EL DERECHO PENAL SEXUAL MODERNO:

¿AFIRMA SERIAMENTE LO QUE DICE?

"el que fornica peca contra su propio cuerpo"
(1 Corintios 6, 18).

"Ahora vemos en un espejo"
(1 Corintios 13, 12)

Antonio Bascuñán Rodríguez

Universidad Adolfo Ibáñez

Sumario

1. La anomalía.
2. El reverso.
3. El anverso.
4. La ambigüedad, la contracción y la expansión.
5. La hipóstasis, la constatación y la resistencia.
Notas

(*) Agradezco los comentarios recibidos con anterioridad a la celebración del SELA de Verónica Undurraga, Juan Pablo Cox, Javier Willenmann y Juan Pablo Mañalich. De los comentarios recibidos durante el SELA estoy en especial deuda con Jaime Couso, Víctor Ferreres y Marcelo Ferrante. Mis agradecimientos también a Manuel González, por su invaluable labor editorial.

1. La anomalía.

Cualquier teoría que justifique la punición de los delitos sexuales exclusiva o principalmente por su carácter de atentados contra la autonomía personal tiene que hacerse cargo de una anomalía.

La protección de la autonomía personal exige neutralidad moral respecto de los actos en los que ella se concreta. Pero el rasgo que define el derecho penal sexual consiste en una asimetría radical en la valoración de la autonomía sexual. Sólo constituyen delitos sexuales las acciones que constriñen a otro(s) a involucrarse en una interacción sexual. Las acciones que, por el contrario, impiden a otro(s) interactuar sexualmente no constituyen delitos sexuales. Podrán quizás ser punibles como restricción de la libertad o maltrato, pero eso implica que las consecuencias coercitivas estatales son incomparablemente menos graves, y, ante todo, que no son tematizadas por la ley, ni por la cultura jurídica, ni por la discusión pública acerca de la ley y su aplicación como atentados contra la autonomía sexual. En otras palabras, el derecho penal sexual sólo protege la libertad de abstención sexual, el interés de una persona en no participar en la interacción sexual. Esa es la asimetría radical: cuando se ven enfrentadas a una voluntad contraria, la voluntad de los abstinentes del sexo vale ante la ley incomparablemente más que la voluntad de los practicantes del sexo **[1]**.

Calificar esa asimetría como anomalía resulta a primera vista contraintuitivo. El derecho penal sexual moderno define el delito sexual como un abuso que comete realizando una acción sexual con el cuerpo de otro contra o sin su voluntad –en su formulación originaria-, o bien –en su formulación más avanzada- coaccionando a la víctima a tolerar la realización de una acción sexual con su cuerpo. Esta definición es tan constitutiva de nuestra comprensión del delito sexual como abuso y de ese abuso como atentado a la autonomía personal, que prescindir de ella en la formulación de las normas legales haría incomprensible para nosotros esa regulación como derecho penal sexual.

Quizás la superación de esa comprensión sea indispensable para la realización de la autonomía sexual. Esa es una conjetura con la que este trabajo simpatiza. Pero el objetivo de estas páginas no es ofrecer una propuesta de nueva legislación penal relativa a la libertad sexual, sino proponer un modo escéptico de leer la regulación surgida en el siglo XVIII y reformulada a fines del siglo XX, al que me referiré como "lectura revertida". El punto de partida de la lectura revertida del derecho penal sexual moderno es que, en virtud de la asimetría sólo se dispensa protección de la autonomía sexual, a título de delito sexual, a costa de la restricción de la autonomía sexual. La lectura revertida advierte que el sentido primario de esa regulación no es la protección de la autonomía sino la restricción de la sexualidad.

La conclusión no tiene el carácter de impugnación del hecho cultural así identificado, al menos no en toda su extensión. Lo que la tesis sí impugna es la validación de ese hecho cultural como protección de la autonomía. Esa validación ignora la asimetría (su anomalía) y con ello impide el desempeño de un equilibrio reflexivo entre la definición institucional del derecho penal sexual y su justificación moral liberal. Lo que la lectura revertida impugna es pues, la autocomplacencia del discurso liberal acerca del derecho penal sexual.

No hay un campo en que sea más evidente la ineptitud que resulta de esa autocomplacencia que el moderno derecho penal sexual de los menores de edad (infantil y juvenil). La dificultad inherente a la caracterización del contacto corporal como "sexual" desde el punto de vista del menor de edad y de su condición personal como víctima de un "atentado a la libertad" hace que sea precario el punto de partida del discurso liberal acerca del derecho penal sexual en este ámbito. La prohibición del contacto corporal con niños y jóvenes no sólo es restricción de la autonomía del otro, sino también, directamente, de la parcial o potencial autonomía del propio niño o joven. A esta precariedad, que es co-originaria a la formulación del moderno derecho penal sexual, se añade ahora como evidencia de la ineptitud del discurso liberal la expansión del derecho penal sexual de menores, fomentada por el derecho internacional. Los discursos justificatorios de esta expansión son variados. Frente a ellos, la lectura revertida sugiere

que se trata una vez más de la manifestación de una cultura represiva de la sexualidad, encubierta por su tematización como protección de la autonomía.

En el desarrollo de esa tesis procederé del siguiente modo. Primero (2) expondré brevemente los rasgos que definen el modelo regulativo contra el cual reacciona el derecho penal moderno y luego (3) los rasgos de esta definición negativa. Posteriormente (4), concentrándome en la codificación alemana y española, haré una brevísima revisión de los dos momentos históricos experimentados por el modelo regulativo del moderno derecho penal sexual, para situar contextualmente el fenómeno de la expansión del derecho penal sexual. Por último (5) esbozaré algunas consideraciones para enfrentar críticamente este fenómeno.

2. El reverso.

El derecho penal moderno se comprende a sí mismo como una definición por oposición al modelo regulativo heredado de la teología moral escolástica y el derecho canónico medieval. La formulación más simple de ese modelo se encuentra en la teología moral de Tomás de Aquino. En la sección II-II de la *Suma de Teología*, los comportamientos sexuales prohibidos son concebidos como especies de lujuria (q. 154) **[2]**, que se clasifican bajo dos consideraciones. La primera consideración atiende a si atentan contra el orden natural del sexo o bien contra su orden racional. Atenta contra el orden natural del sexo todo uso del placer sexual que se aparta de su fin natural reproductivo; a esta clase pertenecen los pecados contra natura, que van desde la masturbación hasta el sexo con animales. Atenta contra el orden racional del sexo todo uso del placer sexual ordenado a la reproducción que tiene lugar fuera del matrimonio monógamo e indisoluble, necesario para asegurar la crianza y educación de la prole; a esta clase pertenecen todas las situaciones extramatrimoniales de coito heterosexual por vía vaginal, desde la simple fornicación hasta el rapto. La segunda consideración atiende a la relación del acto sexual con otras personas, o sea, a su consideración como una injuria o injusticia contra otro. En el tratamiento de Tomás de Aquino, esta consideración sólo se aplica al coito heterosexual vaginal,

que puede conllevar injuria a la mujer (incesto o estupro) o injuria a la persona bajo cuyo poder ella se encuentra (padre o marido). En suma, todo uso del placer sexual se encuentra prohibido, salvo la realización del coito vaginal por marido y mujer.

La crítica moderna al modelo regulativo medieval se concentró en la impugnación del imperativo de reforzamiento de las normas morales por la coacción estatal. Aquí no es eso lo que interesa **[3]**, sino analizar las consecuencias conceptuales que este modelo acarrea para la definición del delito sexual por el derecho penal.

En primer lugar, **todo delito sexual exige la realización de una acción sexual**. Para una concepción del delito sexual como especie de lujuria, no puede haber merecimiento de pena bajo este concepto sin uso del placer sexual. Esto exige, primero, una concreción de la acción en el cuerpo humano; la lujuria es un pecado de tacto (cfr. nota 2). Segundo, esto hace al autor del delito sexual un autor de propia mano, es decir, la intervención del propio cuerpo; el delito sexual no se comete mediante otro.

En segundo lugar, **la coacción es una cuestión secundaria** en la configuración de los delitos sexuales. Puede especificar el delito, como el rapto respecto del estupro (q. 154 a.7); puede hacer el delito más grave (q. 154 a.12), pero en ningún caso es constitutiva de lo específicamente ilícito del delito sexual. Lo esencial es el desorden del placer sexual: "[E]l que se emplee violencia (vis) contra alguien es accidental a la lujuria, la cual se ocupa, esencialmente, del deleite carnal" (q. 154, a. 7 obj. 2).

En tercer lugar, por derivación de las dos observaciones anteriores, **los delitos sexuales no son primariamente delitos de víctima**, en el sentido moderno. Es cierto que bajo una consideración las especies de la lujuria atienden a quien recibe injuria. En esos casos puede hablarse de la presencia de una víctima. Pero estas víctimas no lo son porque el acto sexual se realice contra su voluntad. No es su condición de personas coaccionadas a tolerar un contacto sexual lo que las constituye en personas perjudicadas. Allí donde la coacción es relevante para identificar una víctima, en el delito de rapto de la mujer soltera, la víctima de la coacción no es la

víctima del acto sexual: el perjudicado por la coacción propia de ese rapto es el padre de la mujer, víctima de la injuria presente en la fornicación con la hija sometida a su potestad, efectuada sin su consentimiento (el del padre). Pero ni siquiera lo es tratándose de la mujer que es forzada al coito vaginal extramatrimonial. La injusticia del coito respecto de la mujer se encuentra en la corrupción de la mujer, esto es, en la pérdida de su estatus como persona sexualmente intangible, ya sea en términos absolutos (estupro) o relativos (incesto). La posición de la mujer en la realización del coito heterosexual vaginal extramatrimonial es la de partícipe en un delito sexual (como mínimo, fornicación). En eso, su posición no se diferencia de la de cualquier interviniente en la realización de un delito contra natura. Dado que el delito está constituido por la contrariedad del acto al orden natural y racional del uso del placer sexual, en principio, todos los que intervienen en su realización son autores.

Hay otro sentido, sin embargo, en el que es posible un uso generalizado del término "víctima" en el contexto del modelo regulativo medieval. Se trata de en un sentido simétricamente contrapuesto a su sentido moderno. El sentido moderno del concepto de víctima es prescriptivo, porque se relaciona conceptualmente con la afirmación de una norma de comportamiento que otro infringe; en sentido moderno, "víctima" es el titular del derecho correlativo al deber que infringe el autor del delito, o, en términos utilitaristas, el sujeto cuyo interés se ve lesionado por el delito. En el contexto del modelo regulativo medieval, "víctima" no puede tener generalizadamente ese significado. En este contexto, "víctima" sólo puede significar "no-culpable" del delito cometido. El estatus de víctima no implica aquí legitimación para reprochar a otro la injuria sufrida, sino **exoneración de reproche por lujuria.**

Se trata de un concepto adscriptivo de víctima, es decir, relacionado con la afirmación de una regla de imputación en cuya aplicación se exculpa la propia infracción de una norma de comportamiento **[4].**

3. El anverso.

Los planes de legislación criminal de la Ilustración y la codificación penal temprana rompieron con el modelo regulativo medieval rechazando su matriz metaética. La sustitución de una concepción cosmológica de la fundamentación de los principios de justicia por una concepción instrumental o comunicativa, expresada en las distintas concepciones del contrato social, privó de conclusividad a la idea del imperativo de dominio racional del impulso animal como justificación del merecimiento de pena de los delitos sexuales. Bajo la nueva matriz metaética, sólo un atentado contra los derechos de otro o contra un interés colectivo podía merecer el estatus de delito. La ruptura se expresó en el quiebre de la unidad de la clase sistemática –delitos carnales (= sexuales)- y su división en dos categorías contrapuestas, los delitos de abuso sexual, constitutivos de atentados contra un derecho individual, con el estatus de crímenes, y los delitos contra las buenas costumbres, constitutivos de infracciones a la moral social sexual, con el estatus de delitos menos graves **[5]**.

Este quiebre tiene un significado que es constitutivo del moderno derecho penal sexual. Ese tratamiento sistemático diferenciado afirma la pretensión de haber identificado el merecimiento y necesidad de pena de los abusos sexuales con total prescindencia de su consideración como infracción a una norma de moral sexual. La hipótesis de la lectura revertida advierte sin embargo en la definición asimétrica del abuso sexual el dato que desmiente por completo esa pretensión.

El momento crucial en la constitución asimétrica de la clase de los delitos de abuso sexual está en los años 1800 y 1801, que son los años de publicación de la obra fundamental de teoría del derecho penal de Paul Johann Anselm Feuerbach y de la primera edición de su influyente tratado de derecho penal positivo. En la primera obra mencionada, cuando desarrolla los presupuestos abstractos de la pena proporcionada, partiendo de la definición del delito como lesión de un derecho, Feuerbach identifica como primer derecho privado originario de los individuos el derecho al libre uso del cuerpo, y asigna a este derecho tres contenidos específicos:

(1) el derecho a la posesión del cuerpo (derecho a la vida), (2) el derecho a la posesión imperturbada de las fuerzas corporales (derecho a la salud) y (3) el derecho al uso imperturbado de esas fuerzas para los fines propios (derecho a la libertad corporal, física) **[6]**. En la segunda obra mencionada, cuando aplica este esquema de reconstrucción sistemática al derecho penal común alemán, Feuerbach sostiene que las leyes romano-alemanas conocen tres clases de lesión del derecho a la libre disposición del cuerpo: (1) la lesión mediante ocupación del cuerpo para fines indeterminados (delito de plagio), (2) la lesión mediante ocupación unida a la sustracción con fines de la satisfacción del impulso sexual (rapto), y (3) la lesión mediante el uso no autorizado, forzado con violencia de las partes sexuales de una persona (violación) **[7]**.

Aquí se encuentra el punto de inflexión. En el paso de la definición abstracta de la clase de los delitos contra la libertad corporal a su aplicación al derecho penal vigente como criterio de reconstrucción sistemática se produce un cambio conceptual. Mientras que en abstracto el delito contra la libertad corporal es un delito de lesión (= perturbación por otro del uso del propio cuerpo) en concreto se transforma en un delito de desplazamiento (= aprovechamiento del cuerpo de otro). Esta nueva definición brinda una base para explicar la asimetría de la protección de la libertad sexual, pero constituye a la clase concreta de los delitos contra la libertad en una anomalía frente a su definición abstracta.

La anomalía no se mantuvo en la definición de la clase de los delitos contra la libertad que experimentó la evolución cultural alemana. La construcción sistemática de esta clase que dominó la evolución legislativa y doctrinaria en Alemania se debe a Kart August von Tittmann (1806), quien definió el efecto lesivo de todos los delitos contra la libertad como "el impedimento del uso de la capacidad de acción y la imposición de una voluntad ajena sobre el hacer o no hacer", bajo la siguiente precisión explícita:

> El efecto de esta acción (violenta) es un hacer o no hacer no querido. No debe atenderse a su efecto más allá del actuar en sí mismo considerado, esto es, el actuar mismo debe valer como lo más importante y no debe considerarse el efecto de ese actuar como la cosa principal **[8]**.

En esta precisión de Tittmann se encuentra afirmado el principio de neutralidad moral de la protección de la autonomía personal. Su consecuencia sistemática es exigir simetría en la protección penal de la libertad personal. Bajo esta premisa se configuraron los delitos de coacción, encierro y robo de hombre, las tres formas delictivas básicas distinguidas por Tittmann y recogidas por la codificación alemana **[9]**.

Los delitos de abuso sexual, sin embargo, no experimentaron esa reformulación. La coacción sexual quedó definida desde la perspectiva de la víctima como sanción del constreñimiento de un contacto corporal indeseado, sin abrirse nunca a la sanción del impedimento de un contacto corporal deseado. La unilateralidad (asimetría) de los delitos de abuso sexual los constituyó en una anomalía frente a la bilateralidad (simetría) del delito de coacción, dentro del propio sistema de la parte especial de la codificación penal. En otras palabras: **los delitos contra la libertad sexual no recibieron la forma con que el sistema definió a los delitos contra la libertad**.

Desde el punto de vista de la historia dogmática del concepto jurídico de coacción el problema que plantea la definición del abuso sexual por la codificación temprana es un caso especial de un proceso evolutivo mucho más amplio y complejo, el del tránsito de una concepción adscriptiva de la coacción a una concepción prescriptiva. Es decir, de su concepción como un presupuesto de una regla de imputación a su concepción como el supuesto de hecho de una norma de comportamiento. Sus extremos históricos son identificables. El punto de partida se encuentra en la consideración por el derecho canónico (*Decretum Gratiani,* 1140-1142) de que sólo el padecimiento de *vis absoluta* puede excluir la culpabilidad por la comisión de un delito, porque su padecimiento excluye toda imputación posible. El punto de término, en la consideración por Friedrich Karl von Savigny (*System des heutigen römischen Rechts,* 1840-1842), de que el padecimiento de *vis compulsiva* permite impugnar la validez de un acto jurídico, porque constituye un

comportamiento jurídicamente prohibido. De las intricadas fases intermedias de estos setecientos años, la constitución del concepto moderno de abuso sexual es uno de los hitos principales.

La lectura revertida tiene, por supuesto, una hipótesis: la unilateralidad (asimetría) de la configuración de los delitos de abuso sexual se explica por la pervivencia latente del concepto adscriptivo de víctima, propio del modelo regulativo medieval **[10]**.

Es un lugar común afirmar que el punto de inflexión del moderno derecho penal sexual se encuentra en la despenalización de la simple fornicación. Pero esa afirmación pierde de vista que era un hecho histórico asentado la existencia de divergencias entre el derecho penal estatal (secular) y el derecho canónico, y que, además, tratándose del pecado sexual más leve el propio modelo regulativo medieval contaba con razones prudenciales para prescindir de su sanción por la ley penal estatal (cfr. nota 3). El punto de inflexión se encuentra, como se ha dicho, en la definición del delito sexual como un delito de abuso, esto es, como un delito de víctima bajo una concepción prescriptiva de víctima.

Esa definición tiene un componente liberal, sin duda, pues pone en entredicho la legitimidad de cualquier sanción penal de un comportamiento sexual no abusivo. En el contexto de los contactos corporales constitutivos de delito sexual, fue esa definición lo que cuestionó la legitimidad de la sanción penal del delito contra natura, la prostitución y el estupro de seducción (la iniciación sexual de personas jóvenes por personas mayores). Como ya se ha dicho, toda la discusión posterior acerca de los límites legítimos del derecho penal sexual ha girado en torno a esta cuestión. Pero para la cultura jurídica de los siglos XIX y XX, tan importante como el componente liberal fue su componente anómalo: la restricción del concepto de abuso al constreñimiento del contacto corporal no deseado.

Tan constitutiva del concepto moderno de delito sexual es esa restricción, que en las dos oportunidades históricas que un texto legal ha ofrecido para ser interpretado como protección irrestricta, es decir, bilateral y simétrica, de la autonomía sexual, no se ha vacilado en interpretar y

aplicar esas disposiciones bajo el paradigma del abuso sexual como constreñimiento a un contacto corporal no deseado por la víctima.

El código penal español de 1995 prohibió como delito genérico de agresión sexual "atentar contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación" (art. 178). Difícilmente podría pensarse en una formulación que abarcara de manera más explícita tanto el atentado a la libertad de abstención sexual como el atentado a la libertad de realización sexual. La doctrina y la jurisprudencia españolas, sin embargo, aun advirtiendo esa posibilidad de interpretación simétrica de la protección de la autonomía sexual, en forma prácticamente unánime han considerado que los atentados a la libertad de realización sexual se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de esa norma. El nuevo "atentado a la libertad sexual" no es sino el mismo "abuso sexual" de la codificación, esto es, exclusivamente un contacto sexual no deseado por la víctima **[11]**.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional prohibió en 1998 en su art. 7-1-g), como delito residual de significación sexual, "toda otra forma de violencia sexual de gravedad comparable". Si por "violencia sexual" cabe entender "coacción de la libertad sexual" –y en principio, es una lectura semánticamente correcta-, entonces el impedimento del ejercicio de la sexualidad sería constitutivo de delito bajo el Estatuto de Roma. Los Elementos de los Crímenes sin embargo, no vacilaron en sostener una interpretación restrictiva, exigiendo como primer requisito "[q]ue el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual" (Art. 7-1-g-6). Impedir a una o más personas la realización de un acto de naturaleza sexual no cuenta, pues, como violencia sexual **[12]**.

Esta restricción coincide perfectamente con una concepción adscriptiva de víctima. Para la lectura revertida, la restricción permite conjeturar que el moderno delito de abuso sexual tiene un doble carácter normativo. Formal y explícitamente es una afirmación legal que declara a la persona que padece la coacción como titular de un derecho a la libertad sexual; informal y

tácitamente es una afirmación cultural que declara a la persona que padece la coacción como inocente de la infracción de un imperativo de abstención sexual. Por eso, la libertad sexual protegida por el moderno delito de abuso sexual es exclusivamente la libertad de abstención.

A la luz de esta explicación, es falso que el derecho penal sexual moderno se haya configurado consistentemente sobre la distinción entre legalidad y moralidad. No es cierto que el derecho penal moderno haya constituido, ni siquiera parcialmente, un ámbito regulativo que en sus fundamentos se diferenciara de una moral social restrictiva de la sexualidad, dejando la cuestión de la represión o liberalización del comportamiento sexual a otras instituciones jurídicas o a la evolución de las costumbres. Por el contrario, aun en el núcleo revolucionario del derecho penal sexual moderno la tematización del delito sexual nunca se liberó de un imperativo cultural represivo de la sexualidad.

Las múltiples manifestaciones de este nexo cultural en la práctica judicial de la segunda mitad del siglo XX es un hecho bien conocido. La absolución del acusado por consideración al comportamiento de la víctima -falta de resistencia suficiente, insinuación precedente- se basa en definitiva en una imputación del contacto sexual a quien arguye ser víctima de un abuso, en el sentido preciso del concepto adscriptivo de víctima. El punto de vista usual del discurso liberal es criticar esta consideración como una perturbación moralizante de la estructura conceptual del abuso sexual, en el sentido de la intromisión de una valoración cultural ajena a un espacio constituido con independencia de esa valoración. La hipótesis de la lectura revertida demuestra la superficialidad de esa crítica. Lejos de representar una intromisión, la interpretación del delito de abuso sexual como un delito de víctima en sentido adscriptivo no hace sino explicitar la gramática profunda de la legislación. Desde luego, una gramática incongruente con el fundamento moral de esa legislación, pero hecha plausible precisamente por la incongruencia de la propia legislación con su fundamento moral.

4. La ambigüedad, la contracción y la expansión.

Como se dijo en la sección anterior, en el nivel de su gramática superficial el modelo ilustrado conservó un remanente explícito del modelo medieval –los delitos contra la moral social sexual-, aunque sometiéndolo a dos transformaciones conceptuales. Por una parte, contrapuso esos delitos a los atentados contra un interés pretendidamente individual y personalísimo. Por otra parte, adoptó una posición de tercera persona respecto del merecimiento y la necesidad de pena. La legislación penal ilustrada no afirmó directamente la reprochabilidad de la lujuria, como el derecho canónico y el derecho penal secular subordinado al modelo medieval. La afirmación ilustrada fue indirecta; afirmó la conveniencia de reforzar con la pena estatal las afirmaciones culturales de la reprochabilidad de la lujuria. Este cambio de perspectiva, que implica una distancia respecto de la corrección de la afirmación de reprochabilidad, se expresó la consideración moderna de estos delitos como atentados contra un interés colectivo: la vigencia de una moral social sexual.

Lo que caracterizó al derecho penal sexual de la codificación madura europea frente a la codificación temprana fue una solución de compromiso entre el modelo medieval y el modelo ilustrado. Contextualmente, este compromiso implicó la consolidación de la concepción moderna del abuso sexual, pero en un marco general que revalidó el remanente medieval, aunque bajo la concepción moderna (indirecta) del objeto de protección. La codificación madura rechazó el quiebre sistemático ilustrado y reunió todos los delitos de significación sexual en una misma categoría, los "delitos contra las buenas costumbres" *(Sittlichkeit)* en el código penal prusiano de 1851 (segunda parte, título xii) y el código penal del imperio alemán de 1871 (segunda parte, párrafo xiii), o los "delitos contra la honestidad" en los códigos penales españoles de 1848 (libro ii, título x) y 1870 (libro ii, título xii). Al interior de esta categoría común los delitos de abuso sexual configuraron una subclase específica, marcada por su consideración como delitos de víctima. En la codificación española, esta especificidad fue incluso remarcada por el propio texto legal.

Este es un modelo regulativo extraordinariamente ambiguo. Desde un punto de vista sistemático, sin duda lo central es la reunificación de todos los delitos de significación sexual bajo la consideración de la infracción a la moral sexual. Esa decisión legislativa expresa una concepción abiertamente opuesta a la concepción ilustrada, pues también los abusos sexuales son tematizados como infracciones de la moral social sexual. No obstante, esa tematización no altera su estructura de delitos de víctima en sentido prescriptivo. Esto último, junto con la adopción de una perspectiva indirecta para afirmar el merecimiento o la necesidad de la pena, impide considerarlo como una regulación premoderna.

Toda la discusión de los siglos XIX y XX relativa a la configuración del moderno derecho penal sexual giró en torno a la (i)legitimidad de la protección penal de la moral social sexual, concentrada la punición de la obscenidad, la homosexualidad consentida, el contacto sexual con jóvenes y la prostitución.

A fines del siglo XX, el punto de vista liberal celebró en Alemania y España lo que parecía ser su victoria definitiva sobre los casi doscientos años de ambigüedad del moderno derecho penal sexual. En Alemania, la regulación heredada del viejo código penal del imperio experimentó una liberalización radical con la 4ª ley de reforma del derecho penal, de 1974, que expresivamente cambió el epígrafe del título respectivo, sustituyendo la antigua tematización por su denominación liberal: "delitos contra a autodeterminación sexual". La 29ª ley de modificación del código penal, de 1994, terminó con el último residuo de discriminación penal por orientación sexual, sustituyendo la prohibición de la homosexualidad masculina con menores púberes por una regla general de protección de la juventud frente al abuso de su inexperiencia sexual.

En España, el proceso de reformas sucesivas del código penal de 1944 (en lo esencial, el viejo código de 1870) que caracterizó a la legislación de la democracia post-franco tuvo su expresión en el ámbito de los delitos sexuales con la ley orgánica 3/1989, que entre otras reformas sustituyó la antigua rúbrica -"delitos contra la honestidad"- por la denominación de "delitos contra la libertad sexual", y culminó con el nuevo código penal de 1995, que dio a los

delitos sexuales la regulación más estrictamente vinculada al principio liberal de todo el derecho penal occidental del siglo XX.

En ambos casos, la decisión del legislador siguió criterios elaborados previamente por el discurso de profesores universitarios, que se comprendían a sí mismos como los reivindicadores de la política legislativa de la Ilustración, postergada por la influencia de la cultura sexual cristiana en la legislación de los siglos XX y XIX. El principio de política legislativa afirmado por estos autores era simple y drástico. Toda norma penal que reforzara una prohibición moral del ejercicio de la sexualidad debía someterse a una disyuntiva fuerte: o bien se la reformulaba como norma que prohíbe un atentado contra la libertad de otro, o debía derogársela **[13]**.

Este discurso liberal se caracterizó no sólo por la impugnación del paternalismo y el perfeccionismo, sino además por su compromiso con una versión exigente del principio de proporcionalidad. De acuerdo con este compromiso, el ámbito de lo punible y la magnitud de la pena deben ser mantenidos en el nivel mínimo necesario para la adecuada obtención del fin de protección que se persigue con el establecimiento y aplicación de las normas penales **[14]**. Las reformas de la segunda mitad del siglo XX –especialmente la introducida por el código penal español de 1995- satisficieron ambas exigencias, la del principio disyuntivo y la del compromiso minimalista.

En el derecho penal sexual del cambio de siglo, sin embargo, se ha producido una alteración significativa de ese estado de cosas. El rasgo más interesante del actual derecho penal sexual es la combinación de un relativo predominio del principio disyuntivo con un fracaso estrepitoso del compromiso minimalista. Dentro de los límites legitimados por la justificación de la norma punitiva como prohibición de abuso de otro –o al menos aparentemente dentro de esos límites-, el derecho penal sexual de los últimos quince años ha sido uno de los ámbitos más relevantes de la expansión del poder punitivo estatal.

Cuatro aspectos de esta expansión son particularmente relevantes desde un punto de vista simbólico: (a) la ampliación del ámbito de aplicación del delito de violación, el más grave de los

abusos sexuales, a comportamientos distintos de la penetración genital de la vagina, (b) la derogación de la exención marital, es decir, la inclusión del contacto sexual abusivo entre cónyuges dentro de los delitos de abuso sexual, (c) el surgimiento del derecho penal sexual en el contexto del derecho penal internacional y (d) el desarrollo de un derecho penal sexual relativo a los menores de edad, altamente diferenciado y provisto del máximo potencial coercitivo, fomentado por el derecho internacional de los derechos humanos.

La crítica usual que este fenómeno suscita en el discurso liberal se basa en las exigencias del principio de proporcionalidad: la expansión del derecho penal sexual sería innecesaria y desproporcionada. Desde el punto de vista defendido por este trabajo, el compromiso minimalista es secundario, particularmente en lo que se refiere a la afirmación de la falta de necesidad. Dado que no disponemos de una medida simple y segura de determinación de la necesidad de la pena, el criterio interno de distribución igualitaria de la pena como carga resulta más operativo que cualquier criterio externo. La objeción de la asimetría como anomalía responde, obviamente, al uso de un criterio interno de distribución igualitaria, bajo la consideración de la autonomía sexual como objeto de protección. Por esta razón, allí donde el surgimiento de nuevas reglas punitivas simplemente reproduzca la asimetría constitutiva del moderno derecho penal sexual, la lectura revertida no es incompatible con la consideración de la expansión del derecho penal sexual como superación de una situación de impunidad, contextualmente justificada.

Esa posibilidad de justificación contextual no obsta, sin embargo, a la consideración del fenómeno como consolidación e intensificación de la vigencia latente del modelo regulativo medieval. La lectura revertida puede advertir en los cuatro aspectos mencionados esa dimensión simbólica. Realizar ese ejercicio de lectura crítica requeriría sin embargo demasiada atención del lector a cuestiones de detalle **[15]**. Baste aquí con hacer una breve referencia al trasfondo moralizante que la lectura revertida advierte en la regulación del contacto sexual con menores impúberes.

¿Qué pena corresponde en el contexto del sistema de los abusos sexuales al contacto sexual con impúberes? La respuesta de Feuerbach era simple: una pena equiparable al abuso sexual no violento, que debe ser en todo caso inferior a la pena del abuso sexual violento. Ese no fue sin embargo el punto de vista de la codificación penal madura. El derecho penal sexual de mediados del siglo XIX asignó la misma pena del abuso violento al abuso no violento, e incluso una más severa al simple contacto sexual con impúberes **[16]**. La historia reciente del código penal alemán ha replicado de modo exacto esta fluctuación: de un tratamiento diferenciado y atenuado de la pena del abuso sexual no violento y el contacto sexual con el menor impúber, impuesto por las reformas liberales de fines del siglo XX, se ha vuelto al tratamiento del siglo XIX.

La hipótesis de la lectura revertida advierte aquí una influencia intensificada del modelo regulativo medieval. Sólo desde el punto de vista de la concepción adscriptiva de la víctima se hace necesaria la igualación del abuso no coercitivo al coercitivo, porque la exclusión de la culpabilidad por la infracción al imperativo de abstinencia sexual deja a todos los inocentes como igualmente inocentes. Y la concepción adscriptiva de la víctima permite entender lo que de otro modo sería inexplicable, esto es, que el mero contacto sexual con el impúber, cualquiera sean las circunstancias en que tiene lugar, merezca como una pena igual o eventualmente más severa a la que merece la violencia sexual más brutal: la pena proclama al impúber como inocente; la pena máxima, como inocente supremo. Este último es un caso en que no basta la igual inocencia; la consideración a la peculiar intensidad de la pureza requiere una exclusión simbólica intensificada de la impureza.

Esta es la gramática profunda del actual derecho penal sexual pretendidamente protector de las personas menores de edad.

5. La hipóstasis, la constatación y la resistencia.

A estas alturas, una cosa es clara. Concebir el abuso sexual como coacción puntual a hacer, omitir o tolerar una acción puntual, como pretendía Feuerbach, es inverosímil. Tan inverosímil como describir el delito de violación como un hecho bruto, como la introducción de la protuberancia de un cuerpo en la cavidad de otro cuerpo. El propio contexto regulativo del derecho penal sexual moderno hace inverosímil la comprensión naturalista presupuesta por su justificación como atentado a libre uso del cuerpo.

Disponemos, eso sí, de otra comprensión naturalista del abuso sexual: su concepción como **atentado contra el bienestar sexual.** Esta concepción corrige la identificación del objeto protegido por la ley penal, desplazando la consideración de una interacción sexual puntual a toda interacción sexual posible. Desde esta perspectiva, lo que el derecho penal sexual protege no sería la ausencia de constreñimientos momentáneos a una voluntad sexual actual, sino la permanente capacidad de sexualidad.

A primera vista, el atractivo de esta explicación para una justificación liberal del derecho penal sexual es grande. Ella pareciera postular la valoración de la libertad de realización sexual como justificación moral última del derecho penal sexual y mantener la orientación naturalista de la justificación moderna. Según esta concepción deberíamos dejar de comprender a los delitos sexuales como interacciones sexuales no consentidas y comenzar a concebirlos como medios específicamente sexuales de daño psíquico. Algo así como una modalidad gravísima de maltrato personal. Del mismo modo que el derecho penal de las lesiones corporales protege la capacidad de las funciones corporales como presupuesto del ejercicio de la libertad de acción, el derecho penal sexual protegería la capacidad de sexualidad como presupuesto de la libertad de realización sexual. Esto permitiría explicar la asimetría. Conforme a esta concepción, impedir a otro un contacto sexual no afectaría su capacidad permanente de sexualidad de un modo tan intenso como constreñirlo a un contacto sexual, porque soportar un contacto no deseado sería una experiencia mucho más dañina para esa capacidad de sexualidad que la frustración del contacto

deseado. Expresado en jerga psicológica, el trauma experimentado por el contacto sexual no deseado sería incomparablemente más profundo que la frustración del deseo.

Es claro que esta concepción tropieza con una dificultad considerable, pues hasta el momento ella no se ha expresado en las definiciones legales del delito sexual. El derecho penal sexual no condiciona la pena a la constatación de un resultado traumático para la víctima, ni siquiera a la constatación de la idoneidad del contacto sexual para producir dicho resultado. Sin embargo, la fuerza intuitiva de esta concepción logra superar esa objeción. Y así se concluye que por razones estratégicas –dificultad de prueba por facilidad de contraprueba- le ley prefiere prescindir de esa exigencia, para proteger efectivamente la capacidad de sexualidad frente a los daños causados por medios específicamente sexuales. Dicho ahora en jerga de la teoría del delito alemana, los delitos sexuales serían delitos de peligro abstracto para el bienestar sexual individual**[17]**.

La incorporación a la práctica punitiva de un saber fiable relativo al trauma resulta indiscutiblemente valiosa en cuanto hace posible el reconocimiento de que la investigación y el juicio penales pueden tener efectos traumáticos (o terapéuticos) para la víctima. Este reconocimiento tiene importancia, porque ofrece una guía para la conducción de la investigación y el juicio en el marco permitido por las reglas del procedimiento, y porque permite plantear (y resolver) el trilema en que puede llegar a encontrarse el Estado entre intensificar el trauma de la víctima, reducir los derechos de la defensa y renunciar a la punición del acusado.

Pero para desgracia de la teoría del bienestar sexual, este valioso reconocimiento hecho posible por la consideración del trauma desmiente su presuposición central. El reconocimiento del posible efecto traumático de la investigación y el juicio demuestra que la selección que -según esta concepción- habría hecho la ley, consistente en sancionar medios exclusivamente sexuales de producción del trauma, es injustificable en los términos naturalísticos que impone la equiparación de los delitos sexuales con los delitos de lesiones. ¿Por qué un contacto sexual no consentido es

un modo incomparablemente idóneo para producir un trauma en la víctima? ¿Qué propiedades posee exclusivamente?

¿Es posible ofrecer una respuesta naturalística a esta pregunta? Quizás sí, pero al costo de reducir el alcance del concepto de trauma exclusivamente al trastorno del sistema nervioso y dejando en una "caja negra" la explicación de la relación causal entre el contacto sexual y el trastorno nervioso. Pero ese es un costo que no puede asumir una teoría que pretende manejar un concepto amplio de trauma. Y tampoco es un costo aceptable desde el punto de vista de la legitimación del derecho penal. Una teoría que afirma la idoneidad única de modos específicos de comportamiento para producir un resultado dañino, y que hace valer esa afirmación como razón para justificar la selección legal exclusiva de esos modos como comportamientos punibles, no puede eludir la demostración de la verdad de su afirmación **[18]**.

La admisibilidad de la teoría del bienestar requiere, pues, contar con una teoría no naturalística del trauma, que sea capaz de explicar la relevancia traumática específica de la connotación sexual de una interacción, al margen de todas las circunstancias adicionales que eventualmente pueden concurrir. Porque no debe explicar solamente el efecto traumático de un abuso sexual violento, sino también el de un contacto sexual inadvertido al momento de su realización e incluso el de un contacto sexual consentido, cuando la ley excluye la relevancia de ese consentimiento. Inevitablemente, esa teoría no naturalística tendría que incorporar la **consideración de la cultura sexual vigente**.

Desde la perspectiva liberal resulta a primera vista contraintuitivo considerar la cultura sexual como base para una comprensión del abuso sexual alternativa al naturalismo, que además permita explicar la asimetría que lo caracteriza, y que sea compatible con la consideración de la protección de la autonomía sexual como fundamento del derecho penal sexual. Pero si se distingue entre reglas constitutivas y reglas regulativas, puede advertirse que la objeción liberal se refiere a la consideración de estas últimas, o sea, de las prohibiciones culturales de realización de la sexualidad, como objeto de protección. En la base de la postulación de la autonomía personal

como fundamento último de justificación del derecho penal sexual se encuentra el auténtico argumento moderno, que no es primariamente validatorio sino impugnatorio: ninguna prohibición cultural de ejercicio de la sexualidad, por más asentada que se encuentre en la comunidad, vale sin más como razón justificatoria de la coacción estatal. El reconocimiento del derecho individual a la configuración autónoma del plan personal de vida tiene prioridad sobre el interés colectivo en reforzar la vigencia de la moral social **[19]**.

La afirmación de la prioridad de la libertad personal tiene lugar sin embargo en el contexto de una cultura de la sexualidad, definida por reglas. El rechazo a reforzar prohibiciones culturales no exige desconocer por completo la cultura a la que pertenecen esas prohibiciones. La necesidad de incorporar las reglas constitutivas de la cultura sexual es evidente, por ejemplo, en la definición legal del comportamiento prohibido. La cuestión de qué cuenta como comportamiento sexual, ya sea el realizado por el autor del delito o el padecido por la víctima, es una interrogante que el derecho penal sexual no puede responder en toda su extensión sin recurrir a esas reglas de la cultura. Aparte de la penetración de ciertas cavidades corporales por los genitales masculinos, que por su inequívoca significación sexual admite un criterio puramente anatómico de identificación, la calificación de un contacto corporal como "sexual" es una cuestión de sentido, definida por reglas de la cultura sexual.

Obviamente, la asimetría se explica como incorporación de una regla cultural. La cultura sexual dominante en Occidente define al contacto sexual como discreto, en el sentido que se encuentra *prima facie* excluido, requiriendo su admisión un levantamiento de esa exclusión. Los procesos históricos susceptibles de ser caracterizados como tránsito de una cultura sexual represiva a una cultura sexual no represiva, o viceversa, no han consistido en la desaparición o surgimiento de la regla de exclusión, sino en una variación de las reglas que definen el modo socialmente reconocido de levantamiento de esa exclusión. Así, la liberación sexual de las dos primeras décadas del siglo XX y la década de los sesenta es un tránsito del matrimonio heterosexual a la decisión individual de la persona adulta como modos socialmente reconocidos

de levantamiento de la exclusión *prima facie* del contacto sexual. La asimetría se explica precisamente como preponderancia de la (permanente) regla de exclusión respecto de las (fluctuantes) reglas de levantamiento. Quien se arroga contra las reglas vigentes una prerrogativa de levantamiento de la exclusión *para infringir* la regla de exclusión recibe un tratamiento mucho más severo del que recibe quien contra las reglas vigentes desconoce la prerrogativa de levantamiento de otro(s) *para hacer valer* la regla de exclusión.

La incorporación de la regla de exclusión *prima facie* del contacto sexual permite también explicar fácilmente los casos difíciles para la teoría del bienestar sexual. El modo de levantamiento socialmente reconocido exige la satisfacción de condiciones para que una decisión de admisión del contacto sexual cuente como tal. El contacto sexual inadvertido al momento de su realización y el contacto sexual consentido por impúberes no satisfacen esas condiciones. De aquí que constituyan casos de infracción de la regla de exclusión del contacto sexual, y en tal carácter equiparables al abuso violento.

Por cierto, las ventajas en el nivel de la explicación no tienen necesariamente un equivalente en el nivel de la justificación. Que la consideración de la cultura sexual haga inteligible la anomalía del derecho penal sexual no implica que la haga legítima. El derecho penal moderno satisface el principio liberal de la prioridad de la libertad porque reconoce a la decisión individual como modo legítimo de levantamiento de la regla de exclusión *prima facie* del contacto sexual. Aquí radican las grandes diferencias que separan a la cultural sexual moderna del modelo regulativo medieval. La prohibición moral originaria de la sexualidad ha derivado en una presunción cultural de voluntad individual de exclusión del contacto sexual, y el modo originario institucionalmente ligado de autorización de la sexualidad -el matrimonio- derivó en un modo institucionalmente desligado de refutación de esa presunción -la simple voluntad de inclusión del individuo adulto. Estas son transformaciones culturales relevantes, sin duda. Pero para la hipótesis de la vigencia latente esas transformaciones son incomparablemente menos importantes

que la continuidad de la definición del contacto sexual como un comportamiento discreto, en el sentido de un estado de cosas *prima facie* excluido.

La asimetría entre la protección de la libertad de abstención sexual y la protección de la libertad de realización sexual permanece, pues, necesitada de justificación. Precisamente porque el principio de la prioridad de la libertad se expresa en el surgimiento de nuevas reglas sobre modos de levantamiento de la exclusión es que resulta problemático que el derecho penal sexual moderno desconozca su relevancia específica frente a atentados que impiden su vigencia, favoreciendo en cambio la regla de exclusión. Este es el núcleo duro de la hipótesis de vigencia latente del modelo regulativo medieval, confirmada una y otra vez por la lectura revertida.

¿Deberíamos concluir, por lo tanto que una cultura rigurosamente sexual tendría que bien dramatizar el impedimento del ejercicio de la sexualidad hasta hacerlo equivalente a la actual valoración negativa (máxima) de su constreñimiento, o bien banalizar éste hasta hacerlo equivalente a la actual valoración negativa (mínima) de aquél? Y dado que la aplicación rigurosa del principio de Tittmann sólo puede ser consistente con la segunda opción, ¿deberíamos sostener que cualquier tematización de la significación sexual del comportamiento que se es constreñido a hacer, omitir o tolerar es incompatible con la consideración de la protección de la libertad personal como fundamento de la punición?

En un ejercicio de equilibrio reflexivo, esta es una conclusión inverosímil. Tan relevante como ha sido advertir la inconsistencia de la regulación moderna con su pretendida justificación liberal es advertir ahora lo implausible de una propuesta de prescindir de la tematización del comportamiento sexual en el derecho penal. Pero, ¿disponemos de alguna justificación de la punición del abuso sexual –simétrico o asimétrico- alternativa a la sola protección de la libertad personal, consistente con el principio de la prioridad de la libertad? ¿Qué consideraciones inmunes al imperativo de abstención sexual pueden justificar la relevancia de la significación sexual del comportamiento, particularmente del comportamiento indeseado a cuya tolerancia se es constreñido?

Existe un punto de partida para explicar la protección asimétrica de la libertad de abstención sexual y la libertad de realización sexual relativamente desprovisto de carga moral. Él se encuentra en todos los constreñimientos fácticos que impiden la formación de una expectativa de realización sexual continua, es decir, de realización permanente o ininterrumpida de acciones orientadas a la obtención de la gratificación sexual. Esos constreñimientos van desde las condiciones fisiológicas del individuo hasta la satisfacción de otros intereses o necesidades prioritarios. En virtud de estos constreñimientos asumimos que la plena realización sexual como parte de un plan personal de vida, incluso liberada de la represión sexual cultural, no es incompatible con la omisión de acciones sexuales durante un tiempo considerable. De ahí que diferir en el tiempo la realización de una acción sexual no implique *per se* una frustración significativa de esa expectativa de plena realización sexual. Por el contario, la expectativa de abstención sexual sí tiene sentido como ausencia continua, ininterrumpida de contacto sexual. Por esa razón, tener que tolerar un contacto sexual no puede ser comprendido como diferir la abstención de un acto sexual en el mismo sentido anterior, sino que implica una frustración significativa de esa expectativa. Esta asimetría del valor temporal de la preferencia negativa de sexualidad respecto del valor temporal de la preferencia positiva de sexualidad permite explicar que, siendo lo demás idéntico, la coacción puntual a tolerar un contacto sexual indeseado sea considerada como un daño más grave que la coacción puntual a omitir un contacto sexual deseado. A partir de este dato elemental se desarrolla sin embargo la intrincada trama de distinciones culturales que hace posible en el moderno derecho penal sexual la imposición de 200 años de presidio por la mera posesión de imágenes de pornografía infantil **[20]** frente a la ausencia total de tematización legal del impedimento de la sexualidad ajena como abuso sexual, sin que ninguna de las propuestas justificatorias de la comprensión del delito sexual como atentado a la libertad de abstención sexual sea capaz de satisfacer una exigencia (incluso moderada) de neutralidad moral.

Una teoría normativa del trauma, por ejemplo, no puede desentenderse de esa dimensión de reproche cultural por la intervención en la realización de un acto sexual. Eso es aplicable particularmente a su versión más sofisticada, la teoría de la cosificación de la persona que es objeto de abuso sexual, es decir, la consideración de la denegación del estatus de persona como razón de la punición diferenciada del abuso sexual. Esta versión de la teoría tampoco puede desentenderse de la correspondencia entre la cosificación y la inocencia, y por lo mismo, con el reproche cultural medieval. Y desde luego tiene que dar cuenta de la peculiar relevancia de la cosificación sexual frente a toda otra forma de trato social denegatorio de la dignidad de persona. Por último, la consideración de la mayor disponibilidad operativa del contacto sexual abusivo como modo de agresión, que es relevante en contextos de urgencia, como la guerra, pierde relevancia en contextos de proyección temporal indefinida, a menos que se asigne al contacto sexual una potencialidad agresiva (dañina) superior, caso en el cual la tesis se remite a una consideración como la de las dos teorías anteriores, que no son inmunes al imperativo cultural de abstención sexual.

Siempre queda en pie la consideración del abuso sexual como un delito de desplazamiento, en el sentido advertido en la construcción de Feuerbach de 1801. Es decir, que no representa un atentado simplemente dañino para la víctima, sino un acto útil para el autor del delito, un acto de aprovechamiento del cuerpo de otro. Los abusos sexuales se diferenciarían así de los demás atentados a la libertad sexual de un modo análogo a como el hurto (equivalente a los abusos no coercitivos) y el robo (equivalente a los abusos coercitivos) se diferencian del daño a las cosas. Quizás haya aquí una clave aún no suficientemente explorada, común a los delitos sexuales y a los delitos contra la propiedad, para la comprensión de la transformación del material del antiguo régimen en el sistema regulativo de la codificación. Una consideración de este tipo atenuaría considerablemente el papel hasta ahora asignado a lo que Feuerbach denominaba el criterio objetivo-externo de determinación de la proporción entre el delito y la pena. Este es un criterio que sólo puede ser admitido *ceteris paribus* por una teoría utilitarista del derecho penal

como la del propio Feuerbach, y precisamente la consideración del impulso sexual o la codicia altera ese presupuesto **[21]**.

Pero independientemente de lo que pueda obtenerse con esa exploración del criterio subjetivo-interno de determinación de la proporción entre el delito y la pena, es claro que falla la pretendida analogía con el ataque a los medios instrumentales de realización de la autonomía. La protección dispensada a la propiedad no descansa, como gramática profunda, en un imperativo de abstención del uso o la disposición de la propiedad. La protección de la posesión de cosas es neutral al destino que el poseedor dé a las cosas. Por eso, el ataque de desplazamiento es daño de otro (privación de posesión) para el aprovechamiento propio. Considerar por analogía al impedimento de contacto sexual deseado como el daño correlativo al contacto sexual indeseado, en el sentido de su costo de oportunidad, es la explicación más inverosímil concebible del abuso sexual.

Así se llega al dilema: desconocer el carácter personalísimo del interés afectado por el abuso sexual es inviable y reconocerlo es validar el imperativo cultural de abstinencia sexual. Porque no hay modo de atribuir gravedad al abuso sexual sin incorporar su dimensión de sentido y esa dimensión está constituida por ese imperativo, aun en la manera debilitada de una regla de exclusión *prima facie*. Frente a este dilema, la única estrategia posible para el discurso liberal es replantear un naturalismo reflexivo como herramienta de crítica cultural y como fuente de criterios limitativos del despliegue del potencial sancionatorio estatal del comportamiento sexual. O sea, en vez de presuponer una comprensión naturalista inverosímil -como lo hacía Feuerbach-, y en vez de encubrir la constitución cultural del concepto de daño a la víctima de un abuso sexual –como lo hace la teoría del bienestar sexual-, apelar a ese naturalismo como una manera de reducir discursivamente la personalización superlativa de la sexualidad, que es el modo como el imperativo de abstinencia logra dominar las concesiones culturales liberales.

Entonces, quizás, veremos cara a cara.

Notas

[1] El enfrentamiento de cada voluntad a una voluntad contraria no es enfrentamiento entre sí. La afirmación del texto no se refiere al caso en que el practicante del sexo requiera para su satisfacción la participación del abstinente contra o sin la voluntad de éste. Ese caso se resuelve a favor del segundo por consideración a la sola autonomía, sin calificación del acto como abstinencia o realización de sexualidad, y nunca se da en términos inversos, porque la satisfacción de la voluntad del abstinente respecto de sí mismo no requiere la abstinencia del practicante respecto de otros. La afirmación del texto se refiere al caso en que la satisfacción de la voluntad del practicante no requiera la participación del abstinente y éste impida a aquél obtener esa satisfacción. Aunque ello constituya un atentado contra la libertad sexual de otro y aunque en el caso concreto sea una coacción injustificable, nunca constituye delito sexual.

[2] La lujuria es el vicio (q, 153) opuesto a las virtudes de la castidad y el pudor (q. 151), las cuales son parte de la virtud de la templanza (q. 141). La templanza modera las inclinaciones naturales del hombre comunes con los animales, subordinándolas al orden de la razón. En tanto virtud especial, la templanza se ocupa de los placeres del tacto, que se refieren o bien al alimento o bien a los actos sexuales. Así como el alimento es el objeto de las virtudes de la abstinencia (comida) y de la sobriedad (bebida), cuyo vicio por exceso es la gula, los actos sexuales son el objeto de la castidad (coito) y del pudor (demás actos venéreos) y el vicio por exceso es, como se ha dicho, la lujuria (q. 143): el uso del placer sexual en contra de la recta razón q. 154 a.1).

[3] La caracterización del modelo regulativo de Tomás de Aquino como represivo de la sexualidad es cándida. Para juzgar en ese sentido el modelo de Tomás de Aquino es necesario atender por lo menos a tres consideraciones: (1) en su contexto histórico, la doctrina de Tomás de Aquino corresponde a una postura de validación categórica del coito heterosexual matrimonial por vía vaginal como acto virtuoso, por su conformidad con una inclinación natural conforme al orden de la razón (la reproducción); (2) las relaciones históricas del modelo teológico con el derecho penal civil (secular) nunca fueron de subordinación completa por parte de éste a aquél; a diferencia del derecho canónico, los estatutos penales europeos de los siglos XIV a XVIII nunca tradujeron todas las prohibiciones de pecados en prohibiciones de delitos; (3) el propio modelo teológico no exige reforzamiento penal de las prohibiciones morales en toda su extensión: la teología moral tomista acepta márgenes de impunidad civil por razones prudenciales. Finalmente, es claro que la reducción del concepto de represión cultural a un modelo de prohibiciones explícitas no da cuenta de la amplia variedad de modos en que puede desplegarse una cultura represiva de la sexualidad.

[4] Por "concepto adscriptivo de víctima" debe entenderse, con mayor rigor, un concepto adscriptivo de víctima-de-coacción. El concepto víctima de un delito es prescriptivo: si una acción u omisión es describible como un atentado contra un estado de cosas cuya preservación interesa a una persona, y si el interés de esta persona es una razón de peso para justificar la prohibición de ese atentado, entonces quien ve afectado su interés por ese ataque es una víctima. Cuando el ataque consiste en una interacción con la víctima, es decir, cuando el ataque implica que la víctima haga, omita o tolere (= omita resistir) algo, entonces se plantea como cuestión posible la evaluación deóntica del comportamiento de la víctima como infracción de una prohibición o imperativo y la consideración del ataque sufrido por ella como razón para su exculpación por esa infracción. Tal es el caso de los dos modos tradicionales de ataque interactivo, la coacción y el engaño. Manejar un concepto adscriptivo de víctima implica priorizar la calificación deóntica del comportamiento realizado por la víctima en sentido prescriptivo.

[5] Estos rasgos son compartidos por la codificación francesa (1791, 1810), la codificación austríaca ilustrada (1797), la codificación bávara (1813) y la codificación temprana española (1822). No son compartidos por la codificación temprana prusiana (1794), ni por la codificación temprana austríaca (1803). Los textos que comparten los rasgos ilustrados no lograron, sin embargo, una identificación común del derecho individual lesionado por el abuso sexual. La codificación francesa (1791, 1810) se limitó a calificarlos de delito contra las personas, junto con el homicidio y las lesiones. La codificación austríaca ilustrada (1797) y la codificación bávara (1813), los trataron como delitos contra la libertad, junto

con la privación de libertad. La codificación española (1822), los trató como "fuerzas", también junto a otros atentados contra la libertad individual.

[6] *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts* (= Revisión de los principios y conceptos fundamentales del derecho penal positivo), Segunda Parte, p. 235-236 (Chemnitz: 1800, reimpresión Aalen: Scientia Verlag, 1966).

[7] *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts* (= Tratado del derecho penal común vigente en Alemania), § 289, p. 222 (Giessen: 1801).

[8] *Beiträge zu der Lehre von den Verbrechen gegen die Freiheit* (= "Contribuciones a la doctrina de los delitos contra la libertad"). Meissen: Erbsteinische Buchhandlung, 1806, p. 3.

[9] La concepción alemana de los delitos contra la libertad, contrapuesta a la francesa, influyó en la codificación italiana a través de su recepción por la codificación toscana. La codificación italiana influyó a su vez en la codificación sudamericana, principalmente a través de su recepción en la codificación argentina. El hecho de que la codificación española haya demostrado tanto en 1822 como en 1848 una estrecha afinidad con la concepción alemana de los delitos contra la libertad constituye un auténtico misterio. Cierta historiografía conservadora chilena ha postulado la influencia del código penal austríaco de 1803 como clave explicativa de las peculiaridades de la codificación española de 1848. Tratándose de los delitos contra la libertad y los delitos sexuales esa pretendida clave es inútil: en estas materias el código austríaco de 1803 era premoderno.

[10] Extraordinariamente expresivo de esta pervivencia es el siguiente pasaje de William Blackstone: "…our English law does not entertain quite such sublime ideas of the honour of either sex, as to lay the blame of a mutual fault upon one of the transgressors only: and therefore makes it a necessary ingredient in the crime of rape, that it must be against de woman's will" (*Commentaries on the Laws of England, A Facsimile of the Fisrst Edition of 1765-1769,* Volume IV, Chicago: University of Chicago Press, 1984, p. 211). En este pasaje, Blackstone intenta explicar la diferencia entre el concepto de violación del derecho inglés y concepto de rapto del derecho romano, que consideraba delito incluso el rapto consentido por la mujer. Sustituir un concepto de delito sexual mutuamente consentido por un concepto de delito sexual en que uno atenta contra la voluntad de otro es lo característico del moderno derecho penal sexual. Pero, notablemente, Blackstone no explica esa contraposición como el paso de un delito sin víctima a un delito con víctima, en sentido prescriptivo; por el contrario, lo explica como una reformulación adscriptiva, es decir, como exculpación de uno de los partícipes. En el tratado de Feuerbach (nota 7) la pervivencia no es latente sino explícita. Ello es así porque ahí se trata de una reconstrucción racional del material legal premoderno, que explícitamente excluía de la protección legal a personas que por su impudicia no lo merecían (prostitutas, tratándose de la violación, mujeres con experiencia sexual, tratándose del estupro). Es posible que este nexo conceptual circunstancial haya influido culturalmente en la pervivencia latente del modelo regulativo medieval después de la codificación. En todo caso, la hipótesis de la lectura revertida es más fuerte: no se trata de las consecuencias anómalas de una fase de transición, sino de la anomalía de la propia definición conceptual de la codificación. Esto la diferencia además, de otros estudios que han identificado con claridad el rol desempeñado por el concepto adscriptivo de víctima en la aplicación práctica de las normas punitivas de los delitos sexuales, el más sobresaliente de los cuales es Anne M. Coughlin, *Sex and Guilt* 84 Virginia Law Review (1998), 1. En estos estudios la pervivencia del concepto adscriptivo es asumida como un resabio problemático en vez de un rasgo constitutivo.

[11] Valga por todos el siguiente pasaje del manual para estudiantes más reciente: "(…) sería erróneo pensar que la totalidad de este contenido [de la libertad sexual] se tutela en los preceptos del título viii que estamos estudiando. Con éstos se pretende que ninguna persona se vea forzada o inducida por otra a un ejercicio de la sexualidad no querido o no aceptado de manera libre y consciente o aceptado con la voluntad viciada por alguien (menores e incapaces) a cuyo asentimiento no se atribuye relevancia en la mayoría de los casos, y no a amparar o promover la actividad sexual preferida por cada ciudadano" (Tomás Vives Antón y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*; Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 213-214).

[12] La edición en español que maneja la Organización de las Naciones Unidas adopta esta interpretación restringida ya en la fijación del texto legal. En vez de la expresión "otra forma de violencia sexual", el texto usa la fórmula "otros abusos sexuales" (Documento A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998). El uso de la expresión tradicional de la codificación zanja la posible controversia interpretativa.

[13] En el caso alemán, las obras más significativas son la tesis doctoral de Herbert Jäger, *Strafgesetzfebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichleitsdelikten* (= "Legislación penal y protección de bienes jurídicos en los delitos contra las buenas costumbres"), 1957, y el informe elaborado por Ernst-Walter Hanack para el 47º congreso alemán de juristas, *Empfielt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?* ("¿Es recomendable determinar nuevamente los límites del derecho pena sexual?"), 1968. El equivalente español se encuentra en la primera parte de la tesis doctoral de José Luis Díez Ripollés, *El derecho penal ante el sexo,* 1981. En ambos casos, el discurso académico tuvo expresión en propuestas regulativas que antecedieron y guiaron las modificaciones legales, el tomo iii del Proyecto Alternativo de Código Penal (1968) en Alemania, y la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal (1983) en España. La gran diferencia entre uno y otro proceso consiste en que el código penal español de 1995 fue mucho más lejos que la propuesta de 1983 en su reformulación liberal de la regulación.

[14] Esta formulación supone un criterio de legitimación prospectiva, conforme al cual la legitimidad de la pena depende de la satisfacción de condiciones que justifican su consideración como medio adecuado para el logro de un fin valioso. Ese es el caso usual del discurso legitimatorio liberal. El lector que rechace esta matriz conceptual puede sustituir el lenguaje usado por uno que recoja la estructura de un criterio de legitimación retrospectiva, es decir, que conciba a la pena como correcta expresión de una valoración negativa del comportamiento delictivo.

[15] El surgimiento del derecho penal sexual en el contexto del derecho penal internacional se expresa ejemplarmente en la inclusión en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de los delitos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada y violencia sexual entre los delitos contra la humanidad (art. 7-1-g) y entre los crímenes de guerra (arts. 8-2-b-xxii, 8-2-e-vi). Desde luego, este derecho penal sexual internacional reproduce íntegramente la asimetría del moderno derecho penal sexual. Pero esta consideración aparece revestida de un peso comparativo menor a la inexistencia de normas punitivas del abuso sexual en el contexto del nuevo derecho penal internacional. Por una parte, su asimetría no excede las coordenadas usuales del derecho penal estatal, y por otra parte en su propio contexto se trata de una asimetría eventualmente susceptible de atenuación, dado el sistema de asignación estatutaria de una penalidad general, con remisión a su determinación judicial para cualquier tratamiento diferenciado (arts. 77 y 110). Si los delitos contra la humanidad y los crímenes de guerra del derecho penal internacional han de definirse por un criterio de identificación de los principales atentados contra las personas conforme al común denominador del derecho penal estatal occidental, la exclusión de los abusos sexuales resulta inexplicable. En el contexto de los crímenes de guerra la situación es algo distinta. Los convenios de Ginebra se caracterizan precisamente por adoptar respecto de los abusos sexuales la perspectiva ilustrada radical: no los tematizan, sino que debe entendérselos incluidos en el concepto general de inflicción deliberada de grandes sufrimientos a las personas protegidas o atentado grave contra su integridad física o su salud, para el caso de conflicto internacional (art. 8-a-iii), o bajo el concepto de tratos crueles, suplicios o atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, para el caso de conflicto que no sea de carácter internacional (art. 8-c-i, ii). Como es bien sabido, lo característico del nuevo derecho penal internacional consistió en atribuir a los abusos sexuales, como definición normativa adicional a la regulación de Ginebra, el carácter de modo ilícito de conducción de las hostilidades. En otras palabras, atribuyó a la comisión de abusos sexuales en el contexto de un conflicto armado la condición de uso de armas ilegítimas. En la dimensión simbólica de esta decisión del derecho penal internacional –el sexo como arma- se concentran todas las razones que son aducidas para justificar la asimetría del derecho penal sexual: el carácter de maltrato corporal que es exclusivo del contacto sexual abusivo, la disponibilidad operativa incomparablemente mayor del contacto sexual abusivo como modo de agresión, la distribución asimétrica entre géneros del patrón de contacto sexual abusivo como modo de agresión (agresores masculinos, agredidas femeninas) y la peculiar idoneidad de la experiencia traumática del contacto sexual forzado como base para el ejercicio del poder mediante intimidación. No obstante todas estas consideraciones, el surgimiento del derecho penal sexual internacional es criticable como profundización de la asimetría del derecho penal sexual occidental. Aplicando la hipótesis la lectura

revertida debe notarse que la visibilización del abuso sexual como práctica bélica es la exacta contrapartida cultural de la invisibilización de la represión sexual como modo de dominación. Es cierto que por razones de disponibilidad operativa ese modo de dominación no desempeña un rol comparable al contacto sexual abusivo en las prácticas bélicas, y que eso puede justificar la asimetría en el contexto del derecho de la guerra. Pero el argumento no es reproducible en el contexto de los crímenes contra la humanidad. La imposición violenta de un ideal cultural intensificadamente represivo de la sexualidad en el contexto de un ataque generalizado a la población civil dirigido por la minoría en el poder, o de un ataque sistemático a una minoría cuyas prácticas sexuales son menos restrictivas que los estándares culturales predominantes, es sencillamente ignorada por el derecho penal internacional en su tematización de los modos ilegítimos de dominio colectivo.

En cuanto al segundo fenómeno de la expansión del derecho penal sexual, es decir, la ampliación del ámbito de aplicación del delito de violación mediante la inclusión del contacto sexual abusivo entre cónyuges dentro de los delitos de abuso sexual, a primera vista pareciera ser igualmente justificable como eliminación de una diferenciación carente de sentido. Se trata de la equiparación de la penetración genital de la boca y el ano, e incluso de la penetración no-genital, a la penetración genital de la vagina. El tratamiento diferenciado del coito heterosexual vaginal fue impugnado como un remanente medieval, vinculado a una idea de posesión masculina de la sexualidad femenina, contra la cual sólo un hombre podía atentar, contraviniendo el orden de la posesión legítima, la del marido o padre. Desde esta perspectiva, la equiparación entre esa hipótesis y las demás formas de penetración significó hacer valer el atentado a la voluntad de la víctima contraria al contacto sexual como única razón de la punición. La afirmación de la existencia de una relación histórica entre la tematización diferenciada del coito y el derecho paterno o marital sobre la mujer es enteramente correcta. La interpretación del cambio legal como superación de esa relación, sin embargo, es apresurada. El argumento interpretativo sería concluyente, si la penetración genital de la vagina hubiera sido equiparada a los otros actos sexuales, es decir, si el cambio hubiera consistido en una reducción de su significación simbólica. Pero el hecho es que fueron los otros actos sexuales los equiparados a la penetración genital de la vagina, transfiriéndose a éstos toda la carga simbólica del horror legal y cultural al coito vaginal forzado. Con ello se desconoció, además, la relevancia específica de una de las pocas razones para agravar la pena del abuso sexual culturalmente neutras al modelo regulativo medieval, como es el riesgo para la mujer de un embarazo no consentido.

Algo semejante cabe decir del tercer fenómeno de la expansión del derecho penal sexual, consistente en la inclusión del contacto sexual abusivo entre cónyuges dentro de los delitos de abuso sexual. Este es un fenómeno que supone la existencia previa de un tratamiento diferenciado de ese supuesto; esa suposición no se cumplía en España, pero sí en Alemania, y, famosamente, en el derecho inglés. La exención marital fue considerada por los tribunales ingleses como obsoleta y por la Corte de Estrasburgo como incompatible con el derecho europeo de los derechos humanos. El legislador alemán, por su parte, derogó en el delito de violación la exigencia de tratarse de un coito extramatrimonial. Este cambio es considerado como una conquista liberal, como el desprendimiento de un remanente medieval gravemente discriminatorio en contra de la mujer casada por su total desprotección legal frente al marido. Tal interpretación es, de nuevo, apresurada. La impunidad de la coacción marital a título de delito sexual es de origen medieval: el coito vaginal entre cónyuges –orientado a la reproducción- por definición no es puede ser considerado como un pecado de lujuria. Pero lo importante en el contexto del modelo regulativo medieval es que el hecho de que este comportamiento no sea pecado de lujuria significa que constituye un ámbito de legitimidad indiscutible de la sexualidad, en el sentido preciso de un ámbito libre del imperativo de abstinencia sexual. Leído el cambio legal contra este trasfondo, se hace evidente su sentido inverso: ya no existe modo de configurar consensualmente un ámbito permanentemente definido al margen de la cultura sexual represiva, por una expectativa fiable de accesibilidad sexual. Para efectos de nuestros contactos sexuales, todos debemos presumir siempre la vigencia de un imperativo de abstención respecto de los demás. Ninguna práctica sexual previa y compartida puede alterar ahora la vigencia de ese imperativo, al menos como regla provisoria de definición. Las posibles diferencias entre los sexualmente próximos y los sexualmente distantes quedan abolidas: todos somos recíprocamente extraños.

[16] Comparten estos rasgos los códigos penales españoles de 1848 (arts. 354, 355) y 1870 (arts. 453, 454), el código penal prusiano de 1851 (144), y parcialmente el código penal del imperio alemán de 1871 (§§ 176, 177). Pese a su condición ilustrada, el código penal español de 1822 compartió también estos rasgos (arts. 664 a 671). La demostración más concluyente de la fuerza cultural del modelo regulativo medieval se encuentra sin embargo en Francia. En su tenor literal, la codificación penal francesa optó

radicalmente por la supresión de la sanción penal de los abusos sexuales no coercitivos. Siguiendo en esto al código penal de 6 de octubre de 1791, el código penal de 1810 sólo sancionó la violación, calificándola explícitamente como un abuso cometido "con violencia contra las personas" y extendiendo la regla a los demás atentados al pudor (Arts. 331, 332, con agravación en caso de comisión contra muchacha menor de quince años). A pesar de esta decisión legal, la jurisprudencia francesa no vaciló en extender el concepto de violencia a los casos de abuso no coercitivos, y declarar por definición violento todo contacto sexual con impúberes.

[17] La consideración de esta explicación como satisfactoria depende del grado con que se estime exigible al legislador mantener una congruencia entre la fundamentación de una norma punitiva y la definición de las condiciones de aplicación de esa norma. Esta exigencia puede hacerse valer (1) en el nivel del control judicial de los presupuestos de validez de una norma legal, si existe esa posibilidad institucional, o bien (2) en el nivel de las propuestas interpretativas de la disposición legal. En ambos niveles, la determinación del grado de exigibilidad del deber de congruencia es una cuestión controvertida.

[18] La más grave de las consecuencias de la teoría del bienestar sexual para el desarrollo de un discurso racional acerca de la legitimación del derecho penal sexual es, precisamente, el encubrimiento de la relevancia de la significación sexual del ataque bajo un falso naturalismo. El pasaje más representativo de esta estrategia de encubrimiento conceptual se encuentra en la siguiente afirmación del Juez Alito, consignada en su conocida disidencia a *Kennedy v. Louisiana* 552 U.S. ___, 128 S. Ct. 829 (2008), donde la Corte Suprema federal norteamericana declaró inconstitucional la imposición legal de pena de muerte por la violación de un menor de edad, si no se comete o se intenta cometer homicidio: "I have little doubt that, in the eyes of ordinary Americans, the very worst child rapists—predators who seek out and inflict serious physical and emotional injury on defenseless young children—are the epitome of moral depravity" (sección II-C-2, tercer párrafo del voto disidente). El modo como Alito caracteriza a daño causado por un violador de niños, esto es, una "seria lesión física y psíquica" omite cuidadosamente toda referencia a la significación sexual del contacto corporal entre el violador y su víctima. Pero es evidente que de no ser por esa significación sería implausible la equiparación de la violación al homicidio en el contexto de la jurisprudencia constitucional sobre la validez de la pena de muerte bajo la VIII Enmienda. A la luz de esa jurisprudencia, por definición ningún daño físico o psíquico, naturalísticamente considerado, es equiparable a la muerte.

[19] Esta es la versión fuerte de la tesis liberal, que tiene el carácter de un principio de justicia general. Lo usual en el discurso penal es más bien una versión débil de la tesis, conforme a la cual las infracciones a la moral social no serían socialmente dañinas en un sentido específicamente requerido para justificar la coacción estatal como medio de prevención del daño (*harm principle*, principio de la exclusiva protección de bienes jurídicos). La precisión de ese específico sentido dañino ha sido siempre una cuestión controvertida. En cuanto a las consecuencias asociadas a una y otra versión, en general se puede decir que corresponden a la distinción entre permiso fuerte y permiso débil manejada por la teoría de las normas. Históricamente, es obvio que la aceptación del permiso débil (versión débil de la tesis liberal) en la política legislativa precede al reconocimiento del permiso fuerte (versión fuerte de la tesis liberal).

[20] *Arizona v. Berger* (Corte Suprema de Arizona, sentencia de 10 de mayo de 2006, No. CR-05-0101-PR); *certiorari* denegado por la Corte Suprema Federal el 26 de febrero de 2007.

[21] El argumento es antiguo. Tomás de Aquino lo usa para explicar el hecho de que el decálogo no tematice la intención homicida pero sí la de cometer adulterio y hurto: "El homicidio no es deseable en sí mismo, sino más bien detestable, porque no tiene ninguna razón de bien en sí. En cambio, el adulterio tiene alguna razón de bien, la del bien deleitable. A su vez, el hurto tiene la razón de bien útil. Pero todo bien es por sí mismo apetecible. Por lo cual tuvo que prohibirse por preceptos especiales el deseo del hurto y del adulterio, pero no del homicidio" (*Suma de Teología,* II-II, q. 122, a. 6).