

Género y sistema penal: a propósito de la ley 360 de 1997

Darío Arcila Arenas*

"La sociedad igualitaria es aquella que deja el máximo de libertad a la expresión de la diversidad..."¹.

I. INTRODUCCIÓN

Parecería que en relación con la igualdad entre hombres y mujeres las leyes en Colombia lo han dicho todo o casi todo, pues en ellas la discriminación sexual formal de épocas anteriores ha sido esencialmente erradicada en el curso de los últimos 20 ó 25 años. Pero con su moderna pretensión de neutralidad las leyes, al disponer un trato igual a desiguales, esconden precisamente la real discriminación, porque las normas de igualdad de trato, en sí mismas, no se materializan en resultados de igualdad y justicia, de equidad, en casos individuales y menos en casos colectivos².

Para lograr esos resultados, la ley debe ser correctamente interpretada y aplicada, lo cual solo es posible si, además de entender su texto y su propósito, el intérprete tiene la capacidad para comprender las diversas consecuencias de la ley en los distintos individuos, conse-

* Profesor titular de derecho penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Asesor de Cerfami, Centro de Recursos Integrales para la Familia.

¹ EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Edit. Temis, 1985, pág.122.

² ALDA FACIO MONTEIRO, "El principio de igualdad ante la ley", en *Memorias del II Encuentro Internacional de Mujer y Derechos Humanos*, Lima, Edit. Movimiento Manuela Ramos, 1996.

cuencias que, en el caso de mujeres y hombres, tienen que ver con su diferente condición y sus diferentes necesidades y oportunidades. Lo justo exige, frecuentemente, un tratamiento desigual, un tratamiento que considere la diferencia. Eso, precisamente, preceptúa la ley 51 de 1981, aprobatoria de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de manera muy comprensiva. Y es ese el mandato constitucional en relación con la igualdad.

El análisis de una ley desde una perspectiva de género y, en particular, de la ley 360 de 1997, debe hacerse considerando las realidades concretas y diversas de mujeres y hombres en nuestra sociedad y dentro del contexto del ordenamiento jurídico nacional, de las cuales el núcleo la Constitución Política, y, específicamente, del sistema penal.

Un sistema penal que no penaliza la desaparición forzada de personas y sanciona con penas insignificantes las privaciones arbitrarias de la libertad por parte de servidores públicos, pero penaliza el secuestro extorsivo con pena igual a la del homicidio. Un sistema que establece penas leves para graves conductas cometidas por los económicamente poderosos contra los pobres, algunas de las cuales define en forma confusa y con exigencias que hacen imposible su sanción, como sucede con el delito de usura, pero define muy precisamente los delitos contra el patrimonio económico y los sanciona con penas graves. Un sistema que juzga a los pequeños ladrones mediante un procedimiento sumario, limitativo del derecho de defensa, pero que ampara con fuero militar a los miembros de las fuerzas armadas que cometen gravísimos delitos por fuera del servicio y con violación de sus funciones como protectores de la vida, honra y demás bienes de los ciudadanos, de los cuales generalmente son víctimas los marginados sociales y los disidentes políticos. Un sistema que se ha preocupado más por proteger la llamada honra sexual de los hombres y de la familia, que la libertad, la dignidad y la intimidad de las mujeres; que impone una concepción patriarcal y religiosa en relación con la sexualidad y el aborto y desconoce el derecho fundamental de la mujer a la libre opción de la maternidad, pero desampara a las madres adolescentes, solteras y trabajadoras; que despretege a las víctimas de los delitos y hacina a la gran mayoría de los sindicados y condenados en cárceles inhumanas y corruptoras, pero que a una minoría de ellos los aloja en condiciones privilegiadas. En fin, un sistema penal que tolera una impunidad del 90% o más.

Todo ello en contravía de la nueva Constitución Política, que redefine nuestro Estado como social y democrático de derecho, que entroniza a la persona digna, igual y libre en el centro del sistema jurídico; que establece una generosa Carta de derechos y libertades; que impone al poder estatal la tutela jurídica de los derechos y las libertades; y que persigue una nueva organización social pluralista para la convivencia, la tolerancia, la justicia y la paz.

Dentro del referido contexto socio-jurídico y político y con un enfoque de género, nos ocuparemos brevemente, en términos generales y en una inicial aproximación, de los ahora denominados "Delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana", por la ley 360 de 1997, previas las siguientes consideraciones.

2. SEXUALIDAD, GÉNERO Y SISTEMA JURÍDICO

Cada uno de estos temas ameritaría un tratamiento profundo, que en este ensayo no nos es posible realizar. Por lo tanto, nos limitaremos a esbozar algunos conceptos indispensables para el análisis del tema central propuesto.

En relación con la sexualidad, acogemos los planteamientos humanistas que la entienden como una dimensión inherente a la persona y una expresión del ser humano como integralidad durante todo su ciclo vital y en cuya estructuración confluyen factores biológicos, psicológicos, socioculturales y ambientales. Como el ser humano, la sexualidad tiene carácter histórico y, por lo tanto, está influida por ideologías y valoraciones morales y normativas cambiantes³.

Es en el campo de la sexualidad donde de manera más sensible se viven las consecuencias de una socialización que ha contrapuesto lo femenino y lo masculino y donde es mucho más evidente la condición subordinada de las mujeres en razón del género.

Al mencionar el género, debemos precisar brevemente este concepto, como apoyo a nuestras reflexiones posteriores⁴.

Como se sabe, el término "sexo" se reserva para las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, diferencias que no determinan por sí mismas las cualidades o los comportamientos o el quehacer de unos y otras.

El término "género" designa lo que en cada sociedad o cultura se asigna a cada uno de los sexos, es decir, lo que como construcción social se considera femenino o masculino, así como la diferente valoración de aquello que se asigna a uno u otro sexo.

Factores claves en la construcción de lo femenino y lo masculino, es decir en la construcción social del género, son las funciones y estereotipos sexuales. Estos niegan a las personas y a la sociedad la riqueza de la diversidad, crean una falsa contraposi-

³ Sobre esta concepción de la sexualidad puede verse a Cerfami, *Memorias del II Seminario Nacional sobre Ética, Sexualidad y Derechos Reproductivos*, Medellín, Edit. Cerfami, 1996; MARÍA LADI LONDOÑO, *Prácticas de libertad*, Cali, Editorial Talleres Gráficos de Imprenta, Feriva Ltda, 1991; *El problema es la norma. Enfoques liberadores sobre sexualidad y humanismo*, Cali, Ediciones Prensa Colombiana, 1989; Corsaps (Corporación de Salud y Políticas Sociales), *Sexualidad y reproducción. Hacia la construcción de derechos*, Santiago de Chile, Editorial Salesianos, 1994; Ministerio de Salud, *Salud para las mujeres, mujeres para la salud*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Minsalud, 1991; Grupo, *Mujer y Sociedad, Mujer, amor y violencia*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Universidad Nacional de Colombia-Tercer Mundo Editores, 1991; CELIA AMOROSO y otras, *Violencia y sociedad patriarcal*, Madrid, Edit. Pablo Iglesias, 1990.

⁴ Sobre el concepto y la perspectiva de género puede verse a ALDA FACIO MONTEJO, *Cuando el género suena cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, Edit. Ilanud, Talleres Gráficos, San José, 1992; GABRIELA CASTELLANOS y otras, *Discurso, género y mujer*, Cali, Edit. Facultad de Humanidades, Universidad del Valle, Centro de Estudios de Género, 1994; MARTA LAMAS, *El género: La construcción cultural de la diferencia sexual*, México, Edit. Porrúa, 1997; MARÍA ISABEL SANTA CRUZ y otras, *Teoría filosófica de género*, Buenos Aires, Edit. Centro Editor de América Latina, 1994; Movimiento Manuela Ramos, *Memorias del II Encuentro Internacional de Mujer y Derechos Humanos*, Lima, Edit. Movimiento Manuela Ramos, 1996; JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, "¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del derecho", en *Escritos sobre filosofía del derecho*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1997.

ción entre lo femenino y lo masculino y, en la medida que se valora más lo masculino, impide la comunicación entre hombres y mujeres en un pie de igualdad. Las relaciones de poder desigual entre los sexos han tenido allí su asiento, relaciones que en el campo de la sexualidad se han constituido en una estrategia efectiva para la producción y reproducción de la inferioridad femenina.

La categoría de género, como nueva categoría de análisis social permite visibilizar las connotaciones culturales de la pertenencia a cada sexo y cuestionar el determinismo biológico que asegura que la inferioridad de la mujer es connatural a su ser de mujer. Permite, además, enriquecer el conocimiento científico con nuevos elementos para entender tanto las relaciones entre hombres y mujeres como la forma en que las significaciones que se tengan de lo femenino y lo masculino influyen todo el quehacer humano.

Pero para lograr un análisis de género se requiere de un enfoque particular que, a manera de una nueva mirada revele las diferentes formas y campos en que opera el ordenamiento social de los sexos y la circulación de poder que ese ordenamiento acarrea. Esa nueva mirada es la "perspectiva de género".

Ubicaremos el tema propuesto partiendo de la afirmación de que el sistema jurídico no ha sido ni es neutral frente al género, sino que, por el contrario, está atravesado por el género de diversas maneras. El primer argumento en respaldo de esta afirmación es muy simple: todas las personas —y acá caben legisladores, gobernantes, jueces y todos los miembros del cuerpo social— hemos sido socializadas en una visión polarizada de lo humano: lo masculino y lo femenino, lo cultural y lo natural, lo superior y lo inferior, dominación y subordinación. Esa concepción ha determinado también una concepción escindida de los derechos humanos, de la libertad, de la dignidad, de la igualdad, concepción que se refleja en las leyes, en las instituciones, en la práctica jurídica y en las costumbres. De allí que el discurso y la actividad jurídica hayan tenido a lo largo de la historia —y aún en el presente— connotaciones sexistas y una visión predominantemente masculina, no solo porque la legislación y la doctrina y la jurisprudencia de las altas Cortes han sido producidas especialmente por hombres, sino, en especial, porque han tomado, como objetivos universales, valores y pensamientos masculinos⁵.

3. BREVE ANÁLISIS CRÍTICO DE NUESTRA LEGISLACIÓN PENAL SOBRE LOS "DELITOS SEXUALES", DURANTE LOS ÚLTIMOS CIENTO AÑOS Y ANTES DE LA LEY 360 DE 1997

Es un hecho que la protección de bienes y derechos en el derecho penal guarda estrecha relación con la forma como la sociedad está estructurada y con los procesos y dinámicas sociales de cada época. Es así como, desde una perspectiva de género, podemos criticar una historia legislativa y de la jurisprudencia que legitimó y ahondó las brechas de género existentes en nuestra sociedad, en detrimento de los derechos de las mujeres. La visión sesgada de la mujer y del hombre y, en especial, de la sexualidad humana ha estado presente tanto en las leyes sustantivas como en las instituciones y es-

tructuras encargadas de su aplicación y, obviamente, en las costumbres que llevan a que la gente interiorice como naturales y legítimas muchas prácticas violatorias de los derechos sexuales de las personas, en particular de las mujeres, las niñas y los niños.

Tradicionalmente en nuestro país la libertad sexual, al igual que las demás expresiones o formas de la libertad personal —con la única excepción de la libertad de traslación o de abandono de un lugar y en relación con el delito de secuestro extorsivo—, ha sido subvalorada, subprotegida y casi desconocida.

Si la importancia que el legislador penal otorga a un bien jurídico se manifiesta fundamentalmente en la gravedad de la pena señalada a sus violadores, para las víctimas y sus familias y para las comunidades afectadas con esas violaciones, dichas subvaloración y subprotección se evidenciaban en que la mayoría de los delitos contra la libertad sexual, hasta la expedición de la ley 360 de 1997, tenían señalada una pena mínima inferior a dos años de prisión, por lo cual contra sus autores no procedía orden de captura y la medida de aseguramiento era la caución; y, además, en que en relación con los delitos que tenían pena mínima de dos o más años de prisión, los sindicados podían obtener fácilmente el beneficio de la excarcelación y en los que, por excepción, llegaban a ser condenados, casi siempre el juez les concedía el subrogado de la condena de ejecución condicional. Ello con gran desconcierto y grave peligro para las víctimas que se habían atrevido a presentar denuncia, generalmente mujeres, niñas y niños, y sus familias, que se veían tentadas a recurrir a vías de hecho contra los violadores, por no conocer, entender o compartir el principio de que, en un sistema penal democrático, la detención preventiva de un sindicado no tiene justificación.

Al hecho de que la libertad sexual haya sido tradicionalmente considerada como un derecho de segunda categoría por nuestro legislador, especialmente en relación con las mujeres, se suman mitos hondamente arraigados en nuestra sociedad que pretenden justificar los atentados contra aquel bien. Uno de estos mitos, que ha influenciado frecuentemente la práctica judicial, es el de que las mujeres mienten sobre la conducta violatoria que denuncian o que las niñas y niños inventan historias de abuso sexual. Las mujeres que denuncian una violación generalmente son veraces al respecto, así lo traumático de la situación que han vivido les impida recordar detalles o incurrir en algunas contradicciones con el paso del tiempo. Denunciar la violación no es fácil para la mayoría de las víctimas. De hecho, la mayoría de ellas se abstiene de denunciar por la carga psicológica que representa para ellas el relatar lo acontecido y someterse a un trámite judicial largo, dispendioso e incluso doloroso y, finalmente, inefectivo desde el punto de vista de la reparación del daño sufrido. Los niños y niñas, de otro lado, no "inventan" los actos abusivos a los cuales se les somete, así estos no dejen huellas físicas.

Otro mito común alrededor de la violación es el de que las mujeres provocan la violación. Con apoyo en esta errónea creencia se justifica la violación acusando a la mujer de que vestía "inapropiadamente" o que andaba sola o en lugares y a horas no adecuadas o, en todo caso, que fue su comportamiento el que —a juicio del funcionario de turno— provocó la violación. No es la conducta femenina la que provoca la violación sino la conducta machista masculina que lleva a algunos hombres a demostrar su poder

⁵ CARMEN POSADA GONZÁLEZ, "Derechos humanos y género", Ponencia presentada en el VII Congreso Colombiano de Sexología, Medellín, 1996.

mediante el abuso o la violación de las mujeres. Si bien por el riesgo que —en una sociedad como la nuestra— supone el hecho de ser mujer, esta debe tomar medidas de protección, no se puede exigir a las mujeres la renuncia a las libertades que esforzadamente han alcanzado, como la libertad de locomoción o la autonomía, para que puedan ser creídas cuando otra de sus libertades, la sexual, es vulnerada. Además, ese mito desconoce la realidad que enseña que la mayoría de las violaciones y los abusos sexuales son cometidos por personas conocidas o cercanas a la víctima.

Esas y otras falsas creencias afectan de manera especial a los niños, a las niñas y a las mujeres, quienes son las víctimas mayoritarias de los delitos contra la libertad sexual, como lo demuestran estadísticas del Instituto Nacional de Medicina Legal y de algunas unidades de fiscalía⁶.

Pero no se pueden desconocer los avances, al menos formales, que en el sistema jurídico nacional, y específicamente en nuestro sistema penal, se han logrado en los últimos años en relación con el ejercicio de la sexualidad, la protección de la libertad sexual y con el tratamiento de los llamados “delitos sexuales”, avances en los cuales ha tenido gran influencia el trabajo de organizaciones del movimiento social de mujeres en las dos últimas décadas. Así:

A) Hasta hace sesenta y un años, cuando fue derogado el Código Penal de 1890 y entró en vigencia el de 1936, existieron disposiciones que no solo constituían claras y graves violaciones al derecho a la igualdad ante la ley entre hombres y mujeres, sino que también legitimaban la superioridad masculina y los tratos de privilegio a los varones. Entre esas disposiciones estaban la sanción del adulterio como delito exclusivamente femenino y la autorización al marido para señalar la pena privativa de la libertad que debía imponerle el juez a la mujer que cometía ese delito; y la consagración del amancebamiento como delito, con penas diferentes para la mujer y el hombre (arts. 712 y 451).

Ambas conductas constituían un libre ejercicio de la sexualidad y, si bien pudieran haberse considerado inmorales, no atentaban contra la libertad sexual ni la intimidad, ni la dignidad de nadie.

B) Hasta 1981, es decir, hasta hace solo diecisiete años, cuando empezó a regir el actual Código Penal — que introdujo como bien penalmente protegido el “pudor sexual” a la par del de la libertad y en sustitución del “honor”— estuvieron vigentes en el país normas penales del Código de 1890 y que reprodujo el Código de 1936, claramente discriminatorias tales como:

— La norma que atenuaba la pena del homicidio o las lesiones cometidas por el cónyuge, los padres o los hermanos, contra la mujer sorprendida en actos sexuales extramatrimoniales, los cuales se consideraban “ilegítimos”. Esta atenuación, podía convertirse en perdón judicial y aun en exención de responsabilidad, lo cual equivalía a la legalización de la pena de muerte extrajudicial ejecutada por un particular, cuando al Estado le estaba prohibido aplicarla desde 1910, permitiéndosele así legalmente al hombre

lavar su “honra” con la muerte de la mujer. En la doctrina se decía que este homicidio o lesión personal era cometido en “legítima defensa del honor” (art. 382).

— La norma que aumentaba hasta en una cuarta parte la pena de la violencia carnal o violación y del estupro cuando la víctima era “mujer virgen o de irreprochable honestidad” (art. 317).

— Las normas que penalizaban como delito el libre acceso carnal homosexual entre hombres de cualquier edad y el destinar inmueble para que otros ejecutasen actos homosexuales (arts. 323 y 329).

— Las normas que disminuían hasta en la mitad la pena de la violencia carnal y el estupro y del rapto, cuando la víctima fuera mujer dedicada a la prostitución (arts. 321 y 353).

En las citadas y cuestionadas disposiciones legales subyacía, consciente o inconscientemente, la concepción judeo-cristiana de que la virginidad de la mujer es un valor que debe defenderse a toda costa; que el ejercicio de la sexualidad, por fuera del matrimonio y sin fines reproductivos, es pecaminoso e inmoral —muy especialmente en mujeres y jóvenes—, y que las relaciones homosexuales siempre lo son. Subyacía, así mismo, la concepción de que el cuerpo y la sexualidad de la mujer casada son propiedad de su marido, propiedad que este puede defender aun quitando la vida a aquella. Y denotan también la confusión —todavía vigente en algunas disposiciones penales— entre pecado y delito.

Las mencionadas normas son reflejo de tradicionales enseñanzas religiosas, en particular de los padres de la Iglesia católica. Basta recordar la condena de Tertuliano a la mujer, como responsable de la pérdida del paraíso: “Mujer, deberías estar siempre de luto, ofreciendo a todos tus ojos anegados de lágrimas de arrepentimiento, para hacer olvidar que perdiste al género humano. Mujer, eres la puerta del infierno”⁷.

Dentro de la misma concepción se enmarcan, de igual modo, recomendaciones como las siguientes, que hacían parte de un texto utilizado hasta mediados de los años setenta en la España franquista para la formación de las jóvenes como “perfectas casadas”, y que no son extrañas, aún en la actualidad, en algunos sectores de nuestra sociedad:

“Cuando estés casada, jamás te enfrentarás con él, ni opondrás a su genio tu genio ni a su intransigencia la tuya. Cuando se enfade, callarás; cuando grite, bajarás tu cabeza sin replicar; y cuando exija, cederás, a no ser que tu conciencia cristiana te lo impida. En este caso no cederás, pero tampoco te opondrás directamente: esquivarás el golpe, te harás a un lado y dejarás que pase el tiempo. A sus modales ásperos responderás con tu delicadeza y a su cara hosca con tu sonrisa...”⁸.

⁷ Citado por LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, t. V, partes general y especial, Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 7.

⁸ VIRGILIO LATORRE L. y otros, *Mujer y derecho penal*, Valencia (España), Edit. Tirant lo Blanch, 1995, pág. 9.

⁶ Centro de Referencia Nacional sobre la Violencia, *Boletín*, núm. 14, Santa Fe de Bogotá, septiembre de 1996.

C) Pero, es más, hasta la promulgación de la ley 360 de 1997 subsistían en nuestro Código Penal normas como las siguientes:

— El artículo 307, que consagraba la extinción de la acción penal por la violación, el estupro o los actos sexuales abusivos, si el autor o cualquiera de los coautores o cómplices contraía matrimonio con la víctima. Esto constituía un grave atentado contra la dignidad de la mujer víctima del delito y sacrificaba su autonomía y su libertad sexual en aras del honor y la honra sexual de su familia, que solo con el matrimonio de ella con el agresor se consideraban restablecidos.

— Los artículos 308 y 309 que solo consideraban como víctima de la inducción y el constreñimiento a la prostitución a la persona “honesta” —entiéndase “mujer honesta”—, dejando al arbitrio del juez el criterio de honestidad o deshonestidad y negando el derecho a la tutela penal a quienes, por un calificativo muchas veces prejuiciado, fuesen catalogadas como personas deshonestas. Estas normas eran contrarias al principio de tipicidad y claramente discriminatorias y violatorias del derecho fundamental a la igualdad ante la ley.

D) Dentro de los avances que se han dado en nuestro sistema penal en relación con el tratamiento de los delitos contra la libertad sexual, es oportuno recordar el decreto 1410 de 1995 expedido por el gobierno en uso de facultades del estado de conmoción y que solo estuvo vigente por cincuenta y cuatro días. En él, por primera vez en la historia jurídico-penal de Colombia, el legislador dispuso diversas medidas para la protección y garantía de los derechos de las víctimas de los “delitos sexuales” y definió el concepto de “acceso carnal” como “la penetración del miembro viril por vía vaginal, anal u oral”.

Esta definición acogía la posición del movimiento internacional de mujeres, acogida también en el proyecto de reforma penal italiano de 1984, en la reforma del Código Penal español (ley orgánica 3ª de 1989, de junio 21) y en el más reciente Código Penal iberoamericano, el español (ley orgánica 10ª de 1995, de noviembre 23), y superaba la posición predominante en la doctrina y la jurisprudencia nacionales, que excluía la penetración del pene por vía oral como “acceso carnal” y la consideraba como simple “acto sexual abusivo”, no obstante que para las mujeres, principales víctimas de esa conducta, esta era tan ofensiva de la libertad sexual como la penetración vaginal o anal y aún más indignante que esta⁹.

El concepto de “acceso carnal” restringido a la penetración vaginal y, a lo sumo, a la anal, mayoritario en nuestra doctrina y jurisprudencia y en las extranjeras, muestra en ellas, por una parte, una concepción de sexualidad y de relaciones sexuales limitadas a la genitalidad; y, por otra, refleja una subvaloración de la autonomía sexual y

⁹ El Código Penal español de 1995, en el artículo 179, dispone: “Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de seis a doce años”. En este sentido ver a ENRIQUE ORTS BERENGUER, *Delitos contra la libertad sexual*, Valencia, Tirant lo blanch, 1995, págs. 62-63.

En relación con la posición predominante en la doctrina, puede verse: LISANDRO MARTÍNEZ ZUÑIGA, *Derecho penal sexual*, Bogotá, Edit. Temis, 1977; HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ, *Delitos sexuales*, Bogotá, Edit. Visión, 1984; CHRYSOLITO DE GUSMÃO, *Delitos sexuales*, Buenos Aires, Edit. Bibliográfica Argentina, 1958.

del cuerpo de la mujer, poniendo el énfasis solo en su vagina para efectos de la protección legal¹⁰.

4. BREVE ANÁLISIS CRÍTICO Y DE GÉNERO DE LA LEY 360 DE 1997

La ley 360 de 1997 introduce importantes modificaciones al título XI del Código Penal, en la línea de valorar en forma más adecuada la libertad sexual y de superar tratamientos discriminatorios con fundamento en la diferencia de sexo, de las cuales estimamos oportuno destacar las siguientes:

A) El cambio de uno de los bienes protegidos. La dogmática penal considera que el bien o los bienes jurídicos protegidos en cada título del Código, no solo cumplen una función sistematizadora, sino, fundamentalmente, una función delimitadora del alcance y el contenido del injusto típico, y que también constituyen un criterio de interpretación de las normas que integran el título. Además, la doctrina reconoce que el bien o los bienes seleccionados por el legislador como objeto de protección en cada título y que utiliza en su denominación no son el único o los únicos que en este se pretenden proteger, sino los que el legislador quiere destacar como determinantes.

Por ello, el cambio del bien “pudor sexual” por el de “dignidad humana” en el título XI del Código Penal, dispuesto en el artículo 1º de la ley 360, no debe considerarse como meramente formal, sino que es necesario darle todo el alcance político y jurídico que implica.

Al realizar esa sustitución el legislador consideró que en todos los atentados contra la libertad sexual también se vulnera la dignidad de la persona víctima del mismo, cuyo núcleo esencial es la posibilidad de ejercer la libertad y el derecho a no ser cosificada. Pero, además, con esos atentados se vulneran la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, la salud y, si la víctima es mujer, la libre opción a la maternidad¹¹.

Dicha sustitución, así mismo, implica superar una concepción moralista de la sexualidad, que subyacía en el Código, la cual considera el “pudor sexual” —el cual culturalmente se ha reputado femenino— como uno de los bienes jurídicos que se deben proteger penalmente, al lado de la libertad sexual; olvida que el pudor es en esencia un bien moral y personalísimo y, como tal, de difícil determinación y protección penal; y desconoce que el cuerpo, lo más propio y personal de todo individuo humano, a nadie debe avergonzarse.

Es claro que no solo los delitos contra la libertad sexual atentan también contra la dignidad humana, sino muchas otras graves conductas, algunas de las cuales no están penalizadas en nuestro sistema, como, por ejemplo, la desaparición forzada de personas.

¹⁰ “En todo caso, parece que no puede equipararse en trascendencia y gravedad el “acceso carnal por vía bucal” con el acceso carnal “por vía vaginal o anal”, pues estos últimos suponen, en especial el anal, un cierto daño físico y, en el vaginal, la posibilidad de la desfloración, sobre todo en el caso de menores, que, desde luego, no se dan en el coito bucal”. FRANCISCO MUÑOZ CONDE y otros, *La reforma penal de 1989*, Madrid, Edit. Tecnos, 1989, pág. 33.

¹¹ ENRIQUE ORTS BERENGUER, *Delitos contra la libertad sexual*, ob. cit., págs. 21 a 28 y 33 a 43.

B) La supresión de exigencia típica de la calidad de "honesta" en la persona sujeto pasivo de los delitos de inducción y constreñimiento a la prostitución, que traían los originales artículos 308 y 309 del Código Penal, introduce claridad en el sentido de que estas conductas se penalizan porque atentan contra la libertad sexual y la dignidad de las personas, independientemente de que estas sean honestas social o sexualmente o no, conceptos que, por demás, son variables según el tiempo y la cultura. Se excluyen así razones religiosas o morales que consideran pecaminosa la prostitución.

C) La derogatoria del ya citado artículo 307 del Código Penal corresponde a la armonización de todas las normas del título XI con los bienes jurídicos que en él pretende proteger el legislador: La libertad sexual y la dignidad humana.

D) Al sustituir la denominación "Trata de mujeres y de menores", del delito definido en el artículo 311, por "Trata de personas", se amplía la calidad de sujeto pasivo del mismo a toda persona y no solamente a la mujer y al menor de edad, como lo hacía el artículo original. Además, es importante introducir como medio comisivo el "constreñimiento" es importante por cuanto este, realizado mediante violencia, intimidación o abuso de necesidad o superioridad, y el engaño, deberían ser los únicos medios comisivos punibles del delito de trata de personas en relación con mayores de edad y mentalmente capaces.

E) El consagrar el delito de pornografía con menores en el artículo 13, aunque no debe olvidarse lo difícil que resulta determinar el alcance del concepto "pornografía" y el peligro de confundirla con diversas y artísticas representaciones de la desnudez y del ejercicio de la sexualidad. En este punto vale la pena señalar que juristas feministas abogan porque la penalización de la pornografía no debe reducirse a la utilización de menores para la misma, sino que debe sancionarse también como una actividad que degrada a la mujer, legítima la violencia como medio de accederla sexualmente y erotiza la dominación masculina y la diferencia de poder entre los sexos.

F) La preocupación por las víctimas de los delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana es evidente en la ley 360. Al efecto dispone, en el artículo 14, la intervención del defensor de familia competente cuando la víctima sea menor de edad; consagra derechos para todas las víctimas en el artículo 15; y establece, en el artículo 16, la creación de unidades especializadas de fiscalía para la investigación de aquellos delitos.

Pero no bastan los cambios referidos y el incremento notorio de las penas señaladas para los llamados "delitos sexuales", para la garantía real de los bienes y derechos que estos pretenden proteger. Además de los útiles cambios formales y sustantivos, se requieren estrategias de intervención que garanticen la efectiva protección de las víctimas, estrategias que deben incluir una formación más integral de los funcionarios judiciales y la remoción de mitos y prejuicios sexistas, que han impedido una efectiva administración de justicia en relación con estos delitos y han llevado frecuentemente al maltrato de las víctimas y a la tolerancia con los victimarios.

Por supuesto, es indispensable realizar acciones sensibilizadoras y preventivas con la comunidad y con todas las instituciones sociales, muy especialmente con los

medios de comunicación, que transmiten mensajes discriminatorios, expresos y velados, en torno a la sexualidad y a las relaciones entre los sexos.

Reconocer la necesidad de esas intervenciones es tener claridad sobre las limitaciones de la ley como instrumento para el logro de la equidad, para no estimular el fetichismo de la norma, tan propio de nuestro "país de leyes", donde con frecuencia se cree encontrar en la ley la panacea para todo mal social.

G) Es necesario señalar que subsisten en nuestro sistema jurídico —no obstante la vigencia de la ley 360 de 1997— disposiciones cuestionables por sus elementos discriminatorios en razón del sexo y la edad, que si bien son sutiles, no por ello son menos graves. Veamos algunas de tales normas:

a) El inciso 2° del artículo 1° de la ley 40 de 1993 que atenúa notoriamente la pena del secuestro simple "cuando el propósito del agente es contraer matrimonio u obtener una finalidad erótico sexual" y que exige querrela para su investigación y juzgamiento, pues ello implica una subvaloración de la libertad de optar por estado civil y de la libertad sexual.

b) El artículo 25 de la ley 294 de 1996, sobre violencia y maltrato intrafamiliar, expresamente definió y sancionó como delito la llamada "violación conyugal", buscando dejar sin fundamento la tesis doctrinal mayoritaria según la cual el cónyuge o el compañero permanente no delinqua cuando, mediante violencia física o psicológica o colocándola en situación de inferioridad o de indefensión o aprovechándose de esta, accedía carnalmente a su esposa o compañera, porque su conducta era atípica o no antijurídica, pues al hacerlo estaba ejerciendo dizque el derecho al "débito conyugal", "derecho" legalmente inexistente¹².

Pero, infortunadamente, la forma como en el citado artículo se hizo esa penalización, por nuestro desapercibido y, a veces, ligero legislador, resulta abiertamente contraria a los intereses de las víctimas, mujeres casadas o en unión de hecho, y violatoria del derecho fundamental de la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 13 de nuestra Constitución Política, y del principio jurídico-penal de la racionalidad, justeza y proporcionalidad de la pena.

En efecto, la pena de 6 meses a 2 años de prisión prevista en el cuestionado artículo 25 es notoriamente inferior a la que señalaban los artículos 298 y 300 del Código Penal, que era de 2 a 8 años de prisión, y muy inferior a las que ahora se establecen para el acceso carnal violento o con persona puesta en incapacidad de resistir en los artículos

¹² La tesis mayoritaria es acogida, entre otros, por los doctrinantes: ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al nuevo Código Penal colombiano*, t. II, vol. II, Parte especial, Bogotá, Edit. Temis, 1984; HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ, ob. cit.; LISANDRO MARTÍNEZ ZÚÑIGA, ob. cit.; CHRYSOLITO DE GUSMÃO, ob. cit.; ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD, *Tratado de derecho penal colombiano*, t. III, Medellín, Edit. U.P.B., 1951; ENRIQUE GIMBERNAT, "Algunos aspectos del delito de violación", en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Edit. Civitas, 1981.

La tesis minoritaria, según la cual el cónyuge sí es sujeto activo del delito de violación, es defendida, entre otros, por los doctrinantes: LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, t. V, partes general y especial, Bogotá, Edit. Temis, 1986, págs. 44 a 47; EUSEBIO GÓMEZ, *Tratado de derecho penal*, t. III, Buenos Aires, Edit. Compañía Argentina de Editores, 1940; FRANCISCO GONZÁLEZ DE LA VIGA, *Derecho penal mexicano*, t. III, México, D. F., Edit. Porrúa, 1945; ENRIQUE ORTOS BERENQUER, ob. cit., págs. 66 a 69.

2º y 4º de la ley 360 de 1997, que es de 8 a 20 y de 4 a 10 años de prisión, en su orden, independientemente de que estas resulten exageradas.

Esta notoria diferencia de penalización de una misma conducta ilícita implica una absurda discriminación de la mujer que tenga la calidad de cónyuge o de compañera o, lo que resulta más absurdo, de "ex compañera" y aun de "mujer con quien el violador haya procreado un hijo", en relación con las demás mujeres u hombres, y una injustificada subvaloración de la libertad sexual, la dignidad y la intimidad de aquellas.

Claro que si el análisis de la cuestionada diferencia de penalización de esas dos conductas iguales, basada en la calidad del sujeto pasivo, se hace en relación con el sujeto activo, quien debe sufrir la pena, con algún fundamento dogmático podría llegarse a la conclusión de que sería al no cónyuge o no compañero a quien se estaría violando el derecho a la igualdad ante la ley, al imponérsele una pena notoriamente mayor a la del cónyuge o compañero de la víctima, pues como no es más grave violar a una mujer soltera, la violación de esta no podría merecer una pena mayor que la violación de la casada o en unión libre¹³.

c) El mantener la edad de 14 años como el límite mínimo para el reconocimiento de la libertad sexual y de la validez del consentimiento en un acto sexual, cuando la mayoría de los Códigos Penales iberoamericanos y europeos la señalan en 12 años, implica desconocer que en nuestra realidad sociocultural y ambiental, antes de aquella edad mujeres y hombres han adquirido capacidad de comprender el significado y la trascendencia de los actos sexuales y de autodeterminarse, y, en consecuencia, penalizar una conducta que, por ser aceptada por quien tiene capacidad para consentir, no vulnera ninguno de los bienes protegidos en los llamados "delitos sexuales". Además, el mantener esa edad límite constituye una no deseable contradicción entre nuestro derecho penal y el civil, pues este último reconoce a la mujer de 12 años capacidad para consentir en el contrato de matrimonio, asumir el estado civil de casada y con éste la permanente posibilidad de ejercer su sexualidad y el primero le niega esa capacidad en relación con un solo acto sexual hasta que cumpla los 14 años.

d) El haber sustituido en el artículo 305 la denominación "corrupción" por la de "actos sexuales con menor de catorce años". Aunque el término "corrupción" no es el más adecuado por su contenido moralista, su sustitución no aporta a la precisión de la conducta que en ese artículo se penaliza, pues implica eliminar un importante criterio de interpretación en la aplicación de la norma y limitativo de su alcance, en el sentido de que solo constituían delito los actos allí descritos cuando fueran "corruptores", es decir, cuando estuvieran dirigidos a influir negativamente en el normal desarrollo psico-sexual del menor. El cuestionado cambio genera el peligro de que conductas socialmente aceptadas, como las caricias eróticas del novio a su novia, como expresión del amor que mutuamente sienten, resulten penalizadas si ella es menor de 14 años.

¹³ Con posterioridad a la fecha en que terminamos de escribir este ensayo, la Honorable Corte Constitucional declaró inexecutable el cuestionado art. 25 de la ley 294 de 1996, en sent., C-285 de 1997 (M. P.: Carlos Gaviria D.).

e) El mantenerse el "ánimo de lucro" como elemento subjetivo de los delitos tipificados en los artículos 308 y 309, implica una injustificada limitación en la protección de la libertad sexual y la dignidad humana, bienes contra los que atenta el constreñir a la prostitución a cualquier persona o el inducir a la misma a una persona menor o incapaz, independientemente del ánimo o la finalidad que mueva al sujeto activo. El "ánimo de lucrarse" mejor podría consagrarse como circunstancia de agravación de esos delitos.

f) La gran diferencia entre la pena del acceso carnal violento (art. 2º) y la del acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir (art. 3º) no es justificable, porque lo que busca el ejercicio de la violencia es, precisamente, colocar a la víctima en "incapacidad de resistir". El medio no violento para lograr la incapacidad de resistir puede ser tan dañino o peligroso como la violencia y aún más, para la salud o la vida de la víctima, como puede ser, por ejemplo, el frecuentemente utilizado suministro de escopolamina.

Por ello, la mayoría de los Códigos Penales que conocemos, como bien lo hacía el nuestro en el modificado título XI, equiparan a la violencia todo medio utilizado para colocar a la víctima en incapacidad de resistir y, en consecuencia, señalan la misma pena al acceso o al acto carnal ejecutado por ambos medios. Más aún, el moderno Código Penal español, que empezó a regir en mayo de 1996, dispone agravar el delito de "agresión sexual consistente en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal", cuando la violencia o la intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio y cuando el autor haga uso de medios especialmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o lesiones graves.

g) El no limitar el sujeto pasivo del delito de trata de personas a los menores de edad y a los incapaces mentales, cuando la conducta consista en promover, inducir o facilitar su entrada o salida del país para ejercer la prostitución, pues, consideramos que en relación con personas mayores solo se atenta contra su libertad sexual y su dignidad cuando se les "constrañe", mediante violencia, engaño, intimidación o abuso de la necesidad o de la superioridad.

Al igual que en el delito de inducción a la prostitución de persona mayor de edad y mentalmente capaz, en la modalidad cuestionada del delito de trata de personas se percibe motivación y finalidad moralistas y no las de proteger la libertad sexual y la dignidad de las personas.

h) La penalización general del aborto voluntario o consentido en los artículos 343 y 345 del Código Penal, delito del cual es autora o partícipe necesaria la mujer. Esa penalización impone la práctica clandestina del aborto y para las mujeres sin recursos económicos y/o sin acceso a información sobre servicios adecuados, impone, además, su práctica en condiciones indignantes y de grave riesgo para su salud y su vida.

El derecho penal en un Estado social y democrático de derecho no está llamado a librar grandes batallas por la moralización de una sociedad; su papel es el de tutelar los

bienes e intereses fundamentales que posibiliten a los asociados una vida pacífica y feliz, mediante el menor sacrificio posible de la libertad como derecho y valor supremo del ser humano. El legislador de ese Estado debe huir de la tentación de utilizar las leyes penales como mecanismo de promoción de moralidad. Es legítimo e incluso necesario, que el Estado intervenga decidida y eficazmente en la sociedad para proteger y promover los valores e intereses que la mayoría de los ciudadanos hemos escogido y colocado en la cima del ordenamiento jurídico, pero las normas que a ese objetivo se encaminen no deberán ser de naturaleza penal. Estas deben limitarse a proteger los más significativos bienes jurídicos frente a los más graves ataques¹⁴.

5. EN RELACIÓN CON LAS ALTAS PENAS SEÑALADAS PARA ALGUNOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL Y LA DIGNIDAD HUMANA

En un Estado social y democrático de derecho, el derecho penal debe ser la *ultima ratio* para la protección de los principios bienes de las personas y de la sociedad, contra las agresiones más graves e intolerables; y las penas, especialmente las privativas de la libertad, deben ser racionales y proporcionales a la importancia del bien dañado o puesto en peligro, a la gravedad del daño causado y a las consecuencias personales y sociales de este. Además, se deben privilegiar medidas y penas alternativas, como estrictas presentaciones periódicas de los sindicados o condenados a los despachos judiciales, trabajo en obras de interés social, reclusión los fines de semana, multas y —en el caso de la comisión de “delitos sexuales”— asistencia a programas de educación sexual, formación en valores de convivencia, terapias de rehabilitación, etc.

De acuerdo con estos postulados, y sin desconocer la gravedad de algunos de los delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana y la mayor gravedad que revisten cuando la víctima es una niña o un niño, es, al menos, cuestionable la racionalidad, proporcionalidad y justeza de las penas privativas de la libertad señaladas en la nueva ley, especialmente la del artículo 2º, inciso 2º, que es de 20 a 40 años de prisión, si las comparamos con las del homicidio doloso (25 a 40 años de prisión) y del homicidio preterintencional (12,5 a 20 años), con mayor razón si no olvidamos que el artículo 306 del Código Penal, en el numeral 5, dispone aumentar la pena de la violación y los actos sexuales abusivos “de una tercera parte a la mitad... Si el delito se realizare sobre persona menor de diez años”.

Es, además, absurdo que nuestro legislador insista en la equivocada “política criminal” de incrementar las penas, como panacea contra la delincuencia, pues esta política desconoce que es la certeza de la pena, cualquiera que sea la índole de esta, y no su gravedad, la que puede influir positivamente en la reducción de los índices de delincuencia, amén de reformas socioeconómicas y medidas educativas y preventivas.

¹⁴ JOSÉ MANUEL VALLE MUÑOZ, “Prólogo”, en *Código Penal español* (Ley Orgánica 10/1995, de noviembre 23), Pamplona (España), Edit. Aranzadi, 1996, pág.4.

Si procurando la protección y la tranquilidad de las víctimas y sus familias, lo que se buscaba era limitar la posibilidad de excarcelación para los sindicados de los delitos más graves contra la libertad sexual y la dignidad humana y excluir a los condenados como autores de ellos del subrogado de la condena de ejecución condicional, de acuerdo con nuestro sistema penal bastaba con elevar su pena mínima a tres (3) años de prisión.

En medio de una casi total impunidad, el recurrir a grandes penas privativas de la libertad no es más que un recurso ideológico para encubrir dicha impunidad y la ineficiencia judicial, hacer olvidar la realidad y, contra esta, hacer creer que los bienes fundamentales de las personas sí están adecuadamente protegidos por el Estado y su sistema penal.