatro años de prisión.

En este mismo artículo, el legislador penal tipifica el acoso o chantaje sexual. Esta figura se realiza sin consumir el delito de violación o de seducción ilegítima (o estupro de prevalimiento). Es un tipo abierto. "El que somete a una persona a acoso o chantaje con propósitos sexuales, sin consumir el delito de violación o de seducción ilegítima, será penado con uno a dos años de prisión".

Respecto al delito de rapto (art. 198 Código Penal) se describe como la sustracción o retención de una persona en contra de su voluntad con propósitos sexuales y se castiga con pena de prisión de dos a cinco años. "Comete rapto, dice el art. 198 Código Penal, el que con propósitos sexuales sustrae o retiene a una persona contra su

voluntad. El rapto será sancionado con prisión de dos a cinco años". Este delito como el de violación presume la falta de voluntad de la víctima cuando ésta sea menor de catorce años, en cuyo caso la pena será de cuatro a diez años de prisión.

Este hecho se agrava (art. 199 Código Penal) cuando el delito de rapto se "ejecutare con violencia en una persona casada o en unión de hecho estable", la pena a imponerse será la máxima, cinco años de prisión. En el supuesto de que el sujeto "no entregue a la persona raptada o no diere razón o explicación satisfactoria sobre su paradero, su muerte o desaparecimiento" se le sancionará con la pena del delito de homicidio. Si posteriormente apareciere la persona raptada, se procederá a revisar la pena en la forma que corresponde, expresa el citado artículo.

Este artículo establece que si en contexto del rapto se cometiere el delito de violación, estupro, seducción ilegítima, abuso deshonesto, parricidio, homicidio, asesinato, infanticidio, la pena a aplicarse será según las reglas del Concurso real que determina el art. 89 del Código Penal.

Por último, tenemos el "delito de abusos deshonestos" (art. 200 Código Penal). Este delito se comete por la persona que "realice actos lascivos, o lúbricos tocamientos en otra persona, sin su consentimiento, haciendo uso de fuerza, intimidación o cualquier otro medio que la prive de voluntad, de razón o de sentido, sin llegar con ella al acceso carnal o a la penetración establecidos en el art. 195 (delito de violación). Se presume la falta de consentimiento cuando la víctima sea menor de catorce años". (Entre paréntesis es mío). La pena para este delito es de tres a seis años de prisión. La pena será hasta doce años de prisión si concurren las circunstancias agravantes específicas que el art. 195 Código Penal establece.

Panamá

Prof. Dr. Carlos E. Muñoz Pope

I. Introducción

El Código Penal panameño se ocupa de los delitos contra la libertad y pudor sexual en el Título VI del Libro Segundo, que se ocupa "De los delitos" en particular.

En tres diversos capítulos, que tratan sucesivamente de la "violación, estupro, abusos deshonestos y acoso sexual", "rapto" y "corrupción, proxenetismo y rufianismo", el legislador se ocupa de

las figuras delictivas en cuestión, siguiendo los mismos lineamientos propuestos originalmente por el Proyecto de 1970, texto básico del que procede el Código Penal vigente.

La regulación de estos delitos supone en nuestro ordenamiento una modificación en la denominación del mismo título, pues en el Código Penal anterior, de 1922, estos delitos estaban descritos bajo la rúbrica "Delitos contra las buenas costumbres" y era evidente que dicha denominación era ambigua y carecía de sustento o verdadera fundamentación, como bien anotaba para aquella época BUSTOS RAMÍREZ en un trabajo sobre el estupro.

A partir del Código Penal actual, vigente desde marzo de 1983, se han introducido algunas modificaciones al título sobre delitos contra la libertad y pudor sexual. Por una parte, para modificar la estructura del delito de violación y aumentar la pena del mismo y la pena de la mayoría de los delitos incorporados a dicho título; por otra parte, para introducir al texto del Código el nuevo delito de acoso sexual, vigente desde julio de 2001.

II. Los diferentes tipos penales

Como es frecuente en Panamá, las reformas penales se producen de forma coyuntural sin tomar en cuenta la normativa vigente o el bien jurídico protegido por cada delito.

En materia de violación, nuestro legislador ha sido muy desafortunado y ha modificado este delito de forma desacertada y sin tomar en cuenta las penas existentes en la violación agravada.

La figura básica de violación, que tiene pena que oscila entre tres y diez años de prisión, castiga a "quien tenga acceso sexual con persona de uno u otro sexo, utilizando sus órganos genitales y otras partes de su cuerpo, o introduciendo cualquier objeto en los genitales, boca o en el ano de la víctima, en los siguientes casos: 1. cuando se use violencia o intimidación; 2. cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad física o mental o por cualquier otra causa no pueda resistir; 3. cuando la víctima se encuentre detenida o presa y conferida al culpable para su vigilancia o conducirla de un lugar a otro; y, 4. con persona de uno u otro sexo que no hubiere cumplido 14 años, aunque no concurra ninguna de las circunstancias expresadas anteriormente".

Es evidente que de la lectura del texto anterior se aprecia una deficiente y desafortunada regulación de la acción básica que se quiere incriminar, pues la normativa confunde la violación con otras formas de agresiones sexuales que no deben confundirse

La poca técnica legislativa del artículo antes mencionado se combina con la ignorancia del legislador al incriminar como violación agravada, con una pena que va de cinco a diez años de prisión, sin tomar en cuenta que la pena máxima de la figura básica ya es diez años de prisión, el acceso sexual: "1. cuando con motivo de la violación resulte un grave daño en la salud de la víctima; 2. si los hechos fueren perpetrados por un ascendiente, tutor o curador; 3. que se cometa con abuso de autoridad o de confianza; y, 4. que se cometa con el concurso de dos o más personas"

Aunque la agravante del numeral 1 antes transcrito pareciera fundar una responsabilidad objetiva, que parecer ser la intención del legislador, no debemos olvidar que el art. 30 del mismo Código exige que en los delitos donde se castigue un resultado adicional es preciso que en la producción del mismo haya dolo o al menos culpa en el actuar del sujeto activo.

El estupro ha sido regulado, como es tradicional, a partir del "acceso carnal", expresión que antes también utilizaba el Código en la violación, con mujer doncella mayor de 14 y menor de 18 años, siempre que la ofendida haya consentido el acceso en cuestión. La pena en el estupro es de uno a tres años de prisión.

Dicha pena se agrava, sin embargo, cuando media promesa de matrimonio, o si el hecho lo comete un pariente, ministro de culto que la víctima profese, tutor, maestro o encargado, por cualquier título, de la educación, guarda o crianza de la víctima, por lo que la pena puede aumentarse hasta el doble.

En materia de abusos deshonestos, inexplicablemente sólo se castiga a "quien sin la finalidad de lograr acceso carnal ejecute actos libidinosos en perjuicio de una persona, de uno u otro sexo, mediante violencia o intimidación o cuando la víctima no hubiese cumplido 14 años o no hubiese podido resistir, será sancionado con prisión de tres a cinco años". Si concurre alguna de las agravantes del estupro, la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.

El nuevo delito de acoso sexual, introducido en el 2001, castiga a "quien por motivaciones sexuales y abusando de su posición hostigue a una persona de uno u otro sexo, será sancionado con pena de prisión de uno a tres años".

Es encomiable a incorporación de esta nueva figura delictiva, pero la misma ha sido prevista con una formulación ambigua y deficiente, pues no basta hostigar a la víctima por motivaciones sexuales si dichas motivaciones no van orientadas al acceso carnal con la misma o, al menos, a la consumación de otro delito contra la libertad y el pudor sexual.

A propósito del rapto (Capítulo II), la normativa vigente también es desafortunada, pues se incrimina con pena de uno a tres años el rapto de una persona, y luego con pena de seis meses a tres años el rapto de una persona mayor de 12 años y menor de 15 cuando hay consentimiento de la víctima.

ada vez que el legislador no consulta a los especialistas se producen estas inconsistencias, que en materia penal son desde todo punto de vista inaceptables.

El Código permite una atenuante cuando se restituye a la víctima sin llevar a cabo acto sexual alguno con ella, y una eximente de responsabilidad, cuando existe matrimonio entre la víctima y el ofensor.

Respecto de la corrupción, proxenetismo y rufianismo (Capítulo III), el Código incluye el delito de corrupción de menores cuando se corrompe o facilita la corrupción de un menor de 18 años, practicando con dicho menor un acto impúdico o induciéndolo a practicarlo o presenciarlo con pena de dos a cuatro años de prisión.

Existe una agravación de pena para este delito, que permite castigar con un aumento del tercio hasta la mitad, cuando: 1. la víctima fuere menor de 12 años; 2. si el hecho fuere ejecutado con propósitos de lucro; 3. si el hecho fuere ejecutado por medio de engaño, violencia, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coacción; y, 4. si el autor fuere pariente cercano, tutor o encargado de la educación, dirección, guarda o custodia de la víctima.

En lo que respecta al proxenetismo, se castiga con prisión de dos a cuatro años a "quien con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos, promueva o facilite la prostitución de personas de uno u otro sexo". La pena anterior se aumenta de tres a cinco años de prisión: 1. si la víctima es mujer menor de 12 años o varón que no haya cumplido 14 años; 2. cuando medie engaño, violencia abuso de autoridad o cualquier medio de intimidación o coacción; 3. cuando lo cometan los parientes cercanos de la víctima o el tutor, curador o cualquier persona a quien se le haya confiado la guarda o custodia por razones familiares, de vigilancia, educación o instrucción; y, 4. cuando el autor fuere delincuente habitual o profesional en estos delitos.

Finalmente, en materia de rufianismo se incrimina el hacerse mantener, aunque fuera parcialmente, por persona que ejerza la prostitución (dos a cuatro años de prisión), y el hecho de promover o facilitar la entrada o salida del país de una persona para que ejerza la prostitución se castiga con la pena antes indicada.

En caso de concurrir alguna de las circunstancias antes mencionadas a propósito de la corrupción de menores, la pena se aumentará hasta seis

años de prisión al promover o facilitar la entrada o salida del país de personas para que ejerzan la prostitución, empero olvidó el legislador aumentar el mínimo en esta agravante, que sigue siendo igual al mínimo de la figura simple.

III. Conclusiones

Las anteriores consideraciones ponen de manifiesto que tenemos una legislación muy defectuosa en esta materia, pues cada vez que introducimos modificaciones se olvidan del resto de la normativa vigente, y ello produce situaciones como las expuestas anteriormente.

A pesar de ser uno de los pocos países que tiene el acoso sexual como delito, la deficiente regulación del mismo lo hace inoperante.

Aunque existe delito de rufianismo, que bien podría desaparecer, existen negocios organizados con licencia comercial que se dedican a tales actividades.

Perú

Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga
Catedrático de Derecho Penal
Pontificia Universidad Católica del Perú

1. Aspectos criminológicos

Tradicionalmente los delitos contra libertad sexual han ocupado un lugar destacado en las estadísticas nacionales de criminalidad, siendo los delitos de violación de mujeres y de menores de edad los que han alcanzado los mayores registros de frecuencia.

Con relación a esta grave realidad de la delincuencia sexual en el país, se han desarrollado importantes investigaciones criminológicas y victimológicas. En todas ellas se pone de relieve el alto grado de vulnerabilidad que proyectan las víctimas de este tipo de agresiones. Es así, por ejemplo, que en un informe publicado en mayo de 2002 se precisaba que: "Un importante número de mujeres, desde los 15 años de edad, ha sufrido violencia física y sexual por parte de otras personas distintas de su pareja, lo que se añade al entorno de violencia con la que cotidianamente las mujeres conviven y han convivido a lo largo de su vida. De esta manera, del total de mujeres encuestadas, el 28,4% en Lima y el 31,9% en Cusco han sufrido violencia física a partir de los 15 años, por parte de alguna persona distinta de la pareja. Por otro lado,

del total de mujeres, el 10,3% en Lima y el 11,3% en Cusco han experimentado violencia sexual". (Ana GÜEZMES, Nancy PALOMINO y Miguel RAMOS. *Violencia sexual y física contra las mujeres en el Perú*. Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán-Universidad Cayetano Heredia-Organización Mundial de la Salud, Lima, 2002, p. 68).

Es interesante destacar que en el perfil del agresor sexual que proyectan las víctimas en el citado informe se señala que: "Respecto de la violencia sexual, ésta es mayormente cometida por el enamorado o novio (30,9% en Cusco y 31,7% en Lima), pero también por parte de desconocidos (28,3% en Lima y 26,1% en Cusco). La presencia de otros miembros del entorno familiar (otro familiar masculino y algún amigo de la familia) también aparece de manera importante en la violencia sexual" (ob. cit., p. 70).

En otra investigación realizada en 1995 sobre indicadores de criminalidad sexual, se puso de relieve la prevalencia de los delitos de violación de mujeres en las estadísticas judiciales. En dicho estudio se reveló, entre otros datos significativos, que los casos por delitos de violación sexual representaron el 47% de los procesos que fueron conocidos por la Corte Suprema entre 1980 y 1992 (*Indicadores de criminalidad sexual. Lo que se puede saber*. DEMUS. Lima, 1995).

Resulta también relevante la información obtenida sobre la operatividad de las agencias penales frente a la persecución y sanción de los delitos de violación. Los estudios realizados al respecto presentan un cuadro dramático que refleja una actitud tolerante, discriminatoria, formalista y poco sensible frente a la víctima. En este nivel, el proceso negativo de la "doble victimización" resulta ser una lamentable constante (cfr. Iván MONTAÑA VIVANCO. "Discriminación y aplicación discriminatoria del Derecho Penal en los delitos contra la libertad sexual e infracciones penales contra la integridad corporal", en *Discriminación sexual y aplicación de la Ley*. Volumen IV. Defensoría del Pueblo. Lima, 2000, pp. 49 y ss). Al respecto JO LAOS sostiene que: "Son muchos los factores que coadyuvan a que en la mayoría de los casos, ante la insuficiencia probatoria, se emitan sentencias absolutorias, ello por falta de acopio de evidencias de la comisión del delito y su autor con la inmediatez del caso, dada la naturaleza del tipo penal en comento; sin embargo, debemos tener en cuenta que este tipo de delito no es de aquel que suela tener testigos o pruebas que corroboren la sola inculpativa de la agraviada... que, además, subsiste por parte de los operadores del sistema de justicia la discriminación de género contra mujeres víctimas de violación sexual, ante las ideas estereotipadas sobre varones y mujeres, sexualidad,

vínculos afectivos y violencia, que concede escaso valor a la palabra femenina como sustento de una imputación, hay pues desvalorización del dicho de la agraviada..." (María Elena JO LAOS. "¿Existe doble victimización de las agraviadas por violencia sexual?", en *Revista de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima*, núm. 4, 2002. Palestra Editores. Lima, 2002, p. 32). De igual parecer es Abraham SILES VALLEJOS, quien luego de un exhaustivo análisis de contenido de los documentos judiciales obrantes en 30 expedientes por delitos de violación, concluye denunciando que: "En general, el sistema de justicia parece conceder escasa importancia a los delitos de agresión sexual, según es de ver en las gruesas deficiencias que afectan su desempeño profesional y, especialmente, en las penas solicitadas por los representantes del Ministerio Público e impuestas por la magistratura, las cuales a menudo son leves, están por debajo del mínimo legalmente establecido o cumplen una función más bien declarativa o 'simbólica', pues permiten la inmediata excarcelación de los autores del delito, configurando de ese modo cuadros de impunidad *de iure*. Asimismo, se constata que los representantes del Ministerio Público se abstienen de impugnar las sentencias expedidas por jueces y tribunales, aunque en tales sentencias se haya resuelto de manera diferente a la solicitada en las acusaciones y requisitorias de los fiscales" (Abraham SILES VALLEJOS. *Con el solo dicho de la agraviada: ¿Es discriminatoria la justicia en procesos por violación sexual de mujeres?*).

Finalmente, constituye también un indicador de la criminalidad sexual en el Perú el escaso arrepentimiento y hasta justificación que expresan los agresores frente al delito cometido. En un sistema de entrevistas realizadas a procesados por delitos de violación, los entrevistados daban explicaciones a su proceder ilícito que demostraban una escasa conciencia de la magnitud del daño ocasionado a la víctima. Así, por ejemplo, se referían a su conducta con las siguientes frases: "Yo actuaba como varón solamente"; "Yo intenté violarla..., pero no pasó nada"; "En el certificado decía violación antigua"; "Yo ni siquiera sabía que era retrasada mental" (cfr. Rafael LEÓN y Marga STAHR. *Yo actuaba como varón solamente*. DEMUS. Lima, 1995).

2. Antecedentes normativos

Según TRIMBORN, desde el incanato el tratamiento penal de los delitos sexuales ha sido drástico y represivo: "En cuanto al Perú parece inverosímil que la violación de una doncella hubiese estado exenta de penalidad si ambos se casaban... Pero, en cambio, podemos confiar seguramente

en el dato comunicado por ANÓNIMO Y COBO diciendo que la violación se castigaba con lapidación (sin consecuencia de muerte) y que sólo al reincidente se le castigaba con la muerte, tal vez en la horca. En los casos de violación de una mujer casada sólo se castigaba a la parte activa con la muerte en la horca, absorbiendo la pena impuesta al adulterio la penalidad más leve correspondiente a la violación, mientras que la parte pasiva gozaba de inmunidad por ausencia de la intención dolosa de ella" (Hermann TRIMBORN. *El delito en las altas culturas americanas*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1968, p. 81).

En la República, el marco legal punitivo de los delitos sexuales se elaboró vinculando criterios morales con necesidades de superación de coyunturas de inseguridad ciudadana. Es así, por ejemplo, que los delitos sexuales se organizaron en el Código Penal de 1924, bajo la denominación de "Delitos contra las buenas costumbres". Esta nomenclatura fue consecuencia de la influencia del Derecho Penal suizo que sirvió de fuente al proyectista nacional Víctor Maúrtua. El cual, siguiendo también la sistemática de los proyectos helvéticos de 1916 y 1918, organizó dos grupos de infracciones: "Los delitos contra la libertad y el honor sexual" (arts. 196 a 205) y "Los delitos de corrupción" (arts. 206 a 211). Estos últimos criminalizaban conductas sexuales provocadoras relacionadas con el proxenetismo y la pornografía.

Ahora bien, al margen de lo equívoco de la denominación asignada al bien jurídico, y que la doctrina entendió como un "comportamiento humano de signo sexual, inescindiblemente unido a la moral y al interés público" (Luis E. ROY FREYRE. *Derecho Penal peruano*. Tomo II. Parte Especial. Instituto de Ciencias Penales. Lima, 1975, pp. 19 y 20), la principal característica de esta regulación penal fue su constante vulnerabilidad a los objetivos simbólicos de la política criminal del Estado. En efecto, el impacto psicosocial de inseguridad ciudadana que proyectaba la comisión de delitos contra la libertad sexual, particularmente la violación de menores, determinó, a lo largo de la vigencia del código Maúrtua, que tal ilícito llegase a ser sancionado con la pena de muerte o con penas privativas de libertad indeterminadas como el internamiento.

Otros rasgos característicos del Derecho Penal en este período fueron la protección sexual discriminada de la mujer frente al hombre, este último, por ejemplo, no podía ser sujeto pasivo de un delito de violación (*cf.* art. 196). Igualmente, la ley diferenciaba la tutela penal para la mujer casada, la que sólo podía ser violada "fuera del matrimonio". Por último, el delito de seducción o estupro no violento exigía que la víctima debía exhibir una "conducta irreprochable".

El Código de 1924 consideró, además, como causal de exclusión de pena o de extinción de la acción penal en los delitos sexuales el "matrimonio subsiguiente" entre el autor y la víctima (*cf.* art. 118, Inc. 2.º; art. 204).

Durante el proceso de Reforma Penal acaecido entre 1984 y 1991, la problemática normativa y político-criminal de los delitos contra la libertad sexual trató de ser abordada en función de los cambios producidos en el derecho extranjero. En ese contexto, pues, se planteó la modificación de la denominación genérica del *nome juris* del sistema delictivo para hacerlo afín al bien jurídico tutelado. Es así que empieza a utilizarse como expresión sustitutiva de "buenas costumbres" la más ideográfica de "violación de la libertad sexual". También se separan de estos delitos las conductas provocadoras, las cuales, sin embargo, no logran ser despenalizadas. Es más, contradiciendo el sentido tuitivo de los delitos contra la libertad, los Proyectos de 1990 y 1991 deciden mantener, bajo dicho epígrafe, aunque en capítulos autónomos, a los delitos contra la libertad sexual, los delitos de proxenetismo y de ofensas al pudor público (*cf.* Proyecto de 1990, arts. 147 y ss; Proyecto de 1991, arts. 147 y ss).

No obstante, los cambios más relevantes que promovió el proceso reformista se relacionaron con la igualdad en el tratamiento penal de los actos contra la libertad sexual de toda persona, sin distinción de género. Asimismo, se criminalizó la violación sexual dentro del matrimonio y las penas conminadas adquirieron una relativa proporcionalidad. Lamentablemente, el legislador construyó una rara y poco práctica fórmula para mantener la criminalización del estupro no violento (*cf.* Proyecto de 1990, art. 142; Proyecto de 1991, art. 145).

En síntesis, pues, la Reforma Penal de 1984-1991 ayudó poco a una transformación real del Derecho Penal sexual nacional. Prototipo de esta oportunidad perdida fue el mantenimiento de una concepción restrictiva sobre la violación sexual la cual involucraba únicamente como conductas típicas el coito violento por vaginal violento y por vía anal. Este último supuesto surgía en base a la interpretación doctrinaria y jurisprudencial tradicionales de la expresión "acto sexual u otro análogo".

3. Legislación penal vigente

3.1. Delitos y penas

En el Código Penal de 1991, los delitos que estamos comentando se encuentran tipificados en el Capítulo IX, del Título IV ("Delitos contra la liber-

tad”), del Libro Segundo, que comprende los artículos 170 a 178 A) (sobre las características y tipos penales de este sistema de delitos, véase: Iván NOGUERA RAMOS. *Delitos contra la libertad sexual*. Editorial Portocarrero. Lima, 1995). Siguiendo lo propuesto en los Proyectos de Código Penal de 1990 y 1991, el legislador nacional agrupó a estas infracciones bajo la nominación común de “Violación de la libertad sexual”.

Ahora bien, la morfología delictiva es amplia. Ella comprende delitos de violación y también otras conductas sexuales antijurídicas, que se estiman afines, como los actos contra el pudor y el estupro no violento.

Las hipótesis delictivas previstas son las siguientes:

- Violación de persona mayor de edad (art. 170).
- Violación de persona puesta en incapacidad de resistencia (art. 171).
- Violación de persona en estado de incapacidad de resistir (art. 172).
- Violación de persona menor de edad (art. 173).
- Violación por prevalimiento (art. 174).
- Estupro fraudulento (art. 175).
- Atentado contra el pudor de persona mayor de edad (art. 176).
- Atentado contra el pudor de persona menor de edad [art. 176 A)].

La penalidad de estos delitos es muy severa y comprende penas privativas de libertad temporales que fluctúan entre dos a treinta años. Sin embargo, en los casos de violación de menores de siete años de edad, la pena privativa de libertad es de *cadena perpetua* (sobre las características típicas de cada figura delictiva, véase: Iván NOGUERA RAMOS. *Delitos contra la libertad sexual*. Editorial Portocarrero. Lima, 1995).

En el caso de delito de violación por prevalimiento, la ley contempla como pena conjunta a la privativa de libertad la inhabilitación hasta por cuatro años.

El legislador nacional ha incorporado también en el Capítulo IX circunstancias agravantes por la vinculación con la víctima (*cf.* art. 173 *in fine*) o cuando se produce un resultado preterintencional de muerte o lesiones graves; y cuando el agente realizó actos de crueldad (*cf.* arts. 173 y 177).

3.2. Problemas jurisprudenciales detectados

El principal problema de interpretación que afronta la jurisprudencia nacional en materia de delitos contra la libertad sexual, se vincula con el alcance que se otorga a la expresión “acto sexual u otro análogo”. Tradicionalmente, la doc-

trina y la praxis judicial han asignado a esta expresión el significado de coito por vía anal (*cf.* Luis Alberto BRAMONT-ARIAS TORRES y María del Carmen GARCÍA CANTIZANO. *Manual de Derecho Penal*. Parte Especial. 3ª edición. Editorial San Marcos. Lima, 1997, p. 235).

Para muchos esa opción hermenéutica deviene en restrictiva y perjudicial para los intereses de la víctima, la cual no siempre sufre una penetración peniana, sino que es sometida a la introducción de simuladores (penes de látex, picos de botella, palos, etc.). Igualmente, se cuestiona que dicho criterio jurisprudencial impide considerar como violación la introducción del órgano genital masculino en la cavidad bucal del agraviado.

De allí, pues, que, en el presente, un sector minoritario de la jurisprudencia venga sosteniendo que la expresión acto análogo debe abarcar todo acto que tenga un contenido sexual y atente contra la libertad y dignidad sexual del sujeto pasivo. Esto es, que tales conductas (introducción de objetos o la práctica violenta del coito oral) sean también consideradas como delito de violación. Resulta coherente con esta tendencia la opinión de MONTROYA VIVANCO quien luego de revisar la línea jurisprudencial predominante sostiene que: “El problema en este punto no es de valoración probatoria, sino de establecer dogmáticamente si el acto sexual oral (*fellatio*) constituye (al menos) un acto análogo al acto sexual (entendido como violación sexual vaginal). Desde una perspectiva del bien jurídico, esto es libertad sexual o aseguramiento de la libertad sexual potencial (indemnidad), no encontramos impedimento alguno para considerar estos excesos como actos análogos al acto sexual” (ob. cit., p. 64).

También resulta preocupante la línea jurisprudencial que interpreta el delito de violación únicamente como *penetración*, excluyendo de la tipicidad a los actos de “*compenetración*”. El siguiente pasaje de una sentencia de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Callao grafica esta tendencia: “... el colegiado considera que para que exista el delito de violación sexual, sea de una mujer sea de un varón, se requiere necesariamente que haya habido acceso carnal, introducción del órgano sexual masculino en la vagina de la mujer o en el ano, que es lo que el Código Penal considera como acto análogo, cosa que no se ha producido en el presente caso, conforme lo acreditan los certificados médicos legales obrantes en autos, por cuanto el sujeto activo ha sido precisamente el agraviado, y el sujeto pasivo el acusado homosexual pasivo confeso, en la relación sexual habida

entre acusado y agraviado" (Expediente núm. 476-97. Citado por Iván MONTOYA VIVANCO. Ob. cit., p. 63). Esta posición judicial afecta los alcances de protección del bien jurídico, al relegar la tipicidad del delito al componente físico de la relación sexual.

3.3. Normas complementarias

El Código Penal incluye normas complementarias vinculadas a los delitos contra la libertad sexual. Es así que el artículo 178 refuerza la obligación civil que tiene el autor del delito de atender los alimentos de la prole que hubiese generado su conducta delictiva. Por su parte, el artículo 178 A) dispone la necesidad de aplicar un tratamiento psicológico al condenado como autor de un delito contra la libertad sexual. Este artículo, además, condiciona la concesión de beneficios penitenciarios (semilibertad, liberación condicional o indulto) a un informe "médico y psicológico que se pronuncie sobre la evolución del tratamiento terapéutico".

En el ámbito procesal es de resaltar que la Ley 27056, promulgada en enero de 1999 (art. 2), modificó el artículo 143 del Código de Procedimientos Penales, para evitar la "doble victimización" de los menores de edad agraviados por un delito contra la libertad sexual. En ese sentido, por ejemplo, se estableció que "La confrontación entre el presunto autor y la víctima procederá si es que ésta fuese mayor de 14 años de edad".

Cabe señalar que en febrero de 2003 se promulgó la Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual (Ley 27942). Como lo expone su artículo 1, la norma citada tiene como finalidad "prevenir y sancionar el hostigamiento sexual producido en las relaciones de autoridad o dependencia, cualquiera que sea la forma jurídica de esta relación". Se trata, pues, de una ley que establece sanciones administrativas para quienes realicen acoso sexual. De esta manera el legislador peruano ha decidido no criminalizar tales actos como un delito específico, tal como ocurre en el Derecho Penal español (*cfr.* CPE, art. 184).

Es muy complejo el concepto de hostigamiento sexual que define el artículo 4 de la ley. Según esta disposición: "El hostigamiento sexual típico o chantaje sexual consiste en la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual no deseada y/o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad, así como sus derechos fundamentales".

Polonia

Prof. Dra. Bárbara Kunicka-Michalska
Instituto de Ciencias Jurídicas
de la Academia de Ciencias de Polonia
Varsovia

1. En el Código Penal polaco de 1997, los delitos contra la libertad sexual están agrupados en el Capítulo XXV titulado "Los delitos contra la libertad sexual y las buenas costumbres". El capítulo comprende los siguientes delitos:

a) El delito de violación, definido por el artículo 197 del Código Penal que puede tener tres variantes. La variante fundamental contempla el sometimiento de otra persona, con ayuda de la fuerza, la amenaza ilegal o el engaño, a un ayuntamiento sexual. Este acto es castigado con una pena de un año hasta diez años de privación de la libertad (art. 197, apdo. 1 del CP). La segunda variante es la privilegiada, ya que se castiga con una pena inferior (desde tres meses hasta cinco años de privación de la libertad). Consiste en que el autor del delito lo comete obligando a la víctima, con los mismos medios, la fuerza, la amenaza ilegal o el engaño, a someterse a otro acto sexual que no es el ayuntamiento o a ejecutar otro acto sexual (art. 197, apdo. 2 del CP). La tercera variante del delito es su versión grave, castigada con penas superiores que la variante básica, es decir, con penas de dos a 12 años de privación de la libertad. Esa variante grave de la violación tiene lugar cuando el delincuente comete la violación (en su primera o segunda variante), actuando con singular crueldad o juntamente con otra persona. El Código Penal polaco no define la noción "crueldad singular". En la doctrina y la jurisprudencia se admite que la "crueldad singular" tiene lugar cuando el acto comprende un gran nivel de violencia, de brutalidad, cuando el autor se ensaña con la víctima o aplica métodos de actuación drásticos, por ejemplo actúa durante largo tiempo o múltiples veces o causa lesiones corporales a la víctima o comete la violación en presencia de personas próximas a la víctima. La violación de un niño es tratada como una violación con crueldad singular. En lo que concierne a la violación cometida juntamente con otra persona, basta que se cometa con otro sujeto más y no como en el contexto del Código Penal anterior cuando eran necesarios tres sujetos.

b) En el artículo 198 del Código Penal se contempla el delito del abuso sexual cometido con una persona indefensa o carente de lucidez mental. Se considera autor de ese delito a la persona que conduce a otra al ayuntamiento sexual o a su sometimiento a otro acto sexual o a la ejecución de ese otro acto sexual y lo hace aprovechando su

indefensión de la víctima o su incapacidad para discernir el significado del acto o para guiar su comportamiento, incapacidades derivadas de su deficiencia mental o de su enfermedad psíquica. La comisión de un acto semejante está castigada por el CP polaco con la privación de la libertad desde seis meses hasta ocho años.

c) El siguiente acto delictivo relacionado con la sexualidad consiste en conducir a otra persona al ayuntamiento sexual o al sometimiento a otro acto sexual o a la ejecución de ese otro acto mediante el abuso de las relaciones de dependencia o de una situación crítica de la víctima (art. 199 del CP). Ese acto está castigado con una pena de privación de la libertad de hasta tres años.

d) La conducción de un menor de 15 años a un ayuntamiento sexual o su sometimiento a otro acto sexual o a la ejecución de otro acto sexual está castigada por el CP polaco con la privación de la libertad desde un año hasta diez (art. 200, apdo. 1 del CP). El mismo castigo se prevé para aquel que registre contenidos pornográficos con la participación de un menor de 15 años (art. 200, apdo. 2 del CP).

e) El delito del ayuntamiento sexual con los familiares más cercanos está comprendido en el artículo 201 del CP. La citada norma castiga las relaciones sexuales con los ascendentes, descendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermano o hermana (la pena de privación de la libertad es de tres meses a cinco años).

f) El artículo 202 del CP contempla la pornografía.

— En primer lugar, se castiga la presentación pública de contenidos pornográficos, cuando esa presentación puede ser impuesta a una persona que no la desea (se prevé como castigo, a elección, la multa, la limitación de la libertad y la privación de la libertad hasta un año) (art. 200, apdo. 1 del CP). Como se ve en esa forma del acto delictivo, el autor solamente es castigado cuando la presentación pública de la pornografía puede ser impuesta a una persona que no la desea (el principio de la "libertad de elección").

— En segundo lugar, se castiga la presentación de contenidos pornográficos a menores de 15 años, independientemente de que deseen o no esa presentación. Se castiga de la misma manera también la facilitación del acceso de un menor de 15 años a objetos de carácter pornográfico (art. 200, apdo. 2 del CP). El acto está castigado con la pena, a elección, de la multa, la limitación de la libertad o de privación de la libertad de hasta dos años.

— En tercer lugar, se trata con mayor severidad la responsabilidad penal en el caso de la pornografía dura. Se trata de los contenidos pornográfi-

cos con la participación de menores de menos de 15 años o en relación con el empleo de la violencia o cuando se utilizan animales. En los casos de esos contenidos pornográficos se castiga su producción realizada para divulgarla, su suministro o su divulgación. Se prevén penas de privación de la libertad desde tres meses hasta cinco años.

El Código Penal polaco no define la noción "pornografía" ni la noción "contenidos pornográficos".

g) Otro delito es el acto de obligar a otra persona a prostituirse, previsto por el art. 203 del CP. El delito consiste en obligar a otra persona a ejercer la prostitución, si el autor emplea con ese fin la fuerza, la amenaza ilegal o el engaño o aprovecha la relación de dependencia o una situación crítica. El delito se castiga con penas de privación de la libertad de uno a diez años.

h) El art. 204 comprende los delitos de proxenetismo, de la facilitación de la prostitución y del secuestro ejecutado para obligar a la víctima a prostituirse.

— El individuo que insta a otra persona a ejercer la prostitución, si lo hace para conseguir beneficios materiales o facilita el ejercicio de la prostitución actuando con el mismo fin (art. 204, apdo. 1 del CP), es castigado con penas de privación de la libertad de hasta tres años.

— La misma pena se prevé para la persona que percibe beneficios materiales del ejercicio de la prostitución por otra persona.

— Una pena más severa, de uno a diez años de privación de la libertad, se aplica a los casos de proxenetismo y de facilitación de la prostitución cuando la víctima es un menor de edad (por lo general, menos de 18 años) (art. 204, apdo. 3 del CP).

— El individuo que, con el engaño o el secuestro, saca a su víctima al extranjero para obligarla a ejercer la prostitución es castigado con penas de privación de la libertad de uno a diez años (art. 204, apdo. 4 del CP).

2. Los delitos contra la libertad sexual son perseguidos de oficio o por denuncia del interesado, según el tipo de delito. Los delitos relacionados con la violación, comentados en el punto 1 a) son perseguidos sobre la base de la denuncia presentada por la persona perjudicada. También son perseguidos por denuncia de la persona perjudicada los delitos del punto 1 b) (con la excepción de los casos en los que el estado de la persona perjudicada es producto de trastornos psíquicos continuos), así como el delito comentado en el punto 1 c). Los demás delitos contra la libertad sexual y las buenas costumbres son perseguidos de oficio (art. 205 del CP).

3. En los proyectos de enmienda del Código Penal se prevé la introducción de cambios en el tratamiento de los delitos comentados. Merecen singular atención las proposiciones contenidas por el llamado proyecto presidencial de cambios del Código Penal, cuyo objetivo es aumentar la protección de los niños (hasta los 15 años) ante el material pornográfico distribuido, principalmente, a través de las redes informáticas. Se hace referencia, asimismo, a las normas del derecho internacional, ya que se propone la ampliación de la penalización prevista por el art. 202, apdo. 3 del CP, entre otros, protegiendo a los menores, también los que tienen más de 15 años (por lo regular hasta los 18 años). En el llamado "proyecto cívico" del CP se propone también el fortalecimiento de la protección del menor de edad y, asimismo, una agravación importante de las penas impuestas por los delitos contra la libertad sexual.

4. Los delitos sexuales son analizados en Polonia en muchos trabajos científicos¹.

Una novedad, como el objeto de las publicaciones científicas, son los delitos contra la libertad sexual cometidos con ayuda de modernas tecnologías informáticas (Internet), en particular la propagación de pornografía infantil. Eso se relaciona, entre otros, con la firma por parte de Polonia, en noviembre de 2001, de la Convención del Consejo de Europa relativa a la ciberdelincuencia, en la que se contempla la pornografía infantil².

5. Polonia tiene firmados muchos tratados internacionales. En lo que concierne a los documentos internacionales más recientes, relacionados con el tema abordado, además de la Convención del Consejo de Europa sobre la ciberdelincuencia, merece la pena indicar también que el 13 de febrero del 2002 Polonia firmó el Protocolo Adicional de la Convención sobre los Derechos del Niño, concerniente a la venta de niños, a la prostitución infantil y a la pornografía infantil de 25 de mayo de 2000. En Polonia se conoce, asimismo, el Comunicado de la Comisión Europea sobre la lucha contra la trata de personas y sobre la lucha contra el abuso sexual de los niños, así como contra la pornografía infantil (COM/2000/854 final/2).

Notas

1. Entre los trabajos principales, véanse: M. FILAR, *Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym (Delitos sexuales en el Derecho polaco)*, Toruń, 1985; M. FILAR, "Przestępstwa seksualne w nowym KK" ("Delitos sexuales en el nuevo CP"), en *Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze, z. 2, Warszawa, 1997 (Nueva codificación penal. Breve comentario, núm. 2, Var-*

sovia, 1997); J. WARYLEWSKI, *Przestępstwa seksualne (Delitos sexuales)*, wyd. Uniwersytet Gdański (ed. Universidad de Gdańsk), Gdańsk, 2001; J. WARYLEWSKI, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Rozdział XXV Kodeksu karnego. Komentarz (Delitos contra la libertad sexual y las buenas costumbres. Capítulo XXV del Código Penal, Comentario)*, C. H. Beck, Warszawa (Varsovia), 2001; J. WOJCIECHOWSKA, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności (Capítulo XXV. Delitos contra la libertad sexual y las buenas costumbres)*, en B. KUNICKA-MICHALSKA, J. WOJCIECHOWSKA, *Przestępstwa przeciwko wolności, wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obyczajności oraz czci i nietykalności cielesnej. Rozdziały XXIII, XXIV, XXV i XXVII Kodeksu karnego, Komentarz (Delitos contra la libertad, la libertad de conciencia y de religión, contra la libertad sexual y las buenas costumbres, así como contra el honor y la intangibilidad corporal, Capítulos XXIII, XXIV, XXV i XXVII del Código Penal. Comentario)* C. H. Beck, Warszawa (Varsovia), 2001, pp. 89 y ss.

2. Véase, en particular, A. ADAMSKI, *Przestępczość w cyberprzestrzeni. Prawne środki przeciwdziałania zjawisku w Polsce na tle projektu Konwencji Rady Europy (La delincuencia en el ciberespacio. Medidas jurídicas para contrarrestar el fenómeno en Polonia en el contexto del Proyecto de la Convención del Consejo de Europa)*, wyd. TNOiK (ed. TNOiK), Toruń, 2001, pp. 49 y ss.

Portugal

Frederico de Lacerda da Costa Pinto

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

I.

Quem se detenha sobre o Direito Penal escrito dos últimos séculos em Portugal (note-se que entre nós existe Direito Penal escrito e organizado numa compilação especial com vigência uniforme em todo o país desde, pelos menos, as Ordenações Afonsinas (Livro V), de 1447, sem entrar em linha de conta com o Livro de Leis e Posturas e com as Ordenações de D. Duarte) não pode deixar de notar que, por comparação com outros núcleos de normas incriminadoras, os preceitos relativos a condutas sexuais penalmente proibidas têm sofrido oscilações muito significativas ao longo dos tempos. Em certo sentido, pode mesmo dizer-se que esse corpo de normas tem sofrido mais alterações do que os próprios crimes contra o Estado, não obstante as profundas mutações políticas verificadas desde o Antigo Regime até aos dias de hoje. E, ao contrário do que acontece com sectores do sistema penal que estão relativamente estabilizados nos seus limites (v.g. crimes contra a vida, contra a integridade física, contra a honra ou contra o património), o âmbito dos chamados cri-

mes sexuais parece estar permanentemente em questão. Não por razões associadas à evolução tecnológica e económica (como acontece noutras domínios, como o do Direito do Ambiente, do Direito Societário ou, mais genericamente, do Direito Económico) mas, pura e simplesmente, pela abertura do legislador ao reconhecimento de novos paradigmas ético-sociais e, também, pela visibilidade que certas práticas sexuais passaram a adquirir na sociedade da informação, ora perdendo com tal visibilidade a conotação de conduta desviante que anteriormente possuíam, ora revelando com tal visibilidade a sua singularidade em relação aos padrões socialmente dominantes.

Se nos ativermos apenas às oscilações sistemáticas, verifica-se que os crimes sexuais eram no *Código Penal de 1852* (mesmo depois da reforma de 1886) considerados “crimes contra a honestidade” (arts. 390.º a 406.º), apesar de estarem incluídos no Título IV que contemplava os crimes contra as pessoas. No *Anteprojecto Eduardo Correia, de 1966*, eram apresentados sob a epígrafe de “crimes contra os costumes”, uma secção dos “crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social” (arts. 243.º a 268.º), adquirindo dessa forma uma conotação *supra* individual. Com a entrada em vigor do *Código Penal de 1982*, já depois da nova Constituição de 1976, mantiveram o enquadramento sistemático referido mas passaram a ser designados como “crimes sexuais” (arts 201.º a 218.º)¹. A *Comissão de Reforma de 1993* reformulou profundamente toda a malha legal relativa a estas incriminações e, em consequência, a *reforma penal de 1995* passou a incluir os crimes sexuais no Título I do Código Penal, que prevê os crimes contra as pessoas, sob a epígrafe de “crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual” (arts. 163.º a 179.º do Código Penal, após a reforma de 1995). As *reformas de 1998 e 2001* mantiveram o enquadramento sistemático referido, mas alteraram significativamente a configuração de vários tipos legais e aditaram novos tipos incriminadores. Ou seja, entre nós os crimes sexuais evoluíram de crimes contra a honestidade das pessoas, para crimes com uma conotação *supra* individual iluminada pela ideia de preservação de bons costumes, para finalmente se enquadrarem num novo paradigma demo-liberal, no âmbito da tutela da liberdade pessoal. Em suma, a nova configuração dos crimes sexuais funda-se agora no merecimento e na necessidade de tutela da *liberdade de determinação sexual* perante comportamentos que com ela colidem de forma insuportável².

Mas não foi só o enquadramento sistemático e a designação genérica das incriminações que se foi alterando. Mutações significativas ocorreram

igualmente na técnica legislativa com que se desenham as incriminações. É por exemplo notória a proliferação de elementos subjectivos com fortes conotações de censura moral nos tipos incriminadores do Código Penal de 1852 (v.g. “intenções libidinosas”, “paixões lascivas”, “desejos desonestos”) e, em menor número, no Anteprojecto de 1966, por contraposição à linguagem mais depurada e objectiva do Código Penal de 1982, em especial depois da reforma de 1995.

Mais importante ainda são as oscilações nos limites do penalmente proibido nesta área que, por razões de espaço, apenas consentem uma breve referência acompanhada da remissão para a riquíssima literatura jurídico-penal portuguesa sobre o tema, quer ao nível de monografias³, artigos⁴ ou comentários à lei vigente⁵. Sublinhe-se, entre outros aspectos, a eliminação de limites típicos à configuração do crime de violação como o casamento ou a abolição da figura do “casamento-remédio”, a equiparação de várias formas de agressão sexual à cópula e uma preocupação especial com a tutela de menores e adolescentes no seu processo de crescimento e auto-determinação sexual.

II.

O Código Penal de 1982, após a revisão de 1995, a que se seguiu um conjunto de alterações introduzidas na reforma de 1998 e depois nova reforma em 2001, organiza os diversos crimes sexuais num capítulo autónomo integrado nos crimes contra as pessoas, sob a epígrafe “crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, capítulo este repartido por três secções. Justifica-se uma breve descrição do mapa legal das incriminações, de forma a cumprir a função informativa que preside a este texto. Deste modo se compreenderá melhor as opções penais subjacentes à lei vigente e as propostas de criação de novas incriminações formuladas por alguns sectores da doutrina.

Na Secção I prevêem-se os “crimes contra a liberdade sexual”, que contemplam nove incriminações: coacção sexual (art. 163.º), violação (art. 164.º), abuso sexual de pessoa incapaz de resistência (art. 165.º), abuso sexual de pessoa internada (art. 166.º), fraude sexual (art. 167.º), procriação artificial não consentida (art. 168.º), tráfico de pessoas (art. 169.º), lenocínio (art. 170.º) e actos exibicionistas (art. 171.º).

Na secção II reúnem-se cinco incriminações que prevêem “crimes contra a autodeterminação sexual”, a saber: o abuso sexual de crianças (art. 172.º), o abuso sexual de menores dependentes (art. 173.º), o crime de actos sexuais com adolescentes (art. 175.º) e o crime de lenocínio e tráfico de menores (art. 176.º).

Na secção III, que encerra o capítulo, prevêem-se disposições comuns aos diversos crimes, concretamente as cláusulas de agravação (art. 177.º), a regulamentação do direito de queixa (art. 178.º) e a inibição do poder paternal (art. 179.º), enquanto pena acessória.

De uma forma geral, a reforma de 1995 subiu ligeiramente as penas dos crimes sexuais e diminuiu a assimetria axiológica na escala de penas que existia entre aquelas incriminações e os crimes contra o património. As penas máximas dos tipos básicos que tutelam a liberdade sexual atingem 8 e 10 anos de prisão (nos crimes de coacção sexual, violação, abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, por exemplo). Penas estas que podem ser agravadas (art. 177.º), em um terço ou mesmo em metade da pena máxima, sendo ainda possível aplicar a pena acessória de inibição do exercício do poder paternal, por um período de 2 a 15 anos (art. 179.º).

Com a reforma de 1995 tornou-se evidente que os atentados contra a liberdade sexual são merecedores de pena não em nome da tutela de valores ético-sociais, mas sim enquanto factos lesivos de interesses imanentes à dignidade da pessoa humana, concretamente a liberdade de determinação sexual. A liberdade é, neste caso, fundamento, critério e limite da intervenção do legislador penal.

Enquanto agressão paradigmática à liberdade de determinação sexual o crime de coacção sexual passou a funcionar como matriz do modelo de ilicitude nesta matéria, paradigma do desrespeito e agressão à vontade da vítima, em detrimento do papel central que anteriormente o legislador reconhecia à incriminação da violação⁶.

Acompanhando este aspecto, a cópula contra a vontade da vítima deixou de ser um conceito central, isto é, paradigma do ilícito sexual, substituída que foi nessa função pelo conceito mais genérico de "acto sexual de relevo", do qual a cópula e outras modalidades de coito serão apenas casos específicos. Desta forma se afasta também a lei portuguesa, em especial depois da reforma de 1998, dum paradigma excessivamente sexualista dos crimes contra a liberdade sexual, obsessivamente construído sobre o modelo da penetração do corpo da vítima, punindo não tanto um acto sexual ilícito como um acto de violência praticado contra uma pessoa que fere a sua liberdade de determinação sexual⁷.

De igual modo se tornam igualmente compreensíveis que o ilícito e a medida do ilícito dependam não da colisão do facto com o pudor ou uma certa medida de pudor (nem da vítima nem da sociedade), mas sim com a liberdade de determinação sexual duma pessoa.

A lei portuguesa não incrimina o incesto, a homossexualidade, a prostituição ou o adultério, sendo que algumas destas opções vêm do Código Penal de 1852 e outras foram assumidas pelo Código Penal de 1982, logo na sua versão inicial⁸.

III.

O regime legal vigente suscita entre a doutrina portuguesa um consenso assinalável em muitos aspectos, mas também, em especial depois da reforma de 1998, reservas ou discordâncias pontuais quanto a algumas opções contidas na lei.

Entre aplausos e críticas a reforma de 1998 incluiu no n.º 2 do art. 163.º uma modalidade de coacção sexual inspirada na figura do "assédio", que uma parte da doutrina considera desnecessária e, ademais, descaracterizadora do tipo de coacção sexual e da sua função normativa no contexto dos crimes sexuais⁹.

Noutro plano, o conceito de "acto sexual de relevo" assume uma importância capital na delimitação de vários tipos incriminadores. A concretização do seu conteúdo terá de ser feita pela doutrina e pela jurisprudência, já que o legislador não o definiu¹⁰. Desta forma, enquanto o conceito não estiver sedimentado a sua "excessiva indeterminação" origina uma relativa imprecisão dos tipos incriminadores pouco desejável à luz dos valores das exigências de certeza e segurança jurídica em matérias penais¹¹.

Interessante será ainda acompanhar a concretização jurisprudencial do conceito, em si mesmo suficientemente aberto para comportar à partida conotações muito diversas. Desse modo se irá também afinal delimitar o âmbito de algumas incriminações e aferir da razoabilidade das suas fronteiras.

IV.

Curiosamente, apesar de recente e de ter sido sucessivamente reformulado desde 1995, o elenco dos crimes sexuais e o seu regime não parecem matéria encerrada, nem para a doutrina nem para o legislador.

A doutrina tem questionado algumas das opções feitas e o facto de as mesmas não se estenderem a situações aparentemente equivalentes. Sirva de exemplo a não consideração da paternidade não querida em relação ao crime de inseminação artificial não consentida¹². Sugere-se igualmente a deslocação sistemática da procriação artificial não consentida para uma secção residual de crimes contra outros bens jurídicos pessoais (já

que, na verdade, não contempla uma agressão à liberdade sexual) e a criação de novas incriminações destinadas a tutelar a liberdade de procriação (utilização abusiva de esperma e ministração a mulher grávida, sem o seu consentimento, de substância impeditivas da nidação). Nesta proposta, a exibição de material pornográfico poderia ser objecto da intervenção do Direito de Mera Ordenação Social¹³.

Questionável ainda é o facto de a previsão do crime de tráfico de pessoas (para prostituição ou a prática de actos sexuais de relevo) (art. 169.º) estar condicionada a que tais actos sejam praticados no estrangeiro. Se o tráfico for dentro do território nacional e as práticas sexuais também só o crime de coacção sexual (art. 163.º) poderá valorar os factos.

A concluir esta breve notícia, note-se que os diversos partidos políticos representados na Assembleia da República assumiram recentemente várias iniciativas legislativas na matéria dos crimes sexuais (as diversas propostas podem ser vistas em www.parlamento.pt).

Notas

1. Muito crítico, com inteira razão, Karl NATSCHERADETZ, *Direito Penal Sexual: conteúdo e limites*, Coimbra, 1985, considerando ilegítimo este enquadramento de conotação moral (*rectius*, tutela de uma certa moral) perante o pluralismo moral decorrente da Constituição de 1976.

2. Sobre tudo isto, com mais referências, Jorge FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. I, Coimbra, 1999, nótula antes do art. 163.º, pp. 441 e ss. Ainda, Teresa BELEZA, "A regulação jurídica da sexualidade no Código Penal: da laicização dos "bons costumes" à ortodoxia da "liberdade", *Estudos Comemorativos do 150.º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora*, Lisboa, 1995, pp. 169 e ss" e, ainda, "O conceito legal de violação" in *RMP 59* (1994), pp. 51 e ss; Rui PEREIRA, "Liberdade sexual: sua tutela na reforma do Código Penal" in *Sub Judice 11* (1996), pp. 43 e ss.

3. Karl NATSCHERADETZ, *Direito Penal Sexual: conteúdo e limites*, Coimbra, 1985. Com um objecto mais amplo, depois Teresa BELEZA, *Mulheres, Direito e Crime*, Lisboa, 1990. Já depois da reforma do Código de 1982, MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e auto-determinação sexual no Código Penal*, 3.ª edição, Coimbra, 2002, actualizado face às alterações legislativas de 2001 e documentado com alguma jurisprudência recente.

4. Em muitos trabalhos publicados se encontram pontos de interesse sobre o tema. Destaco dos seguintes: F. FERREIRA RAMOS, "Notas sobre os crimes sexuais no Projecto de Revisão do Código Penal de 1982", *RPCC 1* (1993), pp. 53 e ss e, depois, "Estupro e violação - ontem e hoje", *CEJ, Jornadas de Direito Criminal*, vol II, Lisboa, 1998, pp. 181 e ss; Teresa BELEZA, "A regulação jurídica da sexualidade no Código Penal: da laicização dos "bons costumes" à ortodoxia da "liberdade", *Estudos Comemorativos do 150.º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora*, Lisboa, 1995, pp. 169 e ss e, ainda, "O conceito legal de violação" in *RMP 59* (1994), pp. 51 e ss; Rui PEREIRA, "Liberdade sexual: sua tutela na reforma do Código Penal" in *Sub Judice 11* (1996), pp. 43 e ss; J. CARMONA DA MOTA, "Crimes contra a liberdade sexual. Crimes contra a auto-

determinação sexual", *CEJ, Jornadas de Direito Criminal*, vol II, Lisboa, 1998, pp. 199 e ss.

5. Jorge FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. I, Coimbra, 1999, pp. 441 e ss, com comentários de diversos Autores e amplas referências bibliográficas.

6. Teresa BELEZA, *RMP 59* (1994), p. 54; FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense*, I, anotação ao art. 163.º, pp. 444 e ss.

7. Teresa BELEZA, *RMP 59* (1994), pp. 58 e ss. Para uma interpretação dos vários conceitos legais, desenvolvidamente, FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense*, I, anotação ao art. 163.º, pp. 444 e ss.

8. Elementos históricos de grande interesse encontram-se em Rui PEREIRA, *Sub Judice 11* (1996), pp. 43 e ss. Depois, em FERREIRA RAMOS, *CEJ, Jornadas de Direito Criminal*, vol II, Lisboa, 1998, II, pp. 184 e ss e, para uma leitura da compreensão jurisprudencial destas incriminações, CARMONA DA MOTA, *Jornadas de Direito Criminal*, vol II, Lisboa, 1998, pp. 199 e ss.

9. Crítico quanto à inclusão do assédio sexual na lei, com a actual redacção do n.º 2 do art. 163.º, FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense I*, pp. 444 e 460 e ss (anot. ao art. 163.º).

10. Vejam-se as propostas de interpretação do conceito em FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense I*, pp. 447 e ss (anot. ao art. 163.º).

11. Rui PEREIRA, *Sub Judice 11* (1996), p. 45, sugere mesmo que o legislador adopte uma definição legal de "acto sexual de relevo" (técnica usada noutras incriminações).

12. Teresa BELEZA, *RMP 59* (1994), p. 55, sublinhando as conotações simbólicas de tal opção.

13. Rui PEREIRA, *Sub Judice 11* (1996), p. 45-48.

Venezuela

Jesús Enrique Rincón

Doctor en Derecho, Juez Penal y Profesor de Derecho Penal General y Especial

Consideraciones preliminares

Venezuela se encuentra actualmente estudiando la realización de una profunda reforma en su Código Penal o, aún mejor, analizando la posibilidad de promulgar uno totalmente nuevo. El Código venezolano vigente, por ser, como afirman los catedráticos Tulio CHIOSSONE (+), José Rafael MENDOZA TROCONIS (+) y Alberto ARTEAGA SÁNCHEZ, un Código Penal de marcado corte clásico e inspirado en concepciones liberales¹, contiene estos delitos enmarcados en el Título VIII, con la tradicional denominación de "Delitos contra las buenas costumbres y buen orden de las familias". Los Códigos Penales promulgados en las últimas décadas han estado cambiando y modernizando esta denominación, por la de "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", lo que no necesariamente significa que no haya que tomar en cuenta y proteger a "las buenas costumbres" y al "buen orden de las familias", especialmente en el caso venezolano, cuya Constitución



de 1999 menciona en varios de sus artículos estos valores, ejemplo de ello es el artículo 59 (relativo a la libertad de religión y de cultos), donde expresamente se establece un límite a esta libertad cuando se señala "siempre que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres y al orden público"².

Por otro lado, generalmente se había considerado que los llamados delitos sexuales eran por su naturaleza delitos de acción privada, aun los más graves, y que sólo se convertían en delitos de acción pública cuando se cometían conjuntamente con otro hecho punible que era perseguible de oficio o contra ciertas y determinadas personas. Pues bien, esto ya no se justifica, al menos con respecto a delitos tan graves como la violación, que causa conmoción y lesiones de toda índole no sólo a la víctima, sino a su familia y a la comunidad en general. En el Código Penal venezolano (art. 380) se establece como norma general que en relación a estos delitos "el enjuiciamiento no se hará lugar sino por acusación de la parte agraviada o de quien sus derechos represente", estableciendo sin embargo tres excepciones donde se procede de oficio: 1) Si el hecho hubiere ocasionado la muerte de la persona ofendida, o si hubiere sido acompañado de otro delito enjuiciable de oficio. 2) Si el hecho se hubiere cometido en algún lugar público o expuesto a la vista del público. 3) Si el hecho se hubiere cometido con abuso del poder paternal o de la autoridad tutelar o de funciones públicas. Esta condición de acción privada fue modificada, en relación con los menores de edad, por las disposiciones contenidas en los ordinales 4 del artículo 156 y 7 del artículo 142, ambos del ya derogado Estatuto de Menores³, que le concedió al Procurador de Menores la facultad de ejercer las acciones penales aun cuando los delitos fueren de acción privada. La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA) de 2 de octubre de 1998, que entró en vigencia el 1 de abril del año 2000 y derogó, entre otras, a la Ley Tutelar de Menores, establece en su artículo 216 que: "Se declaran de acción pública todos los hechos punibles cuyas víctimas sean niños o adolescentes".

Por otra parte, es indispensable implementar medidas para atender inmediata y adecuadamente a la víctima, desde el primer momento en que se tenga conocimiento del hecho, con un departamento de Policía y unos fiscales del Ministerio Público debidamente entrenados y preparados para tratar este tipo de delitos, preferiblemente a través de departamentos integrados primordialmente por personal femenino, que puedan comprender a la víctima y crear una mejor atmósfera. Mención especial y reconocimiento general en este sentido

merece la iniciativa de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, al crear en octubre de 2002 la Fundación para la Protección a las Víctimas de la Criminalidad Común (Fundaprovic), institución civil sin fines de lucro que brinda ayuda gratuita a las víctimas de la criminalidad común, pero muy especialmente a las mujeres violadas y a los niños huérfanos cuyos padres hayan muerto por causa de tal criminalidad. La ayuda es primordialmente en los ámbitos psicológico, legal y médico, y es prestada por personal voluntario ajeno al Máximo Tribunal, sin intervención alguna en los procesos judiciales que se sigan por esos delitos⁴.

EL CÓDIGO PENAL⁵: Promulgado en 1915, es prácticamente una copia del Código Penal italiano de 1889 (Código de Zanardelli), con reformas puntuales en 1926, 1958, 1964 y 2000⁶. Los delitos de naturaleza sexual se encuentran establecidos dentro del Título VIII "De los delitos contra las buenas costumbres y buen orden de las familias" del Código Penal: Este Título comprende siete capítulos que contemplan los delitos de violación, actos lascivos, seducción, prostitución y corrupción de menores, incesto, ultrajes al pudor, rapto, adulterio, bigamia y la suposición o supresión del estado civil de un niño. La pena máxima prevista es de 12 años de presidio (en el caso de la violación agravada tipificada en el art. 376. Esta pena podría incrementarse en una tercera parte si el delito es cometido "con el concurso simultáneo de dos o más personas" (art. 378), lo que podría aumentar dicha pena hasta llegar a 16 años de presidio. Los delitos previstos y castigados en el Código son:

La violación (art. 375). La primera parte de este artículo castiga al que "por medio de violencias o amenazas haya constreñido a alguna persona, del uno o del otro sexo, a un acto carnal", con pena de presidio⁷ de cinco a diez años. Se tipifica, por lo tanto, el hecho de obligar a una persona a realizar un 'acto carnal' mediante la utilización de 'violencias o amenazas'. Este artículo contiene también cuatro numerales que prevén situaciones en las cuales se 'presume' la existencia de violencia o de amenaza, o la falta de conciencia del hecho por parte de la víctima, o la ausencia de libertad suficiente o de un verdadero consentimiento por algún tipo de impedimento, sea éste originario o adquirido, parcial o total, transitorio o permanente. Son los casos en que la víctima "no tuviere doce años de edad", "o que no haya cumplido dieciséis años, si el culpable es un ascendiente, tutor o institutor", "o que hallándose detenida o condenada, haya sido confiada a la custodia del culpable", "o que no estuviere en capacidad de resistir por causa de enfermedad física o mental; por otro

motivo independiente de la voluntad del culpable o por consecuencia del empleo de medios fraudulentos o sustancias narcóticas o excitantes de que éste se haya valido". En todos los casos, tanto el sujeto activo como el pasivo pueden ser de cualquier sexo, en consecuencia, el acto carnal puede ser tanto por la vagina como por el ano. Ha habido mucha discusión en relación al llamado 'coito bucal' o 'sexo oral', ya que la disposición no lo contempla expresamente como una especie de acto carnal o 'acceso carnal', por ello, a estas prácticas generalmente se les ha tipificado en Venezuela como 'actos lascivos u obscenos' (art. 377). La norma vigente exige la introducción del pene por la vía vaginal o rectal, pero no exige que sea total, basta por lo tanto cualquier penetración, por muy pequeña o parcial que ésta sea. Esta disposición tampoco prevé como violación la introducción de objetos. Estos aspectos deben incluirse y aclararse en la reforma del Código.

Los actos lascivos (art. 377). Este artículo está muy vinculado con el anterior (art. 375), hasta el punto de que lo menciona expresamente en dos oportunidades. Por otro lado, no define qué son los actos lascivos y simplemente se limita a señalar que: "El que valiéndose de los medios y aprovechándose de las condiciones o circunstancias que se indican en el artículo 375, haya cometido en alguna persona de uno u otro sexo, actos lascivos que no tuvieren por objeto el delito previsto en dicho artículo, será castigado con prisión de seis a treinta meses". De seguidas, el artículo 377 establece en su único aparte un tipo agravado que contiene algunas circunstancias que califican y aumentan la pena asignada al delito genérico descrito en el encabezamiento, al indicar que "si el hecho se hubiere cometido con abuso de autoridad, de confianza o de las relaciones domésticas, la pena de prisión será de uno a cinco años, en el caso de violencias y amenazas; y de dos a seis años en los casos de los números 1.º y 4.º del artículo 375". Existe una circunstancia agravante específica de éste y del anterior delito, cuando el hecho se hubiere cometido con el concurso simultáneo de dos o más personas.

Corrupción (art. 379). Este delito es conocido también por la doctrina y la jurisprudencia con la denominación de *acto carnal*, planteándose las siguientes modalidades: La primera es cuando alguien ejecute acto carnal o actos lascivos en una persona mayor de 12 años pero menor de 16, y sin que medien alguna de las circunstancias del artículo 375, cometiendo así el delito de *corrupción de menores*, que prevé una pena de seis a dieciocho meses de prisión, pena esta que se duplica "si el autor del delito es el primero que corrompe a la persona agraviada". La segunda modalidad es

cuando el acto carnal se ejecuta en mujer mayor de 16 años pero menor de 21, con su consentimiento, bajo el engaño de una oferta de matrimonio, cometiéndose así el delito de *seducción con promesa matrimonial*, el cual contempla una pena de seis meses a un año de prisión⁸.

Incesto (art. 381). Este artículo se limita a señalar que: "Todo individuo que, en circunstancias capaces de causar escándalo público, tenga relaciones incestuosas con un ascendiente o descendiente, aunque fuere ilegítimo⁹, con algún afín en línea recta o con un hermano o hermana, hermanos, consanguíneos o uterinos, será castigado con presidio de tres a seis años". De tal manera que el incesto sólo se considera delito, cuando los actos carnales (relaciones incestuosas) efectuados libremente por las personas expresamente señaladas en dicho artículo se realicen "en circunstancias capaces de causar escándalo público". Ahora bien, distinta sería la situación si alguno de los intervinientes fuere menor de 16 años, ya que se presumiría la violencia si fuere menor de 12 años, o la falta de conciencia, la ausencia de libertad, o la inexistencia de un verdadero consentimiento si fuere mayor de 12 años pero menor de 16, casos en los cuales se configurarían algunas de las circunstancias que tipifican el delito de violación, que, por ser más grave, sería el aplicable de acuerdo al sistema de la absorción (art. 98).

Ultraje público al pudor (arts. 382 y 383). La primera parte del artículo 382 dispone que: "Todo individuo que, fuera de los casos indicados en los artículos precedentes, haya ultrajado el pudor o las buenas costumbres por actos cometidos en un lugar público o expuesto a la vista del público, será castigado con prisión de tres a quince meses". Términos parecidos encontramos en el artículo 383, pero referidos a ultrajes al pudor mediante la elaboración, distribución, exposición u ofrecimiento en venta a la vista del público de "escritos, dibujos u otros objetos obscenos", castigando estas acciones con prisión de tres a seis meses (la prisión será de seis meses a un año si el delito se hubiere cometido con un fin de lucro). Se sancionan, por lo tanto, los 'actos' u 'acciones' considerados 'obscenos' o 'inmorales', realizados por cualquier individuo en lugares públicos o expuestos a la vista del público, que ultrajen el pudor o las buenas costumbres, sin embargo, la norma no define que se considera 'ultraje al pudor' ni tampoco cuáles son las 'buenas costumbres' aparentemente lesionadas, ni cuáles son los actos 'obscenos'. Todos estos términos son muy relativos, vagos e imprecisos, van variando con el tiempo, las circunstancias, los diferentes modos de pensar y de actuar de la gente, lo que ocasiona que ciertos 'actos' y 'escritos' pueden ser considerados en un mo-

mento y en un lugar determinado como obscenos, inmorales, ofensivos del pudor de unas personas o contrarios a las buenas costumbres de una comunidad, y de pronto no ser considerados de esa forma por otro grupo. El artículo 382 contiene un único aparte que dispone que: "El que reiteradamente o con fines de lucro y para satisfacer las pasiones de otro, induzca, facilite o favorezca la prostitución o corrupción de alguna persona, será castigado con prisión de uno a seis años. Si este delito se cometiere en alguna persona menor, la pena se aplicará entre el término medio y el máximo". A mi juicio, esta disposición se encuentra fuera de contexto en este artículo que se tipifica los ultrajes al pudor, más lógico sería que estuviera integrada a los artículos 388 ó 389, que se refieren específicamente a los corruptores y a la prostitución.

Rapto (arts. 384 y 385). Los artículos 384 y 385 prevén varios tipos y subtipos en relación con el delito de rapto. El artículo 384 establece el tipo rector de la siguiente manera: "Todo individuo que, por medio de violencias, amenazas o engaños hubiere arrebatado, sustraído o detenido, con fines de libertinaje o de matrimonio, a una mujer mayor o emancipada, será castigado con prisión de uno a tres años". Prevé este artículo la situación en que una mujer de 18 o más años de edad o emancipada sea llevada, apartada, separada, retenida o privada de su libertad, por un individuo, mediante el uso de la fuerza, o bajo amenazas o engaños, con fines de desenfreno o de matrimonio. La primera parte del artículo 385 prevé un tipo agravado de rapto cuando la víctima sea una persona menor de edad¹⁰ o una mujer casada, castigando esa acción con pena de presidio de tres a cinco años. El primer aparte de dicho artículo prevé la figura del llamado *rapto consensual*, también denominado *rapto consentido*, *rapto impropio*, *de seducción* o *raptus in parentes*¹¹, reduciendo la pena a prisión por tiempo de seis meses a dos años, "si la raptada hubiere prestado su consentimiento". El segundo y último aparte mantiene la misma pena del rapto agravado (presidio por tiempo de tres a cinco años), "si la persona raptada es menor de doce años, aunque el culpable no se hubiere valido de violencias, amenazas o engaño", presumiendo estas circunstancias debido a la edad.

Prostitución (arts. 388, 389 y 390). Estos tres artículos prevén varias figuras relacionadas con la corrupción y la prostitución, términos que utiliza indistintamente a lo largo de sus textos como si fueran sinónimas, semejantes o correlativas, en el sentido de pervertir o depravar a una persona en el plano sexual y moral. El artículo 388 tipifica el delito de *inducir a la prostitución a menor de*

edad, estableciendo que: "El que por satisfacer las pasiones de otro hubiere inducido a la prostitución o a actos de corrupción a alguna persona menor, será castigado con prisión de tres a dieciocho meses". Este artículo prevé el aumento de la pena a prisión por tiempo de uno a cuatro años de prisión, en tres casos: cuando la víctima sea menor de doce años, cuando se realice por medio de fraude o engaño, y cuando el delito sea cometido "por los ascendientes, los afines en línea recta ascendente, por el padre o madre adoptivos, por el marido, el tutor u otra persona encargada del menor para cuidarlo, instruirlo, vigilarlo o guardarlo, aunque sea temporalmente". Si llegan a concurrir varias circunstancias de las distintas categorías mencionadas, la pena de prisión será de dos a cinco años. El artículo 389 prevé el delito de *facilitación o favorecimiento de la prostitución o corrupción de un menor de edad*, con los mismos supuestos del artículo 388, castigándolo en los casos especificados en la primera parte y en los números 1.º, 2.º y 3.º de ese artículo, con prisión de tres a doce meses, y en el caso del último aparte, con prisión de tres a dieciocho meses. Finalmente, el artículo 390 prevé y sanciona el delito de *constreñir a la prostitución o corrupción al familiar, pariente o discípulo*, de la siguiente forma: "El ascendiente, afín en línea ascendente, marido o tutor que, por medio de violencias o amenazas, haya constreñido a la prostitución o corrupción al descendiente, a la esposa, aunque sea mayor o al menor que se halle bajo su tutela, será penado con presidio de cuatro a seis años". Se establece una pena menor (de tres a cinco años de presidio) si el hecho es cometido por el ascendiente o el marido, empleando fraude o engaño y en contra del descendiente o de la esposa. Este delito admite, por lo tanto, dos modalidades: que se haya cometido empleando violencias o amenazas (*prostitución familiar violenta*) o que se haya perpetrado empleando fraude o engaño (*prostitución familiar fraudulenta*). En este último caso, sólo se prevé como sujeto activo al ascendiente o al marido y como sujeto pasivo el descendiente o a la esposa¹².

Adulterio (arts. 396 y 397). El legislador no define el delito de adulterio, limitándose a señalar, con respecto a la mujer casada, que: "La mujer adúltera será castigada con prisión de seis meses a tres años. La misma pena es aplicable al coautor del adulterio" (art. 396). En relación al hombre casado establece que: "El marido que mantenga concubina en la casa conyugal, o también fuera de ella, si el hecho es notorio, será castigado con prisión de tres a dieciocho meses. La condena produce de derecho la pérdida del poder marital. La concubina será penada con prisión de tres meses

a un año"¹³. De manera que estos artículos distinguen entre que el hecho sea cometido por la mujer, tipificándolo como *adulterio de la mujer*, a que sea cometido por el hombre, denominándolo *concubinato de hombre casado*, castigando a la mujer casada con el doble de la pena asignada al hombre adúltero. Adicionalmente, mientras la mujer casada será sancionada, en todo caso, con cualquier acción que pueda considerarse como adulterio, el hombre sólo cometería este delito en dos casos: 1.- cuando "mantenga concubina en la casa conyugal"; o 2.- cuando mantenga concubina fuera de la casa conyugal "si el hecho es notorio". En consecuencia, si el marido mantiene concubina fuera del hogar y el hecho no es notorio, no cometería el delito de adulterio. Es evidente que estos dos artículos tipifican y castigan el mismo delito (adulterio) de una manera muy distinta, según sea cometido por la mujer casada o por el hombre casado, violando de esta manera expresas disposiciones constitucionales que prohíben todo tipo de discriminaciones y desigualdades. En ese mismo sentido, también es oportuno señalar que el artículo 137 del Código Civil venezolano dispone que: "Con el matrimonio el marido y la mujer adquieren los mismos derechos y asumen los mismos deberes. Del matrimonio deriva la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente".

Bigamia (art. 402). El artículo 402 prevé el delito de *bigamia simple* disponiendo que: "Cualquiera que estando casado válidamente haya contraído otro matrimonio, o que, no estándolo, hubiere contraído, a sabiendas, matrimonio con persona casada legítimamente, será castigado con prisión de dos a cuatro años". En el primer y en el último apartes de este artículo se establecen dos casos en los cuales se aumenta la pena por este delito (*bigamia agravada*), el primero es cuando "el culpable hubiere inducido en error a la persona con quien ha contraído matrimonio, engañándolo respecto a la libertad de su propio estado o el de ella", el segundo caso es cuando una persona "estando válidamente casado, haya contraído otro matrimonio a sabiendas de que el otro contrayente era también legítimamente casado".

Las principales leyes especiales sobre esta materia

En los últimos años han surgido en Venezuela varias leyes especiales que han abordado algunos delitos de naturaleza sexual, especialmente para proteger a las mujeres, a los niños, a los adolescentes y, en general, a la familia. Ejemplos de ello son la Ley Sobre la Violencia Contra la Mujer y la

Familia, publicada en la *Gaceta Oficial*, núm. 36531, de fecha 3 de septiembre de 1998, que entró en vigencia el 1 de enero de 1999, y la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, publicada en la *Gaceta Oficial*, núm. 5266 Extraordinario, en fecha 2 de octubre de 1998, que entró en vigencia el 1 de abril de 2000. Estas leyes especiales desarrollaron Tratados y Convenciones Internacionales que ya constituían leyes de la República como la Ley Aprobatoria de la Convención Sobre los Derechos del Niño, publicada en la *Gaceta Oficial*, núm. 34541, de fecha 29 de agosto de 1990¹⁴, y la Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, 'Convención de Belem Do Para', publicada en la *Gaceta Oficial*, núm. 35632, de fecha 16 de enero de 1995.

La **Ley Sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia**¹⁵ contiene disposiciones que definen *la violencia contra la mujer y la familia* (art. 4), *la violencia física* (art. 5), *la violencia psicológica* (art. 6) y *la violencia sexual* (art. 7). Adicionalmente, tipifica, entre otros, el delito de 'acceso carnal violento', cuando sea ejecutado "en perjuicio de su cónyuge o persona con quien haga vida marital", equiparándolo así al delito de violación previsto en el artículo 375 del Código Penal (art. 18), y el delito de 'acoso sexual' (art. 19), estableciendo una serie de circunstancias agravantes de los delitos previstos en dicha ley, que "dan lugar a un incremento de la pena en la mitad".

La **Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente** (LOPNA)¹⁶, siguiendo el rumbo trazado por la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño (CIDN) de 1989, de desarrollar la protección integral de todos los niños y los adolescentes, a través de la defensa y promoción de sus derechos humanos específicos, establece a todo lo largo de su articulado una serie de disposiciones para protegerlos de los abusos de los adultos. Esta ley le da carácter de acción pública a todos los hechos punibles donde las víctimas sean niños o adolescentes, de manera que el Ministerio Público, en virtud del principio de la oficialidad, está obligado a investigarlos y perseguirlos (art. 216). La LOPNA prevé también una serie de conductas relacionadas con el sexo, que tipifica como infracciones (faltas) o como delitos, éstas son las siguientes: **Infracciones:** 1) El suministro, exhibición o venta de material impreso, se trate de libros, publicaciones o fotografías, en contra de las regulaciones de los órganos competentes, o material que haya sido considerado como no apto para niños o adolescentes, será sancionado con multa de dos a seis meses de ingreso¹⁷ (art. 236); 2) La pornografía con niños o adolescentes, utilizándo-

los en escenas pornográficas que no implique sexo explícito, en obras teatrales, televisivas o cinematográficas, será sancionada con multa de diez a cincuenta meses de ingreso. Incurre en la misma sanción (*sic*) quien participe en la escena y quien fotografíe o publique dicha escena (art. 237). **Delitos:** 1) *Explotación sexual*. Quien fomente, dirija o se lucre de la actividad sexual de un niño o adolescente, será penado con prisión de tres a seis años. Si el culpable ejerce sobre la víctima autoridad, guarda¹⁸ o vigilancia, la prisión será de cuatro a ocho años (art. 258); 2) *Abuso sexual a niños*. Quien realice actos sexuales con un niño o participe en ellos, será penado con prisión de uno a tres años. Si el acto sexual implica penetración genital, anal u oral, la prisión será de cinco a diez años. Si el culpable ejerce sobre la víctima autoridad, guarda o vigilancia, la pena se aumentará en una cuarta parte (art. 259)¹⁹. 3) *Abuso sexual a adolescentes*. Quien realice actos sexuales con adolescentes, contra su consentimiento, o participe en ellos, será penado conforme al artículo anterior (art. 260). La LOPNA también prevé la sanción de la *privación de la patria potestad* de sus hijos, al padre, o a la madre, o a ambos, cuando "traten de corromperlos o prostituirlos o fueren conniventes en su corrupción o prostitución" [art. 352 d)], "abusen de ellos sexualmente o los expongan a la explotación sexual" [art. 352 e)] o "inciten, faciliten o permitan que el hijo ejecute actos que atenten contra su integridad física, mental o moral" [art. 352 j)].

Es necesario también mencionar la **Ley Aprobatoria del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta, la Prostitución Infantil y Utilización de Niños en la Pornografía**, adoptado en la ciudad de Nueva York el 7 de septiembre de 2000, la cual es Ley de la República publicada en la *Gaceta Oficial*, núm. 37.355, de fecha 2 de enero de 2002. Esta Ley, en su artículo 1, obliga a los Estados parte a prohibir la venta de niños²⁰, la prostitución infantil²¹ y la utilización de niños en la pornografía²². **En relación con la venta de niños se prohíbe:** El ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de explotación sexual, o con fines de transferencia de órganos, o con fines de trabajo forzoso del niño; el inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción. **En relación con la prostitución infantil se prohíbe:** El ofrecer, obtener, facilitar o proporcionar un niño con fines de prostitución. **En relación con la utilización de niños en la pornografía se prohíbe:** El producir, distribuir, divulgar, importar, exportar, ofrecer, vender o poseer, con fines primordial-

mente sexuales, material pornográfico en que se utilicen niños en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o donde aparezcan las partes genitales de un niño. (Todos estos delitos se encuentran establecidos en el artículo 3 de dicha Ley.)

Notas

1. CHIOSSONE, Tulio. *Manual de Derecho Penal venezolano*. Imprenta Universitaria. UCV. Caracas. 1972, pp. 29-32. MENDOZA, José Rafael. *Curso de Derecho Penal venezolano*. Parte General. Tomo I. 4.ª ed., Empresas El Cojo. Caracas. 1963, p. 132. ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. *Derecho Penal venezolano*. 9.ª ed. McGraw Hill. Caracas. 2001, p. 14. Los Profesores Doctores Tulio CHIOSSONE y José Rafael MENDOZA TROCONIS ya fallecieron, el primero el 26-12-01 y el segundo el 24-01-77.

2. *Gaceta Oficial*, núm. 5.453, de 24 de marzo de 2000. El Maestro CHIOSSONE considera que no hay relación entre el Derecho Penal y la moral, pero que sí existe con la ética, afirmando que "la ley no es otra cosa que la consagración de un principio ético acogido por la sociedad para su convivencia", *ob. cit.*, p. 22.

3. El Estatuto de Menores (promulgado en 1949 y reformado en 1975) fue derogado por la Ley Tutelar de Menores de 1980, que contemplaba una disposición similar en el numeral 3 del artículo 151, estableciendo, entre las atribuciones de los Procuradores de Menores, la siguiente: "3. Ejercer las acciones legales que nazcan de hechos cometidos contra menores aun cuando fueren de acción privada, en cuyo caso no les serán aplicables ninguna de las disposiciones del Código de Enjuiciamiento Criminal concerniente a los acusadores". La Ley Tutelar de Menores fue a su vez derogada implícitamente el 1 de abril de 2000 al entrar en vigencia la LOPNA.

4. El promotor de esta loable iniciativa es el actual Presidente de la Sala de Casación Penal, Magistrado Dr. Alejandro Angulo Fontiveros.

5. En general: CHIOSSONE, Tulio. *Manual de Derecho Penal venezolano*. Imprenta Universitaria UCV. Caracas. 1972, pp. 605-632; MENDOZA, José Rafael. *Curso de Derecho Penal venezolano*. Compendio de Parte Especial. Tomos I y II. 7.ª ed., Empresa El Cojo. Caracas. 1985, pp. 355-401; GRISANTI AVELEDO, Hernando. *Manual de Derecho Penal*. Parte Especial. 3.ª reimpr. de la 3.ª ed. Vadell Hnos. Valencia. 1999, pp. 399-502. ARCAYA, Mariano. *Código Penal*. Tomo II. Edisil Impresos. Caracas. 1982, pp. 317-417. ROGERS LONGA, Jorge. *Código Penal venezolano*. Distr. Jur. Santana. 1.ª ed. San Cristóbal. 2000, pp. 808-891; PÉREZ CHIRIBOGA, Belén. *Código Penal de Venezuela*. Ed. Jur. Vlana. Caracas. 2000, pp. 367-400.

6. Por ser un Código Penal tan antiguo, los artículos carecen de los respectivos 'títulos' que identifiquen mejor a los delitos, por ello señalo las denominaciones con las que generalmente se les conoce en Venezuela.

7. En la práctica, no existe ya en Venezuela diferencia entre las penas de 'prisión' y de 'presidio', eliminados como están los trabajos forzados, así como por la no separación de los condenados a una u otra pena en diferentes centros de reclusión, lo que ha ocasionado que los términos 'penitenciarías', 'establecimientos penitenciarios', 'prisiones', 'colonias penitenciarias', 'cárceles', 'penales', etc., se utilicen como sinónimos, a pesar de que realmente no lo son.

8. Este delito originalmente requería también que "la mujer fuere conocidamente honesta", párrafo este que fue anulado por la Corte Suprema de Justicia, y, en consecuencia, suprimido.

9. La distinción que antes existía entre parientes "legítimos e ilegítimos" fue eliminada de la legislación venezolana con la promulgación del Código Civil de 1982.

10. En Venezuela la mayoría de edad se adquiere al cumplir los 18 años.

11. ARCAYA, Mariano. *Código Penal*, Tomo II, p. 383, cita jurisprudencia de la Sala Penal (S. 12-11-57, G.F. núm. 18, 2E, p. 214) que considera que esta modalidad especial del delito de rapto también "ofende el derecho de aquellos que tienen sobre una persona menor la patria potestad o la tutela, y los que sobre la mujer casada acuerda al marido la ley civil".

12. Los términos 'marido' y 'esposa' no son los más adecuados. Es preferible la utilización de 'cónyuge'.

13. De acuerdo con el Código Civil venezolano, el "concubinato" no puede existir si alguno de sus integrantes está casado. Ni la mujer ni el hombre pueden tener impedimento legal alguno para contraer matrimonio y simplemente no lo hacen porque prefieren mantener esa unión irregular o de hecho. Por lo tanto, es inadecuado catalogar como "concubina" a la "amante" del marido, y absolutamente absurdo denominar "concubinato de hombre casado" al adulterio cometido por el hombre.

14. La Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño (CIDN) fue aprobada por unanimidad por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Venezuela ratifica dicha Convención y la hizo Ley de la República el 29-08-90 (véase *Gaceta Oficial*, núm. 34.541). Esta Convención en su artículo 1 establece que: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". Así mismo, en su artículo 34 dispone que: "Los Estados parte se comprometen a proteger al niño contra las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados parte tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: A) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; B) La explotación del niño en la prostitución u otras prácti-

cas sexuales ilegales; C) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos".

15. En general: RINCÓN PÉREZ, Gusmar. *Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia. El delito de acoso sexual*. MobilLibros. Caracas. 2001, 130 pp.

16. Esta Ley derogó implícitamente a la Ley Tutelar de Menores de 1980. Digo tácitamente en razón de que no aparece mencionada entre las leyes y los artículos expresamente indicados en el artículo 684 (que establece las derogatorias). En general: SÁNCHEZ, María Guadalupe. *Consideraciones Generales a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente*. Ed. Buchivacoa. Caracas. 2000. 210 pp.

17. Las multas de las infracciones contenidas en la LOPNA se calculan en base al ingreso mensual percibido por el sancionado, al momento en que la respectiva sanción se dictó (art. 248).

18. La guarda comprende la custodia, la asistencia material, la vigilancia y la orientación moral y educativa de los hijos, así como la facultad de imponerles correcciones adecuadas a su edad, desarrollo físico y mental (art. 358).

19. Podría, por tanto, llegar la pena a 12 años y seis meses de prisión, superando así a la prevista para la violación agravada del artículo 376 del Código Penal, aunque allí la pena es de presidio, sin embargo, a los efectos prácticos ya no existe diferencia entre la prisión y el presidio, eliminados como están los trabajos forzados.

20. El artículo 2 establece que: "Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución".

21. El artículo 2 señala que: "Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución".

22. El artículo 2 indica que: "Por utilización de niños en la pornografía se entiende toda la representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales".