

VIII. IV.- DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES EN EL CÓDIGO PENAL

Se celebró el 18 de junio de 2018 e intervinieron **Don Javier Boix Reig**, Catedrático de Derecho Penal y Académico de la RA Valenciana de Jurisprudencia y Legislación y la **Dra. Francisca Mas Busquets**, Abogado.

VIII. IV. 1.- “DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL”

Javier Boix Reig

Resumen del autor

En primer término se abordó la necesidad de recordar, dados los “malos tiempos” que corren para el Derecho Penal, como tal Derecho y el conjunto de garantías constitucionales que le informan, los principios básicos que le informan, tal como el principio de legalidad, de culpabilidad y proporcionalidad. Aplicables a todo el Derecho penal y por tanto también en la configuración y aplicación de los delitos contra la libertad sexual.

De otra parte se recordó que las garantías citadas y el propio Código Penal lo son del ciudadano contra quien se dirige el ius puniendi del Estado, así como las garantías propias del proceso penal. El sujeto pasivo del delito, de cualquier delito, queda protegido con el establecimiento legal como delictivas de aquellas conductas en las que se ha lesionado o puesto en peligro concreto un bien jurídico del mismo.

Cuestionar o subvertir este sistema supone orillar por completo el Estado de Derecho. No existe el “derecho penal del enemigo”. El Derecho penal es de todos los ciudadanos por igual.

Lo dicho debe aplicarse, como es lógico, a los delitos contra la libertad sexual. No puede haber excepciones. En este sentido la tendencia legislativa,

penal y procesal penal, debe ser la de "normalizar" el tratamiento punitivo de estos delitos y el proceso penal para su enjuiciamiento, como he señalado sin reglas materiales o procesales de excepción.

Nuestro Código Penal ha tenido desde 1848 una evolución muy positiva en esta materia. Se ha pasado de la protección de la honestidad, de una determinada moral dominante, a la protección de la libertad, en este caso sexual, y de la promoción y protección de la desigualdad por razón de sexo a la tutela de la igualdad. Este es el actual sentido, tras diversas reformas, de la regulación de estos delitos. Tutela de la libertad desde la perspectiva y protección de la igualdad.

En este sentido debe abordarse el estudio y, en su caso reforma, de estos delitos. El bien jurídico libertad sexual debe ser protegido, dado su evidente relieve constitucional. Y debe serlo tanto si se anula la libertad de consentir un comportamiento sexual, como si se limita o vicia dicho consentimiento, respondiendo el Derecho penal frente a dichos ataques a la libertad en todo caso, si bien de forma proporcional, sin tratamientos lineales, siempre crimi-nógenos. Las conductas que anulan la libertad sexual, mediante violencia o intimidación (hoy agresión sexual) merecen la mayor respuesta punitiva. Las que no anulan la libertad sexual sino que la limitan o vician (hoy abusos sexuales) deben ser igualmente punibles, en menor medida por cuanto el sujeto pasivo mantiene su capacidad de consentir si bien limitada o viciada.

Por tanto, cualquier conducta no consentida es punible, debiéndose atender al criterio de proporcionalidad, según la afección del bien jurídico, como se ha dicho. Esto es así y hoy debe seguir siéndolo. No se trata pues de nominalismos, sino de constatación de realidades sobre la existencia o no de consentimiento por el sujeto pasivo, y en este último caso de los medios comisivos habidos, para anular, limitar o viciar dicho consentimiento. Si el empleo de los términos agresión y abuso constituyen un problema de entendimiento, no hay problema en superar dicha confusión en orden a mantener finalidades de prevención general y partir de la inexistencia de consentimiento graduándose las conductas y su punición en función, como se ha dicho, del alcance de la lesión del bien jurídico libertad sexual.

Como igualmente debe hacerse en función de la intensidad de la conducta sexual propuesta y conseguida, diferenciando las de mayor entidad (hoy acceso carnal en el sentido amplio que se tipifican) del resto de menor entidad (tocamientos, etc...), pues, la afección del interés jurídico en el ámbito sexual y su trascendencia en los íntimos intereses del sujeto pasivo es diferenciable.

En todo caso, cualquiera que sea el presupuesto de que se parta (manteniendo la actual diferencia entre agresiones o abusos o no, en el sentido dicho) creo que procede plantearse determinados supuestos, hoy incluidos en abusos sexuales, y antes en el delito de violación, que considero no equiparables (como así es hoy) a los primeros, me refiero a los casos en que el sujeto pasivo está privado de sentido y los casos de abuso de trastorno mental.

Realmente la persona privada de sentido no está en situación de capacidad de consentir, por lo que no cabe plantear situaciones de abuso o prevalimiento. Ni consiente, ni puede consentir. Este supuesto merecería una consideración autónoma, no como mero abuso.

Por lo que se refiere al abuso de trastorno mental la conclusión es análoga. Con independencia de la bondad de la reforma de 1989 en la que, junto a la reforma del consentimiento en las lesiones, dando plena eficacia al mismo, con diversas garantías, en los casos de esterilización de incapaces, posibilitando con ello que determinadas personas discapacitadas puedan tener relaciones sexuales, lo que comportó despenalizar a su vez las conductas sexuales con quienes con determinado trastorno mental tuvieren capacidad de comprender la significación de la conducta sexual y por tanto de consentir al respecto, es lo cierto que la fórmula típica ha generado (en casos límite) problemas de resolución en la práctica. Desde luego si el trastorno mental o la discapacidad impide esa capacidad de consentir en el ámbito sexual, la conducta no puede ser equiparable al abuso, y también merece una consideración autónoma.

En cuanto a la tipicidad una somera referencia al abuso sexual mediante engaño. Frente a la postura de quienes sosteníamos que había que emprender un planteamiento de despenalización, residenciando las conductas en el ámbito civil, el legislador optó por su punibilidad sólo hasta los 18 años del sujeto pasivo (único supuesto de límite de edad máxima en el mismo). Habría que reconsiderar también este supuesto y, a mi criterio, suprimir en el art. 182 del CP la referencia a abusos “de una posición reconocida de confianza, notoriedad o influencia sobre la víctima” (hasta los 18 años). Es confuso y no tiene sentido, por cuanto si estamos ante auténticos abusos con limitación de la libertad del sujeto pasivo ya está contemplado en el art. 181.3 (prevalimiento) y si no es así la conducta no debe ser típica. Debe tenerse en cuenta que en estos casos si el sujeto pasivo es menor de 18 años puede plantearse un concurso de normas entre ambos preceptos sin especial sentido.

De abordarse la reforma de estos delitos sería conveniente replantearse el catálogo de agravaciones específicas contenido en el art. 180 (agresiones

sexuales), arts. 181.5 y 182.2 (abusos sexuales) y art. 183.4 (en ambos casos en menores de 13 años) por cuanto su casuismo ha generado problemas de aplicación, fundamentalmente desde la perspectiva del principio non bis in idem.

Por ultimo me refiero a dos cuestiones. La primera se refiere a la prescripción, institución esencial desde la perspectiva de la seguridad jurídica, esto es del Estado de Derecho. Frente a posturas que abogan por la imprescriptibilidad de determinadas conductas, cada vez de mas delitos, que generan gran rechazo social según momentos, debe hacerse un esfuerzo, siquiera sea pedagógico, en orden a no difuminar la relevancia de la prescripción, por las razones dichas, sin excepción alguna.

En segundo término una breve alusión a la perseguibilidad de estos delitos. Con carácter general, con la excepción señalada en el art. 191 CP, son delitos semipúblicos, esto es perseguibles mediante denuncia. Se mantiene en el apartado 2 de dicho precepto la irrelevancia del perdón del ofendido. La evolución habida para dar dicho nulo alcance jurídico al perdón, en un primer momento del todo relevante y luego si se producía antes de la sentencia en instancia, es consecuencia tanto del fenómeno de la mercantilización del perdón cuanto, lo mas relevante, del efecto paradójico que comportaba, pues en algunos casos se convertía en un instrumento de profundización en la lesión habida de la libertad del sujeto pasivo. Entiendo, como ya he sostenido en otras ocasiones, que hay que plantearse que estos delitos sean perseguibles de oficio, y ello por varias razones. En primer lugar por cuanto la propia gravedad del delito así lo requiere, fundamentalmente en atención a ciertos casos por las características del sujeto activo en orden a su capacidad de reiteración. En segundo lugar, y como consecuencia de ello, por la existencia de intereses jurídicos colectivos a proteger. En tercer lugar por cuanto la necesidad de tutelar la intimidad y el núcleo de la personalidad del sujeto pasivo puede preservarse con una cuidadosa aplicación de las normas procesales penales. Y por último porque en determinadas circunstancias la limitación de la perseguibilidad también puede convertirse (como lo era el perdón) en instrumento de coerción al sujeto pasivo.