

LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO*

Algunas reflexiones político-criminales
y de derecho comparado

Manuel Cancio Meliá

I. Introducción

1. Ante todo, creo que he de comenzar –aunque quizás no sea del todo correcto que sea yo mismo quien haga esta reflexión– constatando que la tarea que se me ha encomendado –un análisis de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en el nuevo Código Penal colombiano–, según creo, no resulta nada sencilla. En efecto, como en todo estudio de las figuras delictivas concretas, de la parte especial de un ordenamiento ajeno, son considerables las dificultades con las que se enfrenta el observador ajeno al país, especialmente, si se comparan éstas con las que se presentan en los análisis llamados de parte general, en los que la abstracción propia de las reglas generales de la imputación facilita el tránsito de un ordenamiento positivo a otro.

En cambio, lo cierto es que en un estudio de parte especial son muchos y de gran relevancia los obstáculos. En primer lugar y sobre todo, el desconocimiento por parte del observador foráneo de la *praxis* judicial en la aplicación de las normas en cuestión,

* El texto es una versión, provista de un limitado aparato bibliográfico, de la ponencia presentada por el autor el 24 de agosto de 2001 en las xxiii Jornadas Internacionales de derecho penal (“Principales reformas de la parte especial en el nuevo Código Penal”) organizadas por la Universidad Externado de Colombia en Bogotá. Agradezco a todos los intervinientes en el debate sus aportaciones.

un elemento que, como es sabido, es imprescindible para conocer el verdadero alcance de un determinado sector de infracciones. En segundo lugar, la peculiar naturaleza de las figuras que me corresponde estudiar, ya que las infracciones penales en materia sexual, si bien puede decirse que –a diferencia de otros ámbitos de la parte especial– están presentes en cualquier sistema de normas penales, pasado o futuro, precisamente –y ello queda demostrado por la enorme variedad de sistemas de tipificación de infracciones en el ámbito sexual– se encuentran muy estrechamente vinculadas a las peculiaridades de la idiosincrasia de la sociedad que las ha producido, de modo que la falta de un conocimiento profundo de aquella puede conducir a valoraciones poco respetuosas con el medio social en el que han de aplicarse. Finalmente, en tercer lugar, la reciente aprobación del nuevo Código Penal colombiano tiene como consecuencia que no haya podido contar con la guía de aportaciones doctrinales colombianas en el análisis de los cambios que introduce la reforma en este sector normativo.

2. Si a pesar de todo lo acabado de exponer cabe pensar que algo de sentido puede tener quizás un estudio efectuado desde una perspectiva externa a Colombia, es por dos razones, una general y otra específica: por un lado, cabe aventurar la existencia de marcadas coincidencias de las claves culturales que rigen el tratamiento penal de la sexualidad, a pesar de la evidente distancia que media entre nuestros países en determinados aspectos políticos, económicos e incluso etnográficos. Por otro lado, la peculiar e intensa historia legislativa de los últimos años en mi país en materia de incriminación de conductas contrarias a la libertad sexual, una historia de reformas y contrarreformas, ofrece un material de contraste frente a las soluciones en el nuevo CPC –dentro de una misma orientación político-criminal general, según creo– que quizás pueda aportar un punto de vista de cierto interés para el estudioso colombiano.

3. En todo caso, por las razones expuestas al principio, no se pretende ofrecer en esta exposición una aportación doctrinal regular. Sólo se intentará un análisis comparado –dada la amplitud de la materia abordada, restringido a algunas pocas cuestiones–, fundamentalmente, desde la perspectiva del derecho penal español¹, análisis que por contraste quizás pueda aportar nuevos puntos de vista para la discusión colombiana respecto de alguna cuestión político-criminal en este sector normativo.

En lo que sigue, en primer lugar, se intentará sintetizar las líneas maestras de la regulación del título iv del libro 11 del nuevo Código Penal colombiano, abordando alguna cuestión común al conjunto de las infracciones (infra 11). A continuación se pasará revista (infra 111), en todo caso muy brevemente, a los aspectos más destacados que cabe seleccionar respecto de las infracciones de violación (infra 111.1), actos sexuales abusivos (infra 111.2) y proxenetismo (infra 111.3), así como a la polémica cuestión de la incriminación del acoso sexual (infra 111.4).

1. Como anexo a esta ponencia se incorpora el articulado del título viii del libro segundo del Código Penal español.

II. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Introducción: regulación colombiana y española

A primera vista, podría parecer que las regulaciones colombiana y española de las infracciones en materia de libertad sexual son similares. Son varias las características de ambos ordenamientos que pueden conducir a esa impresión.

En efecto, *en primer lugar*, mientras –ya en el plano meramente numérico– el nuevo Código Penal colombiano contiene 15 artículos dedicados a estos delitos (arts. 205 a 219 C. P. C.), en el Código Penal español son 17 los artículos relativos a las infracciones en materia sexual (arts. 178 a 194 C. P. esp.). Por otro lado, *en segundo lugar*, en las infracciones más graves se observa una estructura similar: se distingue entre las infracciones impuestas con violencia (“violación” en el Código Penal colombiano², “agresiones sexuales” en el C. P. esp.³) y aquellas otras que quedan caracterizadas por un componente de abuso (“actos sexuales abusivos” en el C. P. Col., “abusos sexuales” en el C. P. esp.⁴). Finalmente, *en tercer lugar* –anticipando parte del análisis de las dos legislaciones–, cabe decir que las *orientaciones político-criminales* de ambas legislaciones son paralelas⁵. Puede decirse que éstas –al igual que en diversos países europeos⁶– van en dos direcciones: por un lado, parece que las nuevas regulaciones persiguen el fin de adecuar la tipificación al bien jurídico incorporado al rótulo de los respectivos títulos⁷, y ello eliminando algunas infracciones existentes

-
2. Tipo básico: “acto sexual violento” (art. 206 C. P. Col.); tipo cualificado: “acceso carnal violento” (art. 205 CPC), acompañados por la infracción relativa a diversas personas incapaces de manifestar válidamente su voluntad contraria al contacto sexual por haberlos colocado en tal situación precisamente el autor (art. 207 C. P. Col.).
 3. En el C. P. esp., por un lado, las agresiones con violencia o intimidación se denominan “agresiones sexuales”; la infracción más grave –con acceso carnal–, contenida en el art. 179 C. P. esp., se denomina –después de un breve período de 1996 a 1999, en que desapareció esta denominación tradicional– “violación”; por otra parte, en cuanto al alcance de los dos grupos de figuras, existe la diferencia de que el C. P. esp. de 1995 colocó los contactos sexuales con personas cuyo consentimiento o no existe o no es válido, en todos los supuestos, entre los abusos sexuales (arts. 181.2 y 181.3 C. P. esp.), mientras que el C. P. Col., como se acaba de señalar en la nota anterior, mantiene parcialmente la opción tradicional –también en el ordenamiento español– de asimilarlos (aunque solo cuando es el propio autor quien ha colocado a la víctima en tal situación) a lo supuesto de uso de violencia (art. 207 C. P. Col.).
 4. A pesar de la coincidencia en la estructura, como se verá a continuación, son muchas las diferencias en las figuras concretas.
 5. Dejando de lado el más que notable incremento de penas en el caso de la nueva redacción colombiana, respecto del cual desconozco las claves político-criminales que han conducido a él, pero que en algún caso parece muy discutible por excesivo. Tal tendencia al incremento de penas –con una intencionalidad política, al menos en parte, poco relacionada con las necesidades materiales– se observa también –aunque de modo menos intenso que en el caso colombiano– en la última reforma española, producida en 1999.
 6. Cfr., por ejemplo, la información sobre recientes reformas en diversos países europeos ofrecida por DE VICENTE MARTÍNEZ, “La represión de la agresión, abuso y acoso sexual tras la reforma de 1999”, en *AP*, 1999-2, pp. 781 y ss.
 7. Con independencia de la polémica que acompaña a su determinación concreta, a la que se aludirá brevemente más adelante en el texto.

en los respectivos códigos anteriores que mostraban más bien una tendencia a proteger determinadas concepciones sociales sobre la moral sexual⁸. Por otro lado, se introducen nuevas figuras “modernas” y se ha cambiado el sistema de infracciones⁹.

Ahora bien, aquí acaban las coincidencias. En primer lugar, debe destacarse que el proceso de reforma en España ha sido fragmentado en un número considerable de modificaciones parciales que son expresión una política legislativa que sólo cabe calificar de errática¹⁰, mientras que tal precipitación no se aprecia en el caso

-
8. En el Código colombiano, cabe mencionar la desaparición del capítulo dedicado al estupro (cap. II del CPC 1980, arts. 301 y 302), así como de la previsión de extinción de la acción penal por matrimonio (art. 307 CPC 1980); en el Código Penal español, las sucesivas reformas producidas en los últimos años desde 1978, hasta llegar al C. P. esp. de 1995, han supuesto igualmente la eliminación de múltiples figuras: los delitos de adulterio y amancebamiento, de raptó, parcialmente del estupro, y de muchas infracciones en materia de prostitución que habían dejado de aplicarse. Cfr. de modo general sobre esta meta de despenalización sólo DIEZ RIPOLLÉS. *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona, 1985, pp. 17 y ss., 20 y ss.
 9. En cuanto a las figuras modernas, cabe mencionar las infracciones relativas a la pornografía infantil o al turismo sexual. En cuanto al cambio del sistema de incriminación, en el caso colombiano, el cambio decisivo se produjo, como es sabido, en la redacción del C. P. de 1980; en el caso español, el cambio de sistema se produjo en el C. P. 1995.
 10. En efecto, en el caso de España –y sin desconocer los aciertos de la nueva regulación que irán destacándose en el texto que sigue– ha de anticiparse que, como se verá a lo largo de las consideraciones sobre los distintos preceptos, el grado de indecisión que ha caracterizado el proceder del legislador en este ámbito es más que notable. Como ha dicho con razón GIMBERNAT ORDEIG (prólogo al C. P. ed. Tecnos, 1996, p. xxiii), se ha alcanzado aquí el “punto álgido” de un “síndrome de Penélope” legislativo, tejiendo y destejiendo continuamente el entramado de la ley. A pocos años de la última y profunda reforma de estas infracciones en 1989 –cuya línea seguía el Proyecto de 1992–, se vuelve a cambiar de modo radical los elementos esenciales de la regulación en el Código Penal de 1995. De todos modos, como se encargó ya de señalar OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO (“Agresión, abuso y acoso sexual en el Código Penal de 1995”, *AP* 1996, pp. 597 y ss., 606), cabía sospechar que los puntos débiles de la nueva redacción –como ya sucedía con el texto anterior a la reforma de 1989 y acaba de suceder con el introducido por esta última– justifican hablar también de un “suplicio de Sísifo”, pues una vez subida la roca hasta la altura del derecho positivo, ésta puede rodar hacia abajo por razón de esas deficiencias: en efecto, así sucedió en una nueva reforma, de marcada intencionalidad política (por parte de la nueva mayoría parlamentaria conservadora), más interesada en la propaganda superficial que en los contenidos de la regulación: el código de 1995 (aprobado por la izquierda parlamentaria), según los impulsores de la contrarreforma, había producido alarma en los ciudadanos por la “disminución de protección jurídica que se ha producido en el ámbito de los delitos de significación sexual” (así, literalmente, la exposición de motivos de la ley de reforma). A estas consideraciones cabría añadir, siguiendo en la terminología mitológica, que también parece poder detectarse un “síndrome de Edipo” (CANCIO MELIÁ. “Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual”, *La Ley* n.º 4181 [5.12.1996] pp. 1 y s.) en algunos puntos de la regulación, pues si bien se eliminó en 1995 –como se acaba de decir– acertadamente en algunos sectores la tipificación penal de ciertas conductas más bien orientadas a satisfacer determinadas concepciones socio-morales que a proteger el bien jurídico de la libertad sexual, en otros puntos del nuevo texto se advierte la inclusión de nuevas conductas de lesividad dudosamente merecedora de figurar en el Código, cuya tipificación es de carácter más bien simbólico (cfr. sobre todo los arts. 181.3, 184 y 189.3 C. P. esp.): síndrome de Edipo, pues ya que las arpas de la legislación moralizante o meramente simbólica parecen perseguir al derecho penal sexual donde quiera que vaya (sobre la reforma española de 1999, cfr., por ejemplo, los análisis de QUINTERO OLIVARES, Bizkaia Jaurerriko Abokatuen Ohoretsua/Illustre Colegio de

colombiano, en el que la reforma en el nuevo Código sigue la línea trazada en el Código de 1980. En segundo lugar, la apariencia de dimensiones similares en ambas legislaciones es eso, una mera apariencia: los preceptos de la regulación española contienen un número bastante superior de infracciones¹¹. Hay más delitos sexuales en la legislación española que en la colombiana. Así, el Código español –sobre todo en el ámbito de las conductas sin violencia– conoce numerosas infracciones que no se hallan presentes en el Código Penal colombiano¹². A la inversa solo se observa una figura existente en el ordenamiento colombiano que no encuentra correspondencia en el ordenamiento español: la (mera) inducción a la prostitución de personas adultas sigue siendo delito en Colombia (art. 213 C. P. Col.), pero ha desaparecido del Código Penal español.

Como se verá a lo largo de la presente exposición, esta desproporción en cuanto al alcance de conductas incriminadas, a mi juicio, no debe preocupar desde la perspectiva colombiana: las infracciones sólo presentes en el ordenamiento español o bien sobran o constituyen tipos residuales y marginales. Pienso que la talla del traje normativo colombiano responde mejor a una sociedad moderna, adelgazada en la represión de conductas sexuales.

Trazadas así las líneas básicas de los dos ordenamientos que van a servir de base a las presentes reflexiones, puede pasarse a un análisis de varias cuestiones generales de las infracciones en este ámbito.

2. La cuestión del bien jurídico

En el caso del Código español, existe una viva polémica acerca de cuál es, en realidad, el bien jurídico protegido por estas infracciones. Por un lado, están quienes sostienen que el objeto de protección de las infracciones en este ámbito es la libertad sexual sin más; por otro, quienes prefieren distinguir entre la libertad sexual en sentido estricto

Abogados del Señorío de Vizcaya 8 (1997), pp. 11 y ss.; BOIX REIG y ORTS BERENGUER. “Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual por la Ley Orgánica 11/1999”, *AP*, 35 (1999), pp. 667 y ss., de VICENTE MARTÍNEZ. “La represión de la agresión, abuso y acoso sexual tras la reforma de 1999”, *AP*, 1999-2, pp. 781 y ss., PÉREZ PARENTE. “La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: algunos aspectos polémicos”, *LL* 5-2000, pp. 1882 y ss.; TAMARIT SUMALLA. *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual; análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Pamplona, 2000, *passim*.

11. Cfr. *infra* en el texto, 111.2.

12. Concretamente, el tipo básico de abuso sexual (contacto sexual entre adultos sin consentimiento de la víctima, pero también sin violencia, art. 181.1 C. P. esp.); el abuso sexual entre adultos con prevalimiento de una situación de superioridad (art. 181.3 C. P. esp.); el abuso sexual por engaño (art. 183 C. P. esp.); el acoso sexual (solicitud de favores sexuales, bien creando una situación negativa para la víctima, bien aprovechando una situación de superioridad, art. 184 C. P. esp.); la exhibición obscena ante menores o incapaces (art. 185 C. P. esp.); la difusión de pornografía entre menores o incapaces (art. 186 C. P. esp.); finalmente, la corrupción de menores (hacer participar a un menor de edad en un comportamiento de naturaleza sexual “que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de este”, art. 189.3 C. P. esp., habiendo sido reintroducida ésta figura en 1999).

y los intereses de quienes, por no disponer de capacidad de ejercer esa libertad sexual, deben ser preservados en su indemnidad sexual¹³. En el curso de la más reciente reforma en este ámbito¹⁴, se ha modificado el rótulo del título añadiendo ahora a la mención original exclusiva a la libertad sexual también la “indemnidad” sexual.

En esta última línea se ubica claramente el nuevo Código Penal colombiano. La rúbrica se refiere ahora, en vez de a “libertad y pudor sexuales”, a la “libertad, integridad y formación sexuales”. Mientras que la supresión del “pudor” responde a la antes mencionada línea político-criminal general de eliminación de conductas meramente atentatorias contra las normas sociales en materia sexual, la adición de los conceptos de “integridad y formación sexuales” parece poder reconducirse a la polémica entre un concepto unitario o diferenciado de bienes jurídicos en el ámbito sexual.

Permítaseme que termine mi referencia a esta cuestión de un modo poco académico: con todo respeto hacia la construcción conceptual del bien jurídico –y al margen de la utilización propagandística, en el caso español, en el ámbito político del concepto fragmentado¹⁵–, lo cierto es que la discusión político-criminal debe interesarse, sobre todo, por cuál es el ámbito de incriminación efectivo, es decir, qué conductas son susceptibles de ser incluidas de modo legítimo en el ámbito penal. Y para ello no necesariamente la adopción de un modelo diferenciado o unitario de bien jurídico es el elemento decisivo: así lo demuestra el Código Penal colombiano, que a pesar de hacer uso de un concepto tripartito de bien jurídico contempla un ámbito de incriminación muy inferior al español.

13. Cfr. sólo la polémica en COBO DEL ROSAL, “Delito de rapto”, en: COBO DEL ROSAL (dir.), BAJO FERNÁNDEZ (coord.). *Comentarios a la legislación penal*, II, *El derecho penal del Estado democrático*, Madrid, 1983, pp. 401 y ss.; CARMONA SALGADO. *Los delitos de abusos deshonestos*, Barcelona, 1981, pp. 40 y ss.; GONZÁLEZ RUS. *La violación en el Código Penal español*, Granada, 1982, pp. 283 y ss., 626 y s.; MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte Especial*, 114 edición, Valencia, 1996, pp. 176 y ss.; por la opinión contraria, que no admite la autonomía de la “indemnidad” frente a la “libertad” sexual, cfr. sólo DIEZ RIPOLLÉS. *La protección de la libertad sexual* (nota 8), pp. 24 y ss., 28 y s.; sobre el último estadio de la polémica, cfr. por un lado, DIEZ RIPOLLÉS. “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, *RDPCR* (24 época) 6 (2000), pp. 69 y ss.; y, por otro, CARMONA SALGADO, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Compendio de derecho penal español. Parte Especial*, Madrid, 2000, pp. 177 y ss.

14. Por Ley Orgánica 11/1999.

15. En este sentido, creo que puede decirse que la introducción en la reforma de 1999 de la modificación en el rótulo (la introducción de la “indemnidad”) por parte de la nueva mayoría parlamentaria conservadora en España, pretende, más que terciar en la discusión teórica acerca de si la libertad sexual es una, es bifronte o es trina, acusar al anterior legislador, a la mayoría parlamentaria de izquierda que aprobó el nuevo Código Penal español de 1995, de dejación de la protección, precisamente, de los que deben permanecer “indemnes” (lo que es un tema enormemente sensible para la opinión pública europea y española, especialmente en los últimos años en los que han tenido particular relevancia en los medios de comunicación múltiples casos de abusos y agresiones sexuales a menores); sobre la sistemática de protección de los menores en derecho penal español, cfr. por ejemplo, los trabajos de TAMARIT SUMALLA. *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual* (nota 10), *passim*; SUBIJANA ZUNZUNEGUI. “La victimización infantil: menores víctimas de agresión sexual y sistema judicial”, *AP* 14 (2000), pp. 331 y ss.

3. La relación matrimonial o análoga entre víctima y autor

Una cuestión en la que la reforma del CPC adopta, a mi juicio, una posición clara es respecto de la irrelevancia de la existencia de vínculo matrimonial o de una relación análoga¹⁶ a efectos de apreciar la existencia de una infracción contra la libertad sexual. En efecto, en un primer paso, el tránsito de una regulación orientada a la protección de la “honestidad” hacia una protección de la libertad sexual implica ya la posibilidad¹⁷ de que una violación u otro delito sexual dentro del matrimonio, desde luego, ingrese en el ámbito típico¹⁸.

Pero, además, una vez asumido que la esposa –como es sabido, siempre o casi siempre se trata de casos en los que es el hombre quien agrede a su compañera– no pierde, desde luego, su libertad sexual por el hecho del matrimonio, que no existe algo así como una eximente por “ejercicio legítimo de un derecho”, hay que determinar si en comparación con las infracciones entre extraños se trata de un injusto de la misma o de superior o inferior gravedad. Se ha argumentado que la gravedad de la agresión disminuye en estos supuestos por el hecho de que se produce un contacto sexual con quien, en otras ocasiones, ya ha tenido acceso a la intimidad de la víctima; ahora bien, también puede pensarse –lo que resulta más convincente, a mi juicio– que precisamente la existencia de una relación de comunidad de vida genera una situación de confianza en la que la agresión contra la libertad sexual adquiere mayor gravedad por provenir de quien ha asumido un compromiso de apoyo mutuo, de confianza, con su víctima. Si bien esta posición, creo, podía ser defendida ya en relación con la regulación colombiana anterior, queda claramente establecida por la introducción de la previsión agravante del artículo 211.5 C. P. Col.¹⁹ –significativamente, se trata de la única agravante en este sector de regulación que no estaba presente en el C. P. Col. de 1980–: no sólo es posible que exista la infracción dentro del matrimonio o situaciones análogas, sino que ésta se agrava²⁰.

-
16. Como es asumido desde hace tiempo por el ordenamiento español (cfr. la circunstancia “mixta” –agravante o atenuante, según las infracciones en cuestión– del art. 23 C. P. esp., que menciona al cónyuge o a la persona “a quien se halle ligado [el autor] de forma estable por análoga relación de afectividad”) y por el nuevo art. 211.5 C. P. Col. al que se alude a continuación en el texto.
 17. Tal tránsito dentro de la formulación literal del tipo fue posible, como es claro, en aquellos ordenamientos, como el colombiano o el español, que no conocían una limitación expresa de las infracciones en cuestión a sucesos ocurridos fuera del matrimonio, como era el caso de Alemania, donde la reciente incriminación (1997) de la “violación en el matrimonio” ha venido acompañada de una intensa polémica; cfr. sólo las consideraciones críticas de JÄGER. “Symbolisches Strafrecht-expressive Kriminalpolitik: Die Reform der Sexualdelikte”, en *Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a. M.* (ed.), *Irrwege der Strafgesetzgebung*, 2000, pp. 49 y ss., 55 y ss.
 18. Cfr. sobre esta problemática en España, por todos, últimamente CARMONA SALGADO. “Problemática actual de la violación entre cónyuges y parejas de hecho”, en CEREZO MIR *et al.* (ed.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*. Libro homenaje a ANGEL TORIO LÓPEZ, 1999, pp. 665 y ss.
 19. Que establece como circunstancia de agravación punitiva que la infracción “se realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se ha procreado un hijo”.
 20. Así en la jurisprudencia española, en este sentido (aplicación como agravante del art. 23 C. P. esp.) últimamente, por ejemplo, la STS 23.5.1995 (Ar. 3909).

Ahora bien, lo cierto es que cabe pensar que el legislador colombiano se ha excedido en la delimitación del círculo de situaciones que han de dar lugar a la agravación: si la razón –correctamente fundamentada, a mi juicio– de la agravación está en la peculiar relación de confianza que se genera mediante el vínculo matrimonial o situaciones de hecho asimilables, lo cierto es que tal relación de confianza no existe necesariamente de modo actual en parte del ámbito aprehendido por el artículo 212.5 C. P. Col., es decir, con el sujeto con “quien se haya cohabitado” en el pasado, y no tiene por qué existir, mucho menos, respecto de la persona “con quien se haya procreado un hijo”. Al incluir personas con las que ya no se convive, o con las que lo único –como se sabe, para ello no es necesario una convivencia prolongada o una intensa relación emocional– se ha hecho es procrear, se extiende la agravación más allá de lo que es su ámbito cubierto por una razonable fundamentación.

4. La cuestión de la prueba

En relación con todas las infracciones en materia de libertad sexual es conveniente recordar un aspecto situado fuera del ámbito del derecho penal material, pero que en muchos supuestos puede adquirir gran relevancia: las características de la prueba. Dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse –con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos–, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. En este sentido, en España existe una jurisprudencia constante del Tribunal Supremo conforme a la cual puede bastar el testimonio de la víctima para desvirtuar la presunción de inocencia cuya vulneración frecuentemente se alega por las defensas en este tipo de delitos²¹.

21. Cfr. últimamente, entre otras muchas, STS 2.1.1996 (Ar. 78): “Es doctrina de esta Sala que ‘el testimonio de la víctima de un delito tiene aptitud y suficiencia para enervar el principio de presunción de inocencia siempre y cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el juzgador y le impidan formar su convicción, incluido el aspecto de credibilidad cuya valoración corresponde al Tribunal de instancia’ (sentencias de 5 de marzo y 14 de mayo de 1994 y 22 de marzo de 1995). Por tanto, sujeta la evaluación de testimonios emitidos por [las] ... víctimas... a las reglas de libre valoración que corresponden al órgano jurisdiccional de instancia (art. 741 de la LECRIM), es a éste a quien compete obtener conclusiones incriminatorias de las mismas. Si es así que tal proceso valorativo se concreta en una razonada –aunque escueta– exposición, que otorga dotes de credibilidad y certeza a tales declaraciones incriminatorias, es obvio que la destrucción de la presunción protectora de la inocencia se ha producido sin quebranto de su cobertura constitucional, pues las especiales circunstancias comisivas que normalmente concurren en los delitos contra la libertad sexual, abonados por la fidelidad perceptiva que otorga el principio de inmediación a las declaraciones de los que normalmente tienen en aquéllos la doble cualidad de únicos testigos-víctimas, propician una específica y atenta ponderación circunstanciada que, por un lado, aparece si cabe como más rigurosa y exigente en lo que a la fiabilidad se refiere y, de otro, sugiere prestar una extremada atención a los detalles de lugar, tiempo y modo que, como datos objetivos complementan las posibles deficiencias de constatación narrativa que, en casos como el presente, pueden ofrecer las versiones prestadas...”.

III. LAS INFRACCIONES EN PARTICULAR

1. Delitos de violación

a. Consideraciones generales

En ambos códigos se opta por utilizar un tipo básico (arts. 206 C. P. Col. y 178 C. P. esp.) y uno agravado por las especiales características del contacto sexual impuesto con la agresión (arts. 205 C. P. Col. y 179 C. P. esp.), acompañados de una serie de circunstancias agravantes comunes (arts. 211 C. P. Col. y 180 C. P. esp.). Las infracciones de violación (agresiones sexuales, en el Código Penal español) se caracterizan por el hecho de que el contacto sexual se impone por parte del autor abiertamente, mediante una confrontación, a la víctima: el código colombiano habla de “violencia”, mientras que el código español se refiere a “violencia o intimidación”, si bien cabe entender que ingresa en el ámbito del concepto de “violencia”, en el caso colombiano, también la intimidación de gravedad suficiente²².

En este contexto adquiere especial relevancia una cuestión que se encuentra a caballo entre los problemas de prueba y de definición de la conducta, la cuestión de la *resistencia de la víctima*: ¿qué cabe exigir del comportamiento de la víctima contrario a la conducta típica del autor? Una vez que el punto de referencia de toda la regulación ya no es la “honestidad” –qué podía exigir una resistencia heroica de la mujer “honesta” o “virtuosa”, sino la libertad sexual, la respuesta es clara: lo único que debe exigirse es la falta de consentimiento y la manifestación seria de ésta, es decir, un sencillo “no”. En este sentido, en el ordenamiento español existe una línea jurisprudencial relativamente reciente que ha afirmado que la resistencia de la víctima no es elemento del delito, sino la violencia del autor. De este modo se rompe con posiciones anteriores de la jurisprudencia española, que primero exigió una resistencia considerable, para pasar luego a una resistencia “razonable”, mientras que ahora se contenta con la constatación de la voluntad contraria de la víctima²³. Por lo tanto, con independencia

22. Amenaza con un mal grave inminente. A mi juicio, hubiera sido preferible, en ambas legislaciones, precisar la vertiente intimidatoria de la conducta: en este sentido, quizás hubiera sido adecuado optar por una delimitación de la intimidación típica ya en el texto legal, como hacen, por ejemplo, los §§ 177 y 178 del Código Penal alemán (amenazas con un peligro actual para la vida o la integridad corporal; sobre el problema, respecto del anterior delito de violación en el ordenamiento español, cfr. por todos el estudio de GIMBERNAT ORDEIG. “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria”, en *Estudios de derecho penal*, 3.ª ed., Madrid, 1990, pp. 287 y ss., 289 y ss.).

23. “Lo verdaderamente importante en la violación, desde el punto de vista jurídico, es saber de la intencionalidad decidida del violador, es saber de los medios empleados en su ataque físico o moral. Porque en cuanto a la resistencia, que el sujeto pasivo por su parte ofrece, ya se ha abandonado la antigua doctrina que exigía fuera ésta trascendente, casi heroica, estimándose suficiente una resistencia seria, más tarde definida como razonable, cuando no incluso se llega a prescindir por completo de las características de una actitud defensiva que, sin otra eficacia jurídica, sólo puede hacer peligrar incluso la vida misma”. (STS 16.5.1995 [Ar. 4488]); “la resistencia de la víctima no es un elemento del tipo de

de los problemas de prueba –antes aludidos– que produce el hecho de que en estas infracciones en muchos casos el único elemento incriminador sea el testimonio de la propia víctima, quedan superados tiempos en los que se convertía en objeto fundamental del debate probatorio las lesiones que hubiera producido el sujeto activo al pasivo, para demostrar que hubo resistencia: “el hecho de que el acusado no emplease fuerza contra ella [la víctima] de forma que le causara lesiones visibles no [es un elemento] que cuestione su resistencia ante el agresor²⁴.”

En el ámbito del *lado subjetivo de la infracción*, la descripción objetiva de la conducta (C. P. Col.: realizar acto sexual mediante violencia; C. P. esp.: atentar contra la libertad sexual) puede ser en cierta medida un punto de apoyo para superar definitivamente la corriente jurisprudencial y doctrinal que exigía respecto del delito tipificado en el artículo 430 del anterior Código Penal español la presencia de un especial “ánimo lúbrico” o “libidinoso”²⁵ –un elemento siempre perturbador y de difícil prueba, como todas las actitudes subjetivas–, ya que el acento en la descripción típica no está en que se trata de una agresión de carácter finalmente sexual (elemento en el que podía ampararse la exigencia de un especial ánimo), como podía entenderse respecto de la regulación española anterior, sino en que debe concurrir un atentado contra la libertad sexual (lo que parece más desvinculado del carácter de motivación sexual del autor). Como ya había propuesto un sector doctrinal español respecto de la regulación anterior²⁶, parece que bastará con que el dolo del sujeto activo se refiera al mencionado carácter de atentado contra la libertad sexual. De hecho, ya respecto de la regulación anterior en España existía una reciente corriente jurisprudencial que se manifestaba contraria a exigir un elemento subjetivo del tipo, afirmando, por el contrario, que basta el conocimiento del carácter sexual del comportamiento realizado²⁷.

b. Acto sexual violento (art. 206 C. P. Col.)

De acuerdo con la opción del legislador en la regulación de los delitos más graves contra la libertad sexual (“violación”), en el tipo básico –formulado en el Código Penal colombiano a modo de tipo residual: “acto sexual diverso al acceso carnal”–, se describe la infracción que contiene los elementos esenciales del grupo de delitos contenido en el capítulo primero: la realización de un atentado contra la libertad sexual mediante violencia.

violación” (STS 27.2.1995 [Ar. 5344]); cfr. también, por ejemplo, STS 22.2.1995 (Ar. 1312); 21.3.1995 (Ar. 2047); 11.2.1994 (Ar. 690); 4.5.1992 (Ar. 3697).

24. STS 22.2.1995 (Ar. 1312).

25. Cfr. en este sentido últimamente, por todos, SUÁREZ RODRÍGUEZ. *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Pamplona, 1995, pp. 306 y ss.

26. Cfr. sólo QUERALT JIMÉNEZ. *Derecho penal español. Parte Especial*, 2.^ª ed., Barcelona, 1992, p. 143; CARMONA SALGADO. *Los delitos de abusos deshonestos* (nota 13), pro 159 y ss., 167 y ss.; respecto de la actual, cfr. sólo MUÑOZ CONDE. *Parte Especial*, 11.^ª ed., pp. 182 y ss.; CANCIO MELIÁ. “Comentarios a los arts. 178 a 194”, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), JORGE BARREIRO (coord.). *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997, p. 520.

27. Cfr. STS 25.1.1994 (Ar. 108) y 6.2.1995 (Ar. 708).

En este contexto llama la atención un determinado grupo de casos, no del todo infrecuente, que en la redacción del artículo 206 C. P. Col. parece que debe quedar fuera del ámbito de incriminación por razones de legalidad: aquellos supuestos en los que el autor, *sin establecer contacto corporal directo*, obliga a realizar a la víctima una determinada actividad sexual, como puede ser, por ejemplo, obligar al sujeto pasivo a masturbarse, o a realizar una conducta de significación sexual en un tercero. En efecto: al referirse el artículo 206 C. P. Col. a la conducta de quien “realice en otra persona” los actos sexuales en cuestión, parece claro que la prohibición de la analogía consagrada en el artículo 6.º C. P. Col. impedirá su inclusión en el ámbito típico. En cambio, el legislador español ha resuelto con la redacción del tipo básico paralelo esta antigua cuestión –en particular, condensada en una antigua línea jurisprudencial que exigía la existencia de contacto corporal entre víctima y autor²⁸– en sentido contrario: la fórmula de descripción utilizada (“atentare contra la libertad sexual”, en lugar de “agresión sexual” en el artículo 430 del Código penal anterior) permitirá incluir con mayor claridad en el ámbito del precepto aquellos supuestos en los que el sujeto activo no actúa sobre el cuerpo del sujeto pasivo, sino lo obliga a realizar algún acto sexual sobre su propio cuerpo o con terceros: pues si resultaba discutible que este tipo de comportamientos pudieran ser calificados de “agresión”²⁹, parece que no hay obstáculo lingüístico a entender que pueden “atentar” contra la libertad sexual.

Desde el punto de vista aquí adoptado, parece más adecuada la solución que recoge el Código español y que hace posible la incriminación de las conductas en cuestión: teniendo en cuenta que se trata de la protección de la libertad en el ámbito sexual (y no de salvaguardar un espacio corporal concreto), no hay razón alguna para considerar fuera del ámbito típico este grupo de casos. Y no debe colocarse al juez penal entre la Escala del respeto al principio de legalidad y la Caribdis de la necesidad de pena de una conducta materialmente antijurídica³⁰.

28. El TS español, sin embargo, había admitido ya respecto de la regulación anterior (en la que sólo se hablaba de “agresión sexual” para definir la conducta) en alguna ocasión la existencia de un delito de agresión sexual en casos en los que se obliga a la víctima a exhibir su cuerpo frente al autor: concurre al menos tentativa del delito de agresión sexual “...al conminar [el autor a la víctima] para que se despojara de la ropa de cintura para abajo, deteniendo su acción al comprobar que tenía la menstruación; no se llegó, pues, a contactos personales, aunque podría cuestionarse si la simple contemplación lasciva que necesariamente produjo en la menor una situación vejatoria, no llevó los hechos más allá de la tentativa. [el TS no podía apreciar consumación por razón del *petitum* del recurso]” (STS 15.11.1993 [Ar. 8584]).

29. Cosa que rechazaba cierto sector doctrinal respecto de la regulación anterior, cfr. sólo MUÑOZ CONDE. *Parte Especial*, 10.ª ed., p. 430, quien siguió sosteniendo la misma postura respecto de la regulación actual, cfr., ob. cit., 11.ª ed., p. 182.

30. Imagínese el siguiente supuesto: el sujeto activo amenaza con un arma a su víctima para que se masturbe desnuda, ante una concurrencia de personas. Está claro que no ha cometido acto sexual alguno “en” otra persona –lo contrario supondría violar el alcance máximo del lenguaje común–, y también está claro que esta conducta puede afectar a la libertad sexual de la víctima tanto (o más) que, por ejemplo, unos tocamientos realizados mediante violencia.

Parece, por otra parte, que se deberá prestar especial atención a las conductas situadas en el *límite inferior de gravedad*, especialmente si se tiene en cuenta que no existe en el ordenamiento colombiano una figura que pudiera operar³¹ como tipo de recogida. Esa delimitación adquiere mayor relevancia, además, por el hecho de que el precepto ahora comentado incrementa muy notablemente la pena mínima respecto de la prevista para el anterior artículo 299 C. P. Col. 1980 (que era de prisión de uno a tres años). La situación es algo menos compleja en el caso del ordenamiento español, puesto que, en primer lugar, la pena mínima sigue situada en un año de prisión, y, en segundo lugar, muchos de los supuestos de menor gravedad podrán situarse en el nuevo código en el delito de abusos sexuales del artículo 181.1 C. P. esp., al faltar violencia o intimidación. En este sentido, no se podrá seguir sosteniendo la postura de la Fiscalía General del Estado española, expresada en su circular n.º 2/1992³², en la que se afirmaba que en las agresiones sexuales también tienen cabida supuestos de empleo de “astucia” –por ejemplo: un tocamiento fugaz sin violencia–; al faltar el elemento típico de la violencia, habrán de reconducirse, como se ha dicho, al artículo 181.1 C. P. esp. En el caso colombiano, debe estimarse que estas conductas son atípicas (al menos en cuanto delitos contra la libertad sexual), una conclusión que no debe preocupar en demasía, dada la poca gravedad de las conductas en cuestión.

c. Acceso carnal violento (arts. 205 y 212 C. P. Col.)

El artículo 205 del nuevo Código Penal colombiano viene a ocupar, como ya lo hacía el artículo 298 del código de 1980, en lo esencial el espacio que correspondía en nuestras legislaciones históricas al delito de violación, y lo hace en forma de tipo agravado respecto del tipo básico del acto sexual violento. Aparte de mantener la desaparición de la denominación, clásica en nuestros derechos –y también en otros ordenamientos–, de “violación”³³, cambio al que de por sí no parece que deba atribuirse mayor relevancia, el nuevo código colombiano ahora introduce varias novedades de gran importancia:

En primer lugar, ha de recordarse aquí el espectacular *incremento* de *penas*, característica general de la reforma en este sector normativo del nuevo Código Penal colombiano, que resulta especialmente llamativo en esta infracción. En efecto, teniendo en cuenta la diferente relevancia de los bienes jurídicos implicados, no parece del todo explicable que exista un solapamiento en el marco penal entre el homicidio doloso (art. 103 C. P. Col., 13 a 25 años de pena de prisión) y esta infracción. Y, sobre

31. Como sí puede hacer el art. 181.1 C. P. esp., cfr. a continuación en el texto.

32. Relativa a la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, en relación con el art. 430 del Código Penal anterior.

33. Como es sabido, desapareció en el Código colombiano de 1980 respecto de la figura de acceso-penetración, pero se ha mantenido en el rótulo del capítulo; en el Código Penal español se eliminó –para la forma más grave de contacto sexual violento– en 1995, para volver a ser introducida en la reforma de 1999.

todo, resulta al menos llamativo que el legislador colombiano tomase la determinación de incrementar de modo tan drástico la pena en comparación con la prevista en la regulación anterior (art. 298 C. P. Col. 1980; prisión de dos a ocho años), dejando el antiguo límite máximo como actual límite mínimo. ¿Tanto ha cambiado la percepción de la sociedad colombiana acerca de la jerarquía de los diversos bienes jurídicos desde la aprobación del código de 1980?

En segundo lugar, en el ámbito de la *descripción típica*, se produce un cambio esencial en cuanto a las modalidades de realización de la infracción: el nuevo código ha fijado, mediante un precepto de definición auténtica –el art. 212 C. P. Col.–, qué significa “acceso carnal”. La relevancia de esta decisión del legislador es aún mayor si se tiene en cuenta que las modalidades comisivas de este precepto quedan recogidas también como supuestos cualificados en el marco de otras infracciones (arts. 207, 208 y 210 C. P. Col.).

Para caracterizar el nuevo alcance de la infracción, es conveniente recordar el origen de esta infracción en el delito tradicional de violación. Originariamente, esta figura estaba dedicada a la protección de la “honestidad” de la mujer frente al “yacimiento” (coito vaginal) obtenido mediante violencia por parte de un varón “no autorizado”. De acuerdo con este entendimiento, el único espacio que quedaba protegido en la infracción era la esfera genital de la mujer, ubicación física –con todas las implicaciones respecto de la organización social de la posición de la mujer, la virginidad y la reproducción– en la que se entendía residenciada la expresión máxima de la “honestidad”. Una vez abandonada esta concepción³⁴, con el tránsito a la noción de libertad sexual como base de la regulación penal, son varias las consecuencias que cayeron por su propio peso: no tenía sentido, en primer lugar, mantener únicamente la esfera genital femenina como objeto físico de protección de la figura más grave en este sector normativo. En un proceso de cristalización, en primer lugar, fueron añadiéndose otras cavidades corporales no relacionadas con esa noción decimonónica de “honestidad” (vía anal y bucal), pero sí susceptibles de dar lugar a un grave ataque contra la libertad sexual en caso de invasión. En segundo lugar, tampoco tenía sentido limitar a la mujer la condición de sujeto pasivo, pudiendo serlo –como titular, en iguales condiciones, de la libertad sexual– también el hombre, *mutatis mutandis*, claro está. Finalmente, tampoco tenía ya sentido limitar el instrumento de invasión al miembro viril; pues si éste es el único que puede afectar a la reproducción (como telón de fondo de la referida “honestidad”), otros objetos son igual de idóneos para producir la afectación, mediante invasión, de la libertad sexual: se contempló también la “introducción de objetos” como nueva modalidad típica.

Este es el proceso –paralelo al del Código Penal español– cuyos resultados fija de modo estable el artículo 212 C. P. Col. y lo hace evitando, concretamente, dos dificultades que se han ido presentando en el ordenamiento español desde 1989: en

34. En el caso del Código Penal español, sobre todo mediante la profunda reforma operada en el año 1989.

primer lugar, deja claro que la introducción de objetos sólo es una modalidad de acceso carnal cuando se produce en la vagina o el ano³⁵, ‘única solución aceptable por razones de diferencia de lesividad evidentes. En segundo lugar, deja claro que no sólo se trata, en este ámbito, de la introducción de “objetos”, sino también de otras partes del cuerpo del agresor (dedos, lengua, por ejemplo)³⁶.

Ahora bien, subsisten, como es natural, algunos puntos difíciles en la determinación del alcance de la conducta típica:

En este sentido, en lo que se refiere al “acceso carnal”, la redacción del artículo 212 C. P. Col., al hablar de la “*vía vaginal*” para referirse al coito heterosexual común, puede generar dificultades para una interpretación teleológica en cuanto a la *consumación*: en ocasiones se ha planteado en la jurisprudencia española la cuestión acerca de si la descripción “*vía vaginal*” introducida por la Ley Orgánica 3/1989³⁷ (en sustitución de “*yacimiento*”) en el delito de violación exige penetración en la vagina en sentido anatómico o basta, por el contrario, el llamado coito vestibular (penetración en la esfera genital externa anterior al himen). Parece claro que es esta última interpretación la única correcta: es cierto que mediante tal penetración vestibular es muy poco probable un embarazo, que, por definición, no puede producirse ruptura del himen (elementos ambos que desde la perspectiva de la “*honestidad*” pudieran hacer pensar en la concurrencia de una mera tentativa) y que, como antes se ha dicho, la vagina en sentido estricto no queda afectada en estos supuestos. Pero también está claro que no supone infracción al principio de legalidad la utilización de un concepto no estrictamente anatómico de “*vía vaginal*” y que, desde el punto de vista material, la afectación de la libertad sexual ya puede estar completa: ha habido una invasión de la esfera corporal íntima de la víctima³⁸.

Por otro lado, el precepto del artículo 212 C. P. Col. incorpora expresamente la “*penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto*” como modalidad típica. Como antes se ha dicho, el legislador colombiano ha tenido el acierto de excluir de esta alternativa de conducta la boca como cavidad receptora. No tiene ningún sentido establecer la misma pena para quien introduce a otro en la boca un objeto (como puede ser un miembro viril de plástico) que para quien penetra a otra persona por vía anal. Las diferencias de lesividad son evidentes. Ahora bien, ¿sirve cualquier objeto? Puede pensarse que no debería dar lugar a la aplicación de este tipo la introducción de cualquier objeto –recuérdese que estamos ante una sanción

35. Mientras que en el C. P. esp. ello no estaba claro hasta la reforma de 1999.

36. Mientras que en el ordenamiento español, al hablarse sólo de “objetos”, hay razones de legalidad que dificultan al menos considerar que la lengua o los dedos, por ejemplo, sean “objetos”.

37. Eliminada después por la redacción del C. P. esp. de 1995 (sólo se hablaba de “acceso carnal”), y reintroducida (en un episodio más de la falta de seriedad y de respeto a las palabras de la ley del legislador español) en la reforma de 1999.

38. En este último sentido, por entender que esta conducta da ya lugar al desvalor típico, cfr., por ejemplo, las STS 31.5.1994 (Ar. 4070), 20.6.1995 (Ar. 4832).

mínima de ocho años de prisión—, so pena de caer en incoherencias valorativas evidentes, de incluir “naderías” en este tipo³⁹, o, al menos, conductas que pertenecen más bien a la esfera del tipo básico residual del artículo 206 C. P. Col. En este sentido, ORTS BERENGUER⁴⁰ ha propuesto delimitar la noción de objeto en el sentido del precepto como “...aquel que reúne condiciones para, en alguna medida, ser apto para un ejercicio de sexualidad, y no aquel otro que sólo merezca ser tomado como instrumento de una agresión física”. En definitiva, el criterio esencial a la hora de aplicar esta modalidad comisiva será la comprobación que concurre un atentado contra la libertad sexual⁴¹ equiparable a las otras modalidades de acceso carnal.

Queda claro que en lo relativo a esta modalidad comisiva, la introducción de otras partes del cuerpo humano o de objetos, no podría seguir manteniéndose el criterio de aquel sector doctrinal minoritario en España que respecto del delito de violación del anterior Código Penal español sostenía que sólo cabía entender como *sujeto activo* al varón⁴². Respecto de las demás modalidades contempladas, sin embargo, está claro que podrán seguir sosteniéndose ambas opiniones (sostener que puede ser sujeto activo sólo el hombre o, por el contrario, que también puede serlo la mujer): desde el punto de vista de la redacción, puede pensarse que puede ser sujeto activo del delito la mujer que obliga a un hombre —aunque ello sea difícil de imaginar, parece que no es imposible, y, además, existe la previsión del artículo 207 C. P. Col., en la que el supuesto (por ejemplo, mediante un “filtro de amor”) es perfectamente imaginable— a penetrarla, ya sea por vía vaginal, bucal o anal. ¿Ha cometido entonces la mujer un delito de acceso carnal violento? Partiendo de que el “acceso carnal” comporta siempre la penetración del órgano sexual masculino, y teniendo en cuenta que el tipo incorpora como conductas agravadas sólo modalidades invasivas, parece que los mejores argumentos están de parte del sector doctrinal que sostiene una posición restrictiva⁴³: no es lo mismo ser invadido con violencia que ser obligado a invadir a otro. De este modo, la mujer sólo podría ser sujeto activo del delito en la modalidad de introducción de objetos; aquellos supuestos en los que la mujer obligara a un hombre a mantener un contacto sexual subsumible en alguna de las tres restantes modalidades típicas deberían ser reconducidos al tipo del artículo 206 C. P. Col.

39. Respecto de la regulación anterior española en el art. 430 2.º inciso ORTS BERENGUER, en *La reforma penal de 1989*, p. 154.

40. “Comentario a los arts. 178 a 194”, en VIVES ANTÓN (coord.). *Comentarios al Código Penal de 1995*, t. I, Valencia, 1996, p. 914.

41. Así respecto del art. 430 del Código español anterior RUIZ ANTÓN. “Comentario a los arts. 429 a 433 y 443 a 452 bis g)”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y RODRÍGUEZ RAMOS (coords.). *Código Penal comentado*, Madrid, 1990, p. 817.

42. Cfr., por ejemplo, QUERALT JIMÉNEZ. *FE*, 2.ª ed., p. 135; BAJO FERNÁNDEZ, DÍAZ MAROTO y VILLAREJO. *Manual de derecho penal. Parte Especial III. Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, 3.ª ed., Madrid, 1995, X/25a y ss.; MUÑOZ CONDE. *Parte Especial*, 10.ª ed., p. 418; por la opinión contraria, cfr. sólo RUIZ ANTÓN. *CP Com.*, p. 812.

43. Cfr. en este sentido, por ejemplo, CANCIO MELIÁ. *Com. CP*, pp. 523 y s.

2. Actos sexuales abusivos

Como antes se ha indicado, en este ámbito –a pesar de la coincidencia de ambos ordenamientos en los aspectos fundamentales de la técnica de incriminación– la principal constatación que se alcanza al efectuar un análisis comparativo entre el ordenamiento colombiano y el español es que el código español contiene un número notablemente superior de infracciones –y cuando están presentes en ambos ordenamientos, son de mayor alcance en el caso español– que el derecho colombiano:

Tanto en el Código Penal colombiano como en el código español existen, en este contexto, las siguientes dos infracciones: abuso sexual sobre determinados menores⁴⁴ y abuso sexual sobre personas, incapaces de prestar su consentimiento⁴⁵. La nómina de infracciones que sólo son incriminadas en derecho español es bastante más larga y cuenta nada menos que con *siete delitos*: abuso sexual no consentido (y sin violencia ni intimidación)⁴⁶; abuso sexual entre adultos por prevalimiento⁴⁷; abuso sexual por engaño con persona mayor de trece y menor de dieciséis años⁴⁸; también pertenecen a este contexto, si bien el Código español los ubica en capítulos aparte, el delito de acoso sexual⁴⁹; el delito de exhibición obscena ante menores o incapaces⁵⁰, el delito de difusión de pornografía *entre* menores⁵¹ y, finalmente, el delito de corrupción de menores⁵².

Ante tantas diferencias, la pregunta que se impone es: ¿hay lagunas de punición en el derecho penal colombiano, o es que en derecho penal español existe una hipertrofia de incriminación?.

44. Respectivamente, menores de 14 años, arts. 208 y 209 C. P. Col. menores de 13 años, arts. 181.2, primera alternativa, y 182 C. P. esp. Resulta llamativo –dicho sea de paso– que ninguno de los dos ordenamientos haya optado por introducir una disposición específica para la punición por culpa (como la que contenía el proyecto español de nuevo Código Penal de 1992 en su art. 181 *in fine*); pues su ausencia determinará, de acuerdo con el sistema de incriminación expresa de la imprudencia en el Código colombiano y en el nuevo Código Penal español (cfr. arts. 21 *in fine* C. P. Col. y 12 y 14.1 C. P. esp.), la impunidad de los supuestos de *error* sobre la edad (a menos que el comportamiento en cuestión sea constitutivo de otra infracción de abusos sexuales, claro está). La falta de tal disposición no parece acertada, pues cabe prever que la disyuntiva entre impunidad completa y punición por la infracción dolosa conlleve en la *praxis* judicial distorsiones respecto de la apreciación procesal de los errores en cuestión.

45. Art. 210 C. P. Col.; arts. 181.2, segunda alternativa, y 182 C. P. esp.; concurriendo la peculiaridad de que el ordenamiento jurídico colombiano –con buenas razones, parece– ubica el contacto sexual con persona incapaz de prestar consentimiento entre los delitos de violación cuando es el propio sujeto activo el que ha producido esa situación (art. 207 C. P. Col.).

46. Art. 181.1 C. P. esp.

47. Art. 181.3 C. P. esp.

48. Art. 183 C. P. esp.

49. Art. 184 C. P. esp., cfr., las consideraciones específicas relativas a esta figura *infra* en el texto, iv.

50. Art. 185 C. P. esp.

51. A no confundir con el delito paralelo de difusión etc. de pornografía *en la que participan menores*, arts. 218 C. P. Col. y 189.1 C. P. esp.

52. Reintroducido por la reforma de 1999 y que, incomprensiblemente, se ubica junto con los delitos relacionados con la prostitución (art. 189.3 C. P. esp.).

Dadas las limitaciones de espacio del presente estudio, sólo se efectuará en lo que sigue un análisis, a modo de ejemplo, de tres de las infracciones (exclusivamente) españolas más significativas⁵³: el abuso por prevalimiento entre adultos del artículo 181.3 C. P. esp., el abuso por engaño de mayores de 13 y menores de 16 años en el art. 183 C. P. esp. y la figura, de reciente (re-) introducción, de la corrupción de menores del artículo 189.3 C. P. esp. Las conclusiones de este análisis confirmarán la valoración anticipada al principio de esta exposición: estas infracciones no son necesarias, el “traje normativo” español es excesivo.

El *abuso por prevalimiento entre adultos* contenido en el artículo 181.3 C. P. español parece ser heredero indirecto del llamado estupro de prevalimiento del anterior Código Penal español (art. 434 C. P. esp. 1973). Pero, sorprendentemente, la mención de la edad de la persona frente a la que se realiza el prevalimiento que existía en la regulación anterior (menor de 18 años) desaparece en el C. P. de 1995 y es sustituida por el requisito de que la situación de superioridad –que, al menos, ha de ser “manifiesta”, a diferencia de la regulación anterior– debe “coartar la libertad de la víctima”. Parece que esa situación de superioridad debe suponer un vicio para el consentimiento de la víctima, pues está claro que de entender de modo excesivamente restrictivo el alcance de “coartar”, exigiendo un verdadero constreñimiento de la voluntad de la víctima, se entraría en una difícil zona limítrofe con el ámbito del artículo 178 C. P. español (agresión sexual por intimidación). Por otro lado, si se limita la interpretación del elemento “coartar” a la exclusiva perspectiva subjetiva de la víctima, como cualquier circunstancia capaz de influir en el proceso de toma de decisión, está claro que se le estaría otorgando una amplitud absurda al precepto.

En suma, y sin dudar en ningún momento de las buenas intenciones del legislador, orientadas aparentemente a otorgar una protección penal amplia a la libertad sexual, no parece afortunada la introducción de esta infracción que podría denominarse de “estupro genérico”: entre personas adultas, no abarca situaciones que no pudieran ser

53. Pues respecto de las infracciones contenidas en el capítulo IV, los delitos de exhibición obscena ante menores o incapaces y de distribución de pornografía entre menores o incapaces (arts. 185 y 186 C. P. esp.), si bien no parecen imprescindibles en un Código Penal razonable, tampoco suponen casos flagrantes de hipertrofia incriminatoria; en cierto modo termina con ellos definitivamente la trayectoria de los antiguos delitos de escándalo público, alcanzándose con este capítulo el tratamiento que parece que en un ordenamiento penal democrático debe corresponder a las conductas en cuestión: la incriminación sólo cuando se vean afectadas personas menores o incapaces, eliminando, sobre todo, la figura de exhibición frente a mayores que contenía la anterior regulación. De este modo, se afianza la interpretación de estas infracciones como atentatorias contra la libertad sexual y no como delitos en los que se protege la moral pública o social. En este sentido, y como se ha señalado en la doctrina española respecto de la regulación anterior, será necesario que las conductas incriminadas en este capítulo sean idóneas para afectar negativamente a los menores o incapaces en el ámbito sexual, con independencia de que se entienda que también aquí se trata de proteger la libertad sexual (así Díez Ripollés, *La protección de la libertad sexual* [nota 8], pp. 144 y s.) o más bien el bienestar psíquico de las personas protegidas (así Vives Antón, *FE*, p. 643).

resueltas a través del delito de *amenazas condicionales* (art. 171.1 C. P. esp.). En este sentido, cuando en el pasado se ha planteado la necesidad de introducir una figura de prevalimiento respecto de adultos, ha sido pensando en situaciones especialmente graves de dependencia, como pueden ser las de internamiento en un centro sanitario⁵⁴ o en un centro penitenciario⁵⁵. Fuera de tales situaciones excepcionales, parece que los supuestos que no cumplan con los requisitos del delito de amenazas no merecen la atención del derecho penal. En este sentido, decía con razón el TS español respecto de la anterior regulación en el delito de estupro lo siguiente: “quienes alcanzan los 18 [años] son mayores de edad por mandato constitucional (art. 12 C[onstitución] E[spañola]) y tienen la madurez suficiente para no precisar una tutela específica en el ejercicio de su libertad sexual”⁵⁶. En efecto, el elemento de “prevalimiento” que incorpora el precepto comentado no puede ser suficiente para la tipificación como infracción penal. Por muy reprochables que resulten en el plano ético los comportamientos de “presión difusa” en los que posiblemente pensara el legislador, elevarlos a la categoría de delito –piénsese en la pena considerable que corresponde a la figura cuando se produce acceso carnal etc., artículo 182 párr. 1.º C. P. esp.– es, entre personas adultas, poco razonable, y trata a las víctimas de la infracción no como ciudadanos y ciudadanas capaces de gobernarse a sí mismos, sino como –véase la regulación del anterior artículo 434 C. P. esp. 1973– menores necesitados de la protección del ordenamiento penal frente a oscuros poderes. En este caso puede decirse que la “novedad” de la “técnica punitiva” utilizada a la que se refiere la Exposición de Motivos del nuevo Código Penal español entra de lleno en el ámbito de lo que se ha llamado “derecho penal simbólico”⁵⁷, y lo que se simboliza es una imagen poco halagüeña de la capacidad de hombres y mujeres para ejercer su libertad sexual. Por todo ello, es de esperar que la jurisprudencia vaya estableciendo criterios restrictivos en cuanto al elemento del coartamiento de la libertad de la víctima, y que logre delimitarlo, además, con claridad de la intimidación de los delitos de agresiones sexuales⁵⁸. Pero mejor solución aún estaría en la lisa y llana supresión del precepto⁵⁹.

Por su parte, el *abuso sexual por engaño*, contenido en el artículo 183 C. P. esp. da cabida ahora al llamado estupro fraudulento del artículo 435 del anterior código de 1973 (en el § 2.º del precepto comentado) y a las llamadas agresiones sexuales –en la regulación anterior– tributarias de esta modalidad de estupro (en el anterior código, art. 436; en el precepto aquí comentado § 1.º). El legislador español no ha seguido al nutrido sector doctrinal que proponía la supresión de esta modalidad delictiva y su reconducción

54. Cfr. el § 174 a del Código Penal alemán, que se refiere a estos supuestos, y la propuesta de Díez RIPOLLÉS. *La protección de la libertad sexual* (nota 8), pp. 98 y ss.

55. Cfr. en este sentido el art. 444.1 C. P. esp. y la regla concursal –de delitos– prevista en el art. 445 C. P. esp.

56. STS 19.4.1995 (Ar. 3526).

57. Cfr. también *infra* el texto relativo al delito de acoso sexual, iv.

58. Cfr. CANCIO MELIÁ. *Com. CP*, pp. 532 y ss.

59. En cuanto a las relaciones de la figura comentada con el delito de acoso sexual del art. 184 C. P. esp., también de nueva introducción, cfr. el texto *infra* iv.

al estupro de prevalimiento en la regulación anterior para los casos de mayor entidad⁶⁰. Esta supervivencia del estupro fraudulento –pensado originariamente, en el siglo XIX, para casos de promesa de matrimonio incumplida– no parece tener justificación alguna.

Por ello, parece más acertada la decisión del legislador colombiano, que ha suprimido en el nuevo código penal, precisamente, las dos figuras de estupro por engaño –arts. 301 y 302 C. P. Col. 1980, referidos a menores de 18 y mayores de 14 años– que conocía la regulación anterior.

Finalmente, el llamado delito de *corrupción de menores*, ahora reintroducido en el artículo 189.3 C. P. esp.⁶¹ –como antes se ha dicho, sin que existan razones convincentes, desde la perspectiva aquí adoptada, para explicar su ubicación junto con las infracciones en materia de prostitución– ha sido el principal caballo de batalla de la reciente reforma de 1999⁶². En este sentido, en la discusión política se ha argumentado, así se afirmaba, con la intolerable laguna de punición que la supresión de las antiguas normas contenidas en el anterior Código Penal producía, según algunos, precisamente respecto del círculo de sujetos pasivos más vulnerable: los menores de edad. Con independencia de la posible existencia de penas demasiado leves en la redacción original del nuevo Código Penal español⁶³, lo cierto es que al menos cabe formular dudas acerca de la necesidad de esa infracción – puesto que resultan aplicables, claro está, las infracciones de agresiones o abusos sexuales, con las correspondientes agravantes–, y, sobre todo, críticas respecto de la intolerablemente vaga redacción: “comportamiento sexual de naturaleza sexual que perjudique la evolución o el desarrollo de la personalidad” del menor. Por otro lado, la ausencia de una previsión de asimetría de edad podría conducir, en manos de jueces decididos a imponer una determinada visión de lo que deben ser las relaciones sexuales, situaciones intolerables sin que el tenor literal de la norma lo impida⁶⁴.

3. Proxenetismo

En el ámbito de los delitos relativos a la prostitución, en la reforma introducida en el derecho penal español por el nuevo Código Penal de 1995, por un lado, la nueva

60. Cfr., por ejemplo, DIEZ RIPOLLÉS. *La protección de la libertad sexual* (nota 8), pp. 79 y ss.

61. Téngase en cuenta que la norma colombiana paralela sólo se refiere a los menores de 14 años, art. 209 última alternativa C. P. Col. (“...o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales”); el precepto español se refiere a todos los menores de 18 años.

62. Sobre la reintroducción del delito de “corrupción de menores” en la reforma de 1999 (recuérdese: habiendo entrado en vigor el nuevo Código en 1996 [!]), cfr., por ejemplo, los análisis críticos de MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS. “La incorporación del ‘antiguo’ delito de corrupción de menores en el ‘nuevo’ Código Penal”, C. P. Col. 68 (1999), pp. 321 y ss.; TORRES FERNÁNDEZ. “El delito de corrupción de menores”, C. P. Col. 68 (1999), pp. 381 y ss.; GARCÍA ALBERO. “El nuevo delito de corrupción de menores (art. 189.3 C. P.)”, RDPP 3 (2000), pp. 65 y ss.

63. Cfr., por todos, la argumentación de GIMBERNAT ORDEIG, prólogo al C. P., ed. Tecnos, 2000, pp. 20 y s.

64. Por ejemplo –llevando el supuesto al absurdo–: un joven de 18 años “hace participar” a su compañera sentimental, de 17 años, en algún contacto sexual que algún juez competente considera que perjudica el desarrollo de la personalidad de la joven.

redacción simplificó por fin la enmarañada regulación del Código Penal anterior. Por otro, se avanzó en la línea de dar cumplimiento al bien jurídico de la libertad sexual como referente de las infracciones en cuestión. Tanto respecto de las conductas referidas a personas adultas como respecto de los comportamientos referidos a menores e incapaces, cabe constatar una significativa reducción del ámbito de lo punible. En este sentido, desaparecieron muchos elementos de la regulación anterior que parecían destinados a perseguir a la prostitución como mal en sí mismo, siguiendo a lo demandado por un nutrido sector doctrinal⁶⁵. Especialmente, se suprimieron las conductas de (mero) favorecimiento o aprovechamiento de la prostitución (sin medios coactivos o engaño) en el caso de personas mayores de edad⁶⁶. Posteriormente, en el C. P. español se han añadido –aparte de la polémica figura de la corrupción de menores, que, como antes se ha dicho, no parece pertenecer a este contexto– figuras que, teniendo en cuenta la evolución producida en los últimos años, persiguen reprimir los fenómenos de trata y explotación transfronteriza de personas.

En este sector, presentando el C. P. Col. y el C. P. español regulaciones sustancialmente similares, la cuestión que más llama la atención es la pervivencia en el ordenamiento jurídico colombiano de una figura de *mera inducción a la prostitución*. En efecto, la libre decisión de entrar a ejercer la prostitución por parte de un adulto –aunque sea inducido a ello por un tercero– no parece que sea un ámbito en el que deba entrar el derecho penal. Pues la opción de considerar la prostitución una actividad ilegal debería acarrear –sin que esté nada claro que esta solución sea la adecuada–, como sucede en algunos Estados de Estados Unidos o, recientemente, en Suecia, la decisión de criminalizar no sólo a quienes están en el entorno de la persona prostituida, sino también al cliente.

IV. LA CUESTIÓN DEL ACOSO SEXUAL

Finalmente, una cuestión que merece una atención especial es una omisión, la opción del legislador colombiano de no incluir en su catálogo de infracciones el delito de acoso sexual. Respecto de esta figura creo que puede decirse que las determinaciones del legislador español, primero en la creación de la figura, en el nuevo Código de 1995, y después en su ampliación, en 1999, son un neto ejemplo negativo: parafraseando a Ortega, no era eso, no era eso. Si esa es la alternativa, es mejor la opción del legislador colombiano de ignorar la figura.

Respecto de la infracción tipificada en el artículo 184 C. P. esp., nueva en nuestro ordenamiento, en efecto, deben plantearse dudas en lo que se refiere a la conveniencia de su introducción en el ámbito penal, análogas a las ya expresadas antes en relación con el número 3 del artículo 181 C. P. esp. (el abuso sexual por prevalimiento entre

65. Cfr. sólo RUIZ ANTÓN. *CP Com.*, p. 834.

66. Recogidas en el Código anterior sobre todo en los arts. 452 bis a) 1.º, 452 bis c) (rufianismo), 452 bis d) (tercería locativa).

adultos). En este sentido, por un lado, es indudable que existe la posibilidad de que la aplicación del artículo conduzca a que los tribunales penales se ocupen de sucesos que no merecen la atención de un derecho penal presidido por el principio de intervención mínima. Por otro lado, también cabe pensar que esta introducción, anunciada a bombo y platillo, de la figura en el ordenamiento penal español no va a contribuir en nada –si no se convierte, incluso, en un obstáculo– a la erradicación de la vida social de los hechos que pretende perseguir. Parece –anticipando la conclusión– que han sido consideraciones “de signo más emotivo y sentimental que racional”⁶⁷ las que han motivado la introducción del precepto.

Es la progresiva conciencia social, generada en el marco de la evolución de la posición social de la mujer, de que este tipo de prácticas –cometidas casi siempre por hombres contra mujeres– son intolerables, la que parece haber motivado la introducción de esta figura. Sin embargo, el ordenamiento penal español contaba ya antes con medios para responder penalmente a las conductas de acoso más graves. En este sentido, debe señalarse que el hecho de que en el pasado hubiera una *praxis* reacia a aplicar en este tipo de supuestos el delito de amenazas condicionales no legitima la introducción de una nueva figura de difícil aplicación⁶⁸: lo que hay que cambiar es la mencionada práctica deficiente. Debe tenerse en cuenta, además, que la perspectiva del derecho penal ante el fenómeno del acoso sexual no puede ser la misma que la de otras ramas del ordenamiento jurídico. No puede haber en derecho penal inversiones de la carga de la prueba o responsabilidad colectiva o por organización, medidas que quizás sí resulten legítimas y eficaces en derecho laboral.

Veamos brevemente las características básicas de la infracción en el Código Penal español: en la primera versión del delito, introducido, como antes se ha dicho, en la redacción del Código Penal de 1995⁶⁹, la conducta consistía en lo esencial en la (mera) solicitud de favores de naturaleza sexual formulada por un sujeto de superior jerarquía –en un contexto “laboral, docente o análogo”– a la persona solicitada, con el anuncio expreso o tácito de perjudicar las “legítimas expectativas” de ésta en caso de negativa. En este sentido, podía pensarse que la infracción era algo menos que un abuso de prevalimiento (recuérdese, una figura que no conoce el derecho penal colombiano), ya que no era necesario que se produjera contacto alguno, sino que basta la solicitud, y algo más, o algo más específico que el delito de amenazas condicionales⁷⁰.

La cuestión central que en el ordenamiento español se plantea es –entre otros problemas del alcance de la tipicidad–, cuál es la relación de este delito, precisamente, con el

67. ORTOS BERENGUER. *Com. CP 1995*, p. 951.

68. Cfr., por ejemplo, las notas sobre la muy escasa aplicación de la infracción en España, en su versión restringida inicial, desde la entrada en vigor del C. P. esp. de 1995 de HAVA GARCÍA. *Revista de derecho social* n.º 5, 1999, pp. 204 y ss.

69. Cfr. sobre la infracción en su redacción original, por ejemplo, CANCIO MELIÁ. *Com. CP*, pp. 537 y ss.

70. En el ordenamiento colombiano, probablemente estaríamos ante una forma imperfecta de ejecución del delito de constreñimiento ilegal, art. 182 C. P. Col.

delito de amenazas condicionales del artículo 171.1 C. P. esp. Puesto que la pena prevista en la figura de acoso sexual es sensiblemente inferior a la establecida para aquel delito, habrá que entender que no se trata de una relación de pura especialidad, sino que la conducta de acoso sexual debe interpretarse como de menor gravedad que la de las amenazas condicionales⁷¹, especialmente si se tiene en cuenta que en el acoso sexual aparece el elemento del prevalimiento de una situación de superioridad, que no está presente en el delito de amenazas condicionales. Intentando interpretar el artículo 184 C. P. esp. en este sentido, parece a primera vista que no puede advertirse una diferencia relevante en cuanto a la gravedad en lo que se refiere al elemento del “mal” (art. 171.1 C. P. esp.: “mal que no constituya delito”) entre los dos preceptos. Quedaría entonces la posibilidad de entender que la “solicitud” con prevalimiento de una situación de superioridad más el anuncio de un mal en las circunstancias descritas en el presente artículo es una conducta distinta y de gravedad inferior a la de las “amenazas” a las que se refiere el artículo 171.1 C. P. esp. Pero entonces quedaría claro que la conducta penada en el precepto relativo al acoso sexual probablemente quede fuera de lo que razonablemente puede ser objeto de tipificación penal. En todo caso, es imprescindible encontrar una solución armónica que tenga en cuenta la diferencia de pena, ya que, de lo contrario, se llegaría a una consecuencia seguramente no deseada por el legislador: que las amenazas realizadas en el ámbito de la sexualidad merezcan menor pena que las ocurridas en otros contextos⁷².

Así las cosas, en la reforma operada en este ámbito en 1999 por la nueva mayoría política conservadora, la situación sufrió una nueva vuelta de tuerca: sin resolver los graves problemas de la figura introducida en 1995, se añadió a la conducta tipificada antes expuesta un tipo básico más o menos próximo a lo que se conoce por “acoso sexual ambiental”: la solicitud por parte de superior se convierte en tipo cualificado, y se crea un nuevo tipo básico consistente en que la solicitud se produzca “en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios”⁷³, siempre que “con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante” (sea eso lo que sea).

Ante esta situación, el diagnóstico es que poca cesta de igualdad de los sexos (de combate contra la discriminación de la mujer) puede hacerse con estos mimbres normativos. Dejando de lado los múltiples defectos técnicos de la calamitosa redacción del delito⁷⁴ —en particular, en relación con el mandato de determinación derivado del

71. En este sentido también, por ejemplo, LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN. *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Comentario al texto y al debate parlamentario, Madrid, 1996, p. 111.

72. Cfr. sobre este sinsentido, entre otros muchos, por ejemplo, OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO. *AP* 1996, pp. 614 y s.; CANCIO MELIÁ. *LL* 5.12.1996, p. 4.

73. Es decir, también entre iguales o por parte de un sujeto de inferior jerarquía a uno de superior responsabilidad, por ejemplo, la solicitud por parte de un(a) empleado(a) hacia el presidente o la presidenta de la compañía.

74. Cfr., por ejemplo, BOIX REIG y ORTS BERENGUER. *AP* 35, 1999, pp. 667 y ss., 678 y ss.

principio de legalidad—, la figura de acoso sexual, al quedar su tipo básico desligado, en realidad, de la libertad sexual⁷⁵, pierde todo su sentido. Y subsistiendo la problemática concursal antes reseñada, queda claro que este legislador o es enormemente torpe o no tiene interés alguno en la aplicación de esta figura.

Al aparecer la figura del acoso sexual en el ordenamiento español en 1995, algunos autores, señalando las deficiencias de la norma, afirmaron que por lo menos su creación contribuía a formar la conciencia común acerca de lo intolerable de la conducta del acosador. Pero, por un lado, lo cierto es que ninguna norma —sin desconocer las repercusiones sobre las normas sociales que supone el hecho de su incriminación penal —formal— debe limitarse a ser un mero anuncio, aunque sea un anuncio de lo justo y bueno. Y, por otro, está claro que una norma inaplicable en términos generales —como antes se ha visto— lo único que consigue es desmovilizar la reivindicación y desviar la atención de otras medidas —políticamente seguramente más costosas y menos rentables en términos de propaganda.

Entonces, la conclusión es clara: se trata de un supuesto “de libro” (en este caso, peor: de Código) de lo que suele llamarse mero “derecho penal simbólico”⁷⁶: figuras que parecen únicamente destinadas a proporcionar réditos políticos a corto plazo a quien promueve su aprobación, sin que merezcan atención alguna ni los aspectos técnico-legislativos de su redacción ni sus demás condiciones de aplicación en la práctica. En este sentido, si el legislador colombiano se decidiera en el futuro a incriminar específicamente el acoso sexual —si esto es necesario, es otra cuestión— lo haga con mayor rigor técnico.

Anexo: delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el Código Penal español (título VIII del libro segundo).

CAPÍTULO I

1. De las agresiones sexuales

Artículo 178

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

75. Pues la definición a través de la situación “intimidatoria, hostil o humillante” de la persona ofendida parece ubicar la figura en realidad en el ámbito más genérico de la integridad moral.

76. Cfr. sólo HASSEMER. “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”, en *NSZ* 1989, pp. 553 y ss.; cfr. sobre la cuestión, con ulteriores referencias, CANCIO MELIÁ. “Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito”, en JAKOBS y CANCIO MELIÁ. *Conferencias sobre temas penales*, Santa Fe (República Argentina), 2000, pp. 121 y ss., 125 y ss.

Artículo 179

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

Artículo 180

1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

1.^a Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

2.^a Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

3.^a Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años.

4.^a Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

5.^a Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

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

CAPÍTULO II

2. De los abusos sexuales

Artículo 181

1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare.

3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

4. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3.^a o la 4.^a, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código.

Artículo 182

1. En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.

2. La pena señalada en el apartado anterior se impondrá en su mitad superior cuando concurra la circunstancia 3.^a o la 4.^a, de las previstas en el artículo 180.1 de este código.

Artículo 183

1. El que, interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses.

2. Cuando el abuso consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3.^a o la 4.^a de las previstas en el artículo 180.1 de este código.

CAPÍTULO III

Del acoso sexual

Artículo 184

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

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses.

3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 del presente artículo.

CAPÍTULO IV

De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual

Artículo 185

El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses.

Artículo 186

El que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año, o multa de seis a doce meses.

CAPÍTULO V

De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores

Artículo 187

1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.
2. Incurrirán en la pena de prisión indicada, en su mitad superior, y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.
3. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.

Artículo 188

1. El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.
2. Será castigado con las mismas penas el que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su

explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.

3. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior, y además la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años, a los que realicen las conductas descritas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, prevaleciéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

4. Si las mencionadas conductas se realizaren sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena superior en grado a la que corresponda según los apartados anteriores.

5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida.

Artículo 189

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años: a. El que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, o financiare cualquiera de estas actividades. b. El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

A quien poseyera dicho material para la realización de cualquiera de estas conductas se le impondrá la pena en su mitad inferior.

2. Se impondrá la pena superior en grado cuando el culpable pertenciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

3. El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses.

4. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento, a un menor de edad o incapaz, y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

5. El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.

Artículo 190

La condena de un juez o Tribunal extranjero, impuesta por delitos comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los jueces o tribunales españoles a los efectos de la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia.

CAPÍTULO VI

Disposiciones comunes a los capítulos anteriores

Artículo 191

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

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

Artículo 192

1. Los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o incapaz, que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en este título, serán castigados con la pena que les corresponda, en su mitad superior.

No se aplicará esta regla cuando la circunstancia en ella contenida esté específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate.

2. El juez o Tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años.

Artículo 193

En las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos.

Artículo 194

En los supuestos tipificados en los capítulos iv y v de este Título, cuando en la realización de los actos se utilizaren establecimientos o locales, abiertos o no al público, podrá decretarse en la sentencia condenatoria su clausura temporal o definitiva. La clausura temporal, que no podrá exceder de cinco años, podrá adoptarse también con carácter cautelar.