

EL MUNDO

Sábado, 10 de julio de 2004. Año XV. Número: 5.327.

OPINION

TRIBUNA LIBRE

Los nuevos gestores de la moral colectiva

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Entre los años 60 y 80 del siglo pasado se inicia en Occidente, y especialmente en Europa, un movimiento descriminalizador, impulsado por partidos de izquierda y por juristas y organizaciones de carácter progresista (entre ellas, las feministas), que consiguen que desaparezcan de los Códigos Penales, en gran medida, conductas delictivas que figuraban en ellos desde el siglo XIX. A ese movimiento hay que reconducir la despenalización -en algunos casos sólo parcial- del aborto, de la propaganda y venta de productos anticonceptivos, del adulterio, del estupro, del escándalo público -y, consiguientemente, de la elaboración y comercialización de pornografía de adultos entre personas adultas también-, de la homosexualidad y del incesto entre parejas mayores de edad, o del consumo de drogas.

Pero a partir de los años 90 del siglo XX la tendencia se invierte: los llamados «nuevos gestores de la moral colectiva» (véase sobre ellos el decisivo libro de Silva La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª ed., 2001, págs. 66 y sgs.), es decir: asociaciones como las feministas, pacifistas o antixenóforas, se convierten en grupos de presión que pretenden -y en muchos casos consiguen- la consagración legislativa de sus postulados, acudiendo precisamente a la criminalización o, en su caso, cuando el comportamiento está ya previamente tipificado, al endurecimiento de las sanciones, prescindiendo muchas veces de si ello es compatible o no con los principios básicos que deberían informar la legislación penal en un Estado de Derecho.

Ciertamente que todo ello ha adquirido ahora actualidad con motivo del Proyecto socialista de Ley integral contra la violencia de género, recientemente aprobado por el Consejo de Ministros, en el que se elevan de faltas a delitos las amenazas y coacciones leves ejercidas por los hombres contra las mujeres; pero ese Proyecto no es más que un ulterior eslabón -de momento, el último- de una cadena de modificaciones previas del Código Penal, propugnadas por los

movimientos feministas e introducidas en los últimos años -casi siempre con el consenso entre los Partidos Popular y Socialista-, que, en lo que sigue, paso a exponer y a criticar.

Entre las novedades introducidas por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, figura el desplazamiento del delito de malos tratos habituales desde el Título III del Libro II («De las lesiones») del Código Penal, donde hasta entonces figuraba en su art. 153, al art. 173.2 del Título VII («De las torturas y otros delitos contra la integridad moral»). Sin embargo, no todos los casos de violencia doméstica lesionan el bien jurídico de la integridad moral, sino sólo algunas modalidades de aquélla, a saber: cuando mediante un (mal) trato se provoca «una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado» (sentencia del TC 65/1986, de 22 de mayo).

Como dentro de los malos tratos en el ámbito familiar se puede establecer una graduación entre aquellos que consistan en meros ataques a la integridad física y a la salud de los sujetos pasivos, y aquellos otros -más graves- que además supongan una especial humillación para la víctima -sólo entonces se lesionaría el ulterior bien jurídico de la integridad moral-, la inclusión indiscriminada de todos estos delitos en el Título VII del Libro II -tal como hace la Ley Orgánica 11/2003- equipara hechos desiguales e impide, con ello, un tratamiento justo y diferenciado: porque no son lo mismo los malos tratos que sólo afectan a la integridad física, y que tendrían que ser castigados como lo que realmente son, es decir: como un delito de lesiones, que aquellos otros en los que, además, se humilla y envilece a la víctima, los cuales, por afectar a dos bienes jurídicos distintos, deberían ser reprimidos, en concurso ideal, además de como dicho delito de lesiones, también como otro contra la integridad moral.

Teniendo en cuenta que la mayoría de los casos de violencia doméstica tienen como sujeto activo a un hombre y como sujeto pasivo a una mujer, aunque también pueden producirse -y de hecho se producen-, dentro del marco de relaciones de pareja heterosexuales, por autoras del sexo femenino sobre personas del masculino, y, en las homosexuales, por mujeres sobre mujeres y por hombres sobre hombres, el mensaje implícito del nuevo art. 173.2 -que se aplicará casi exclusivamente a las agresiones ejecutadas por autores del sexo masculino contra víctimas del femenino- es que, en contra de toda evidencia, y en contra de lo que enseña cualquier elemental aproximación a la realidad social, las agresiones de hombres sobre mujeres persiguen siempre vulnerar la integridad moral de éstas. Ese mensaje implícito se ha convertido en explícito en el Proyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia de género, que al elevar a delito, en sus arts. 29 y 30, las faltas de amenazas y de coacciones cometidas por hombres contra mujeres -y sólo por hombres contra mujeres-, establece, con una presunción que no admite prueba en contrario, en

su art.1º, que la «violencia ejercida sobre las mujeres» se utiliza siempre «como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres». Este postulado del feminismo radical, que, como en su día el nacionalcatolicismo, pretende imponer sus principios al resto de la población no-creyente, por la vía coactiva del Derecho penal, sólo puede defenderse desde un fundamentalismo que, precisamente porque lo es, se niega a ver una realidad que simplemente se coge con las manos: porque la mayoría de las amenazas y coacciones leves ejercidas por un hombre sobre una mujer dentro de una relación de pareja no tienen nada que ver con un «instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres», sino que obedecen a motivos tan pedestres como sobre a qué colegio debe llevarse a los hijos o a cómo reaccionar frente a sus eventuales malas notas escolares, a cuestiones de economía doméstica -«querida: tenemos dificultades para pagar la hipoteca, y, como no reduzcas gastos, te vas a enterar de lo que vale un peine»-, a discusiones sobre materias políticas o religiosas, o a si hay que pasar las vacaciones en la playa o en la montaña.

Cuando se pretende explicar -y ésta es, en efecto, la única explicación plausible- por qué la conducta de dar un único empujón a la pareja se ha transformado de falta en un delito de lesiones, y que la pena prevista para ese comportamiento puede ser la de siete meses a un año de prisión (art. 133, introducido por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre), y que una única coacción leve del hombre sobre su pareja femenina va a ser castigada con prisión de seis meses a un año (art. 30 del Proyecto contra la violencia de género), con el argumento de que esas acciones aisladas constituyen un indicio de que en el futuro el autor puede cometer ulteriores actos de violencia o de coacciones, los principios que con todo ello se están llevando a la práctica son los mismos que, en su día, inspiraron la Ley de Vagos y Maleantes y, su sucesora, la de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que aplicaban medidas de seguridad predelictuales privativas de libertad sobre la base, no del hecho cometido, sino de los que el autor -por su «estado peligroso»- podía llegar a cometer. La única diferencia entre esas reformas, vigentes ya o proyectadas, del Código Penal y aquellas funestas leyes reside en que en éstas el «estado peligroso» -es decir: la consagración del autoritario «Derecho penal de autor» frente al «Derecho penal de hecho» democrático- desencadenaba una medida de seguridad predelictual y que el Código Penal presente y el futuro operan y operarán con una exasperación de la pena convirtiendo, además, lo que siempre ha sido una falta en un delito; pero la filosofía subyacente es la misma: al autor no se le castiga por lo que ha hecho, sino por lo que, sin haberlo hecho, tal vez pudiera hacer.

Las protestas feministas ante la doctrina establecida por el Tribunal Supremo

(que no hacía sino aplicar el Código Penal entonces vigente, ateniéndose en su interpretación, como es preceptivo, al principio de legalidad) de que introducir con violencia o intimidación un dedo por la vagina no era constitutivo de un delito de violación, sino de una agresión sexual que podía ser penada con la considerable pena de prisión de siete a diez años (art. 178 en relación con el 180), han surtido su efecto en el legislador: de acuerdo con el nuevo art. 179, modificado por la Ley Orgánica 15/2003, a partir de ahora también se considerará violación la introducción en la vagina de miembros corporales - como los dedos- distintos del pene. Pero basta describir las características que concurren en un comportamiento y en otro para comprender en qué consiste su distinta gravedad y para rechazar, también, esta reforma: con la penetración con el pene la mujer corre el riesgo de quedarse embarazada y de contraer enfermedades tan graves como el sida, obligándosela, además, a mantener una relación sexual completa, mientras que en la introducción de un dedo no se da ninguna de esas circunstancias, por lo que esa equiparación penal de ambos comportamientos debería desaparecer de nuestra legislación.

La prostitución, como tal, no constituye delito alguno en el Código Penal, que sólo castiga a los terceros que cooperan con aquélla cuando es ejercida por menores de edad o incapaces, o por mayores de edad sometidos a violencia, intimidación o engaño. Pero el nuevo art. 188, introducido por la Ley Orgánica 11/2003, tipifica ahora también la conducta de quien se lucra de la prostitución ajena practicada libremente por personas adultas. Como la mayoría de las personas que ejercen ese oficio son mujeres, este retroceso a la legislación anterior a 1995 sólo puede entenderse como una plasmación de la idea de que la prostitución es una actividad degradante que convierte a la mujer en un mero objeto para la satisfacción sexual de los hombres, y que, por consiguiente, hay que castigar penalmente a quien coopera con ella. Pero frente a esta idea hay que decir que uno de los principios básicos del Derecho penal democrático es que, en el ámbito de la sexualidad, la intervención punitiva sólo está justificada cuando se trata de acciones cometidas contra menores (que no pueden manifestar un consentimiento válido) o cuando, si se trata de un mayor de edad, no actúa espontáneamente porque aquél se ha prestado bajo coacción, que el Estado no es quién para tutelar a una persona adulta que, libremente, puede hacer con su cuerpo lo que le venga en gana - también, y por supuesto, convertirse en una mujer-objeto que se dedica a la prostitución-, y disponer de sus ganancias también como le plazca, y que es una perversión del Derecho penal pretender imponer principios morales -sean de la religión católica o de la ideología feminista- no compartidos por esa persona adulta y responsable, criminalizando a su entorno: la forma de vida que han decidido llevar libremente un hombre y una mujer mayores de edad debe ser respetada por todos: también por los nuevos gestores de la moral colectiva. Por todo ello, esta ampliación de los delitos relativos a la prostitución

debe ser derogada.

En la mayoría de los procesos de separación legal y de divorcio la guarda y custodia de los hijos es atribuida a la madre, recayendo sobre el padre y marido, o ex marido, la obligación de pagar una pensión alimenticia. El vigente Código Penal, en su art.227, castiga como delito a «el que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o de sus hijos», pero, en virtud de la Ley Orgánica 15/2003, a partir del 1 de octubre de 2004 el nuevo art. 618.2 también va a hacer responder penalmente a quien, sin realizar la conducta tipificada en ese art. 227, «incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial» en los supuestos de separación o divorcio. Esta innovación también debe ser rechazada: porque sentar en el banquillo de los acusados a un padre o marido, o ex marido, que, en lugar de pagar la pensión alimenticia, tal como ha sido acordado, dentro de los cinco primeros días del mes, la abona cuatro días más tarde, o que infringe el régimen de visitas en una ocasión, y no va recoger a sus hijos el fin de semana que le corresponde, supone criminalizar cualquier incumplimiento civil, por muy insignificante que sea, poner a disposición del cónyuge separado o, en su caso, de su ex cónyuge, un instrumento de chantaje respaldado por el Estado, e introducir un factor de tensión en las a menudo ya de por sí conflictivas relaciones postmatrimoniales, impidiendo que éstas discurran, dentro de lo posible, en el marco de un clima de diálogo y de mutuas concesiones en beneficio del superior interés de los hijos comunes.

Las agresiones dentro del marco de la vida de parejas o de ex parejas -además de con políticas de carácter educativo- pueden y deben ser combatidas, como acertadamente ha hecho el legislador español, con medidas preventivas como la de alejamiento y de no aproximación o comunicación con la víctima previstas en el nuevo art. 544 bis LECrim, introducido por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, o con la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, regulada en la Ley 27/2003, de 31 de julio, y, naturalmente, con los tipos penales represivos que siempre han existido en el Código Penal del homicidio, el asesinato, las lesiones, o las amenazas y coacciones.

El movimiento feminista ha dado origen a la mayor revolución del siglo XX, y a él le corresponde el mérito gigantesco de haber cambiado las condiciones de vida de las mujeres para conseguir -aunque todavía queda mucho por hacer- su equiparación social y profesional con los hombres. Pero ni siquiera esa aportación que ha abierto una nueva época de la Humanidad le legitima para entrar en el ámbito del Derecho penal como un elefante en una cacharrería.

Enrique Gimbernat es catedrático de Derecho Penal de la Universidad

Comlutense y miembro del Consejo Editorial de EL MUNDO.

© Mundinteractivos, S.A.