

SEMINARIO N° 1 DELITOS SEXUALES

Material de lectura obligatoria

- (a) **Bascuñán Rodríguez, Antonio (1997)** “**Problemas básicos de los delitos sexuales**”; en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Valdivia, Número Especial, 1997, pp. 73-94.
- (b) **Bascuñán Rodríguez, Antonio (2001)** *Delitos contra la autodeterminación sexual*. Material de Estudio. Derecho Penal – Parte Especial. Facultad de Derecho - Universidad de Chile. (Reproducido con autorización del autor): I. “Introducción” (pp. 4-30); IV. “El delito de abusos sexuales (de persona mayor de doce años)” (pp. 63-86); V. “Los atentados contra menores impúberes” (pp. 79-94).
- (c) **Rodríguez Collao, Luis (2001)** *Delitos sexuales. De conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.617 de 1999*. (Santiago: Jurídica de Chile): Cap. IV “Bien jurídico protegido”, 2. “Perspectiva axiológica” (pp.113-134).
- (d) **Oxman Vilches, Nicolás (2007)** *Libertad sexual y Estado de Derecho en Chile. (Las Fronteras del Derecho Penal Sexual)*. (Santiago: Librotecnia): Cap. I “Bien jurídico y Derecho Penal Sexual”, III. “Requisitos del bien jurídico en el Derecho Penal sexual” (pp. 64-83).
- (e) **Silva Sánchez, Jesús-María (2001)** “**El retorno de la inoquización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos**”; en Arroyo Z., L. y Berdugo G., I. (dir.) (2001) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. (Cuenca: Universidad de Castilla – La Mancha; Universidad de Salamanca), pp. 699-710.
- (f) **Robles Planas, Ricardo (2007)** “**‘Sexual Predators’. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad.**”; en *InDret - Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Octubre 2007, pp. 1-25.

PROBLEMAS BASICOS DE LOS DELITOS SEXUALES

*Antonio Bascañán Rodríguez**
Universidad de Chile

I. INTRODUCCIÓN: CONTRA EL REFORMISMO CONFORMISTA

Es difícil que exista otro ámbito del Derecho penal¹ más íntimamente relacionado con el problema de las relaciones entre derecho y moral que el de la definición del comportamiento sexual punible. Es difícil también que encontremos entre nosotros un momento para reflexionar sobre la regulación penal de las conductas sexuales más propicio que el presente. Próximo a su aprobación en el Senado en segundo trámite constitucional, se encuentra un proyecto de reforma del Código Penal en materia de los delitos sexuales. Se trata de un proyecto iniciado por mensaje del Presidente Aylwin (Boletín 1048-07), que fue sustancialmente modificado por la Cámara de Diputados. La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, actuando con la conformidad del Ministerio de Justicia y contando con la asesoría de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, ha modificado nuevamente el texto del proyecto, volviendo a la idea original del mensaje. Conforme a esta idea, la reforma legal que se proyecta no consiste en el reemplazo de la regulación actualmente vigente por una que descansa sobre conceptos y criterios sistemáticos distintos de los del derecho vigente. Lo que se busca es clarificar los conceptos y criterios sistemáticos vigentes relativos a los delitos de violación, estupro y abusos deshonestos, y eliminar dificultades para la prosecución de estos delitos, protegiendo mejor a las víctimas y flexibilizando los criterios de valoración de la prueba. En lo que respecta a las actuales disposiciones del Código Penal, si bien su redacción cambia por completo, este cambio se entiende como una explicitación y readecuación del texto legal a los principios sistemáticos que lo inspiran¹.

(*) El contenido de esta conferencia es parte del Proyecto de Investigación N° 1970192 de FONDECYT. Cumplo con agradecer en este lugar a mis colegas en la Universidad de Chile: María Inés Horwitz L., Jorge Ferdman N. y Miguel Soto P. Muchas de las ideas aquí expuestas tienen su origen en un Seminario sobre la reforma de los delitos sexuales que impartimos en 1996 del Programa de Magister de nuestra Facultad de Derecho. Mi deuda con el Profesor Sergio Yañez Pérez no es menos importante: en estas páginas reconozco -al menos parcialmente- la rectitud de un punto de vista suyo, que durante años rechacé en nuestras discusiones.

¹ Hay, por cierto, innovaciones: la sodomía calificada (Art. 365 inciso segundo) pasa a ser violación (Art. 361), desaparece el engaño como medio comisivo del estupro (Art. 363), se introduce un nuevo tipo especial de abuso sexual de menores de entre 12 y 14 años de edad (Art. 362-A), así como un tipo de involucramiento de menores impúberes en acciones de significación sexual (Art. 366-C) y se establecen reglas diferenciadas para la prosecución del abuso sexual al interior de la pareja (Art. 369). Pero los dos principios estructurales de los delitos de abuso sexual permanecen incólumes: la relación sistemática entre los delitos de violación, estupro y abuso sexual sigue siendo la misma, y se mantiene la noción de acción sexual como principio de tipificación.

De imponerse en definitiva esta concepción, la reforma en ciernes prestará un valioso servicio a la política legislativa, a la doctrina y a la jurisprudencia, ya que evidenciará las limitaciones del sistema tradicional de incriminación de los delitos sexuales para responder racionalmente a las necesidades prácticas de regulación jurídico-penal del comportamiento sexual. En gran medida, la reforma que está por hacerse tendrá el mérito de remarcar si y en qué medida resulta necesaria una reforma global y radical del Derecho penal sexual².

Las líneas que siguen intentan ofrecer algunas reflexiones sobre este tema del futuro, planteando aspectos de la discusión que no se produjo con ocasión de la reforma actual, pero que tarde o temprano tendrá que producirse.

Basta una mirada a las propuestas de reforma —y sus realizaciones concretas— del Derecho penal sexual de Alemania y España de las últimas décadas para advertir la presencia de un poderoso común denominador, que aquí denominaremos "reformismo". Más adelante intentaré caracterizar con mayor detalle los rasgos de esta concepción. Por ahora basta con señalar que el reformismo niega la legitimidad del orden moral sexual como objeto de protección mediante la sanción penal y postula en su lugar como único objeto legítimo de protección penal la autodeterminación sexual. El reformismo se plantea así como la posición progresista frente a la conservadora, como la postura liberal frente al perfeccionismo moralizante, como la actitud igualitaria frente al paternalismo. En este sentido, el reformismo se presenta como la versión del siglo XX del ideal político jurídico de la Ilustración.

Para los postulados del reformismo, el Derecho penal positivo de Chile aparece como una regulación necesitada de una reforma legislativa urgente. De las diversas hipótesis típicas distinguibles en los Artículos 358 a 374 del Código Penal, muchas contienen normas ilegítimas, ya sea porque restringen severamente la libertad de sus destinatarios sin que protejan la autodeterminación sexual de persona alguna, o bien porque establecen discriminaciones que no tienen fundamento en la autodeterminación sexual. Además la mayor parte de las penas establecidas son desproporcionadas en relación con el bien jurídico protegido. En la agenda del reformismo estaría, en consecuencia, suprimir o modificar gran parte de las disposiciones de los Párrafos 5, 6, 7 y 8 del Título VII Libro Segundo del Código Penal, incluyendo, por supuesto, el epígrafe del título, que pretende castigar los "delitos contra la moralidad pública".

Un ejercicio de política criminal aparentemente provechoso sería conjeturar el resultado de esta suerte de dismantling legislativo, imaginando un posible contenido liberal para esos párrafos del Código Penal. Lo que yo me propongo hacer en esta ocasión es algo bien distinto. Daré por realizado ese ejercicio y supondré que Chile tiene una regulación liberal en materia de delitos sexuales, conforme a los postulados del reformismo. Presupuesta esta situación, cabe preguntarse ¿y ahora qué? ¿Representa la realización de los postulados del reformismo el punto final de la racionalización liberal del Derecho penal sexual?

Como se puede anticipar, mi respuesta a esta interrogante será negativa. En mi opinión, los postulados del reformismo son, en definitiva, inconsistentes. Pero esta

² Lo dicho es sin ironía. Considero sin duda preferible la asunción responsable de las limitaciones de un planteamiento político-criminal, que la irresponsable tendencia a resolver problemas puntuales mediante reglas que contradicen los principios básicos del contexto regulativo en que ellas se insertan. Esta segunda

postura crítica no debe inducir a confusión. No desarrollaré una crítica antiliberal contra el reformismo. Mi crítica al reformismo se basa en lo insuficiente de su pretendido liberalismo. Se trata, pues, de una crítica liberal a una muestra de liberalismo débil y autocomplaciente.

Antes de pasar a la crítica del reformismo es necesario exponer sus planteamientos, y para comprender estos planteamientos es necesario contrastar al reformismo con los modelos de política criminal que lo han precedido históricamente. A grandes rasgos, podemos identificar, además del reformismo, tres modelos básicos de regulación de los delitos sexuales: el del Derecho común, basado en la teología moral escolástica, el de la Ilustración y el de la Codificación.

II. LOS MODELOS HISTÓRICOS DE LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES

1. *El Modelo de la Teología Moral Escolástica*

El modelo escolástico descansa en una síntesis de dos premisas básicas en principio contrapuestas, el antisensualismo y el naturalismo. El principio antisensualista tiende a la represión de la sexualidad, en tanto pasión. El principio naturalista, en cambio, tiende a su legitimación, en tanto inclinación dirigida a la conservación de la especie. La síntesis de ambos extremos, consumada en la teoría de Tomás de Aquino³, encuentra en punto de convergencia en la tesis de la legitimidad —y el valor—, de la actividad sexual en tanto su realización tenga lugar de modo conforme a lo "ordenadamente natural". Por "natural" debemos entender la actividad sexual orientada a la reproducción. Por "orden" debemos entender el marco de la unión permanente y exclusiva entre un hombre y una mujer. Hasta dónde el matrimonio indisoluble y monógamo pueda ser justificado mediante argumentos cosmológicos, eso es una cuestión más que dudosa, en la que no nos corresponde adentrarnos. Sí debemos, en cambio, observar las consecuencias que se deducen de este planteamiento.

La noción central de la infracción al orden sexual natural se encuentra en el concepto de lujuria, es decir, en el placer sexual inmoral, o dicho más propiamente, el placer venéreo que no se sujeta al imperio de la razón práctica. Esta noción de lujuria daba lugar a seis especies: la fornicación, el adulterio, el incesto, el estupro, el rapto y el vicio contra natura. La identificación de estas especies de lujuria es obviamente el producto de la incorporación de conceptos y categorías del Derecho canónico y romano. Con todo, no se trata de una clasificación puramente enumerativa o casuística, sino que descansa en consideraciones que tienen importantes consecuencias sistemáticas.

En primer lugar, es digno de nota observar que la clasificación descansa en un eje básico, cual es la distinción entre el coito vaginal heterosexual y los demás actos sexuales. Las formas ilegítimas de realización del primero dan lugar a todas las especies de lujuria distintas del vicio contra natura (fornicación, adulterio, incesto, estupro, rapto); el crimen, contra natura es, pues, concepto de más extensa denotación. Este concepto, también denominado como "sodomía" en sentido amplísimo, abarcaba las siguientes categorías:

³ *Summa Theologiae*, II-II, qq. 153-154.

sodomía	propia	por razón de sexo ("sodomía" en sentido estricto)
		por razón de género ("bestialismo")
		por razón del orden natural
	impropia	masturbación, sexo con cadáveres

En esta concepción, la sodomía constituye no sólo el concepto de más amplio alcance, sino además el acto más gravemente inmoral. En tanto el principio de legitimación de la sexualidad se encuentra en el orden natural —esto es, en su función reproductiva—, la infracción a ese principio representa la más grave forma de ejercicio ilegítimo de la actividad sexual⁴.

Por contraste, la coacción es un elemento puramente accidental en la configuración del delito sexual. No es que la teología moral escolástica desconociera en abstracto lo ilícito de la coacción. Por ejemplo, Tomás de Aquino sostiene que la rapiña (robo) es más grave que el hurto porque la fuerza (*vis*) constituye un grado de involuntariedad más grave que el engaño⁵. Este disvalor de la coacción puede desempeñar una función calificante o agravatoria de un delito sexual. Por ejemplo, puede justificar que el rapto de una mujer casada sea considerado como un delito más grave que el adulterio con ella. Pero en ningún caso fundamenta lo ilícito de un delito sexual, ya que en el mero uso de fuerza no se encuentra la dimensión de sexualidad ilegítima —la lujuria—, que constituye la base conceptual de esta clase de delitos⁶.

La consecuencia de lo anterior para un caso de la mayor importancia político-criminal, como lo es el de las agresiones sexuales en el matrimonio, es evidente. Entre cónyuges no existe delito sexual si se trata del coito vaginal. Podrá haber violencia, pero nunca lujuria, y por lo mismo, tampoco incriminación del acto bajo el título de infracción del orden moral sexual.

2. El Modelo de la Ilustración

El discurso político-jurídico de la Ilustración rompe con la idea de un derecho natural fundamentado en consideraciones cosmológicas. El lugar del orden de las inclinaciones naturales como principio regulativo pasa a ser ocupado por la idea del asenti-

⁴ TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica*, II-II, q. 154 a. 12.

⁵ *Suma Teológica*, II-II, q. 66 a. 9.

⁶ *Suma Teológica*, II-II, q. 154 a. 7. "...el que se emplee violencia contra alguien es accidental a la lujuria, la cual se ocupa, esencialmente, del deleite carnal".

miento universal de interlocutores que se reconocen entre sí como agentes igualmente racionales, interesados en conservar el máximo grado de libertad compatible con su seguridad.

El ejemplo más importante de aplicación de este cambio teórico a la Parte Especial del Derecho Penal se encuentra en la obra de Paul Johann Anselm von Feuerbach⁷. Este autor establece una distinción central entre crímenes (*Verbrechen*) y delitos (*Vergehen*), entendiéndolos por los primeros la lesión de derechos subjetivos directamente estipulados por el contrato social (*Rechtsverletzung*). Los delitos, o más precisamente, las infracciones de policía, no son más que infracciones a reglas de conveniencia establecidas por el Estado más o menos arbitrariamente. Los crímenes son en cambio actos lesivos de derechos subjetivos cuya existencia es racionalmente demostrable y por lo mismo constituyen objetos de necesaria protección mediante la pena⁸.

Feuerbach divide los delitos en lesiones de derechos del Estado, o delitos públicos, y lesiones de derechos de los particulares, o delitos privados. Los delitos privados los subdivide a su vez atendiendo a la condición originaria o derivada del derecho subjetivo lesionado. Los derechos originarios, que dan origen a clases de delitos son la vida, la integridad de las fuerzas humanas, la libertad y el honor. Los derechos derivados lo son a las cosas y los derechos de contratos. Puesto que el orden moral sexual no corresponde a derecho alguno, el sistema no reconoce la existencia de una clase como la de los "delitos carnales". Para que los delitos de carne sean incorporados al sistema, deben ser reconducidos a alguna categoría de lesión de derecho subjetivo. Tal fue, en cierta medida, la categoría de las lesiones a los derechos derivados del contrato matrimonial donde fue reconducido el delito de adulterio, junto a la bigamia. Pero la contribución más importante de este modelo regulativo fue la consideración de algunos delitos sexuales como delitos contra la libertad. Tal fue el caso del rapto, el estupro y la violación.

La comisión violenta del rapto y la violación hacen explicable su reordenación sistemática. La incorporación del estupro en esta categoría exigió además una redefinición de su contenido. En vez de consistir en la simple desfloración de una virgen, en la interpretación que Feuerbach hace de las fuentes romanas, el crimen de estupro pasa a ser un acto sexual no violento pero igualmente abusivo, por la inexistencia del consentimiento de la víctima, debida a su estado de sueño o embriaguez, o a su demencia o minoría de edad⁹.

Aparte de estos delitos, el modelo de la Ilustración no admitía la sanción de conductas sexuales dentro del sistema de la Parte Especial basado en la noción de lesión a un derecho. Para explicar la existencia de los demás delitos de carne en el Derecho penal positivo, Feuerbach acudía a la categoría de los delitos de policía. Existiendo normas jurídico-positivas que sancionaban la comisión de ciertas conducta

⁷ Para la crítica de Feuerbach a la teoría clásica del derecho natural, *Kritik des Natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*, Altona, 1796; para su construcción del sistema de la Parte Especial como un sistema de lesiones de derechos subjetivos: *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 2ª parte, Chemnitz, 1800, pp. 199 y ss.; y para construcción de la clase de los crímenes contra la libertad, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen, 1801, §§ 289 y ss.

⁸ El carácter empírico, irremediablemente arbitrario —contingente— de la regulación de policía, por contraposición a la fundamentación sistemática de la ilicitud criminal, es una tesis generalizada de filosofía del Derecho penal alemana de la primera mitad del siglo XIX (así, por ejemplo, HEGEL: *Principios de la Filosofía del Derecho*, §§ 231-234).

⁹ Por eso Feuerbach lo define como "seducción involuntaria" ("*unfreywillige Schwächung*" *Lehrbuch*, cit., §§ 300, 301).

sexuales, la justificación de su incriminación se basaba en la lesión de un derecho general del Estado a la obediencia de sus súbditos. Esta construcción conceptual implicaba una seria inconsistencia político-criminal, ya que la deslegitimación de la punición de la inmoralidad sexual implícita en el sistema de los crímenes se veía compensada con la legitimación indirecta obtenida por aplicación del principio de soberanía del Estado.

La tensión entre estos principios sistemáticos contrapuestos es claramente detectable incluso en textos legales de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX. El ejemplo más manifiesto de ello se encuentra en la Ley General sobre Crímenes y su Punición austríaca (1787), de José II —por eso denominada también “Josefina”— que sancionaba al rapto y la violación como crímenes contra la libertad, y como delitos de policía contra las buenas costumbres sancionaba las ofensas al pudor, la sodomía por razón de género y sexo, la prostitución y la pornografía¹⁰. Algo semejante sucede en un texto que constituye un antecedente remoto de nuestra legislación penal, el Código Penal español de 1822. Este texto trata a los delitos de rapto y abuso sexual como delitos contra las personas, junto a las detenciones ilegales y coacción, bajo la denominación arcaica de “fuerzas”¹¹. Pero al mismo tiempo sanciona las ofensas al pudor, la pornografía y la prostitución como delitos contra las buenas costumbres, es decir, delitos contra la cosa pública¹².

3. El Modelo de la Codificación

La Codificación es ciertamente un movimiento derivado del ideario político de la Ilustración. Pero es al mismo tiempo el producto legislativo de la restauración, es decir, del restablecimiento de orden social amenazado por la Ilustración. Este carácter sincrético de la Codificación es especialmente evidente en la regulación de los delitos sexuales.

La Codificación mantuvo el grupo de delitos sexuales tratados sistemáticamente por la Ilustración como delitos contra la libertad, respetando su contenido de atentado a la libertad sexual de una persona. La Codificación incluso desarrolló el sistema de los atentados a la libertad sexual, introduciendo una figura de abuso sexual genérica como hipótesis residual frente a la violación y el estupro abusivo. Pero este grupo de delitos —rapto, violación, estupro abusivo, abuso sexual— fue tratado sistemáticamente por la Codificación como parte de una familia más amplia de delitos, formada por todos los “delitos carnales” —adulterio, incesto, sodomía, ofensa al pudor, prostitución, pornografía—. Con ello, la Codificación transformó la idea regulativa fundamental de la Ilustración en un principio secundario. Estos son rasgos comunes a códigos penales culturalmente tan disímiles como el español de 1848, el prusiano de 1851 y el toscano de 1853.

El problema sistemático central de este modelo regulativo consiste en encontrar un común denominador a todos los delitos sexuales que fuera además relevante como

¹⁰ *Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung*. Wien, 1787, Primera Parte, §§ 130 a 133, 140 a 144; Segunda Parte, §§ 51 a 81. Naturalmente, el texto legal de ámbito cultural de habla alemana que mejor evidencia la influencia del sistema de Feuerbach es el Código Penal bávaro de 1813, cuyo proyecto fue redactado por el propio Feuerbach (*Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern*, München 1813, Arts. 186 a 191, 201 a 202, 206 a 208, 372 a 378).

¹¹ Arts. 664 a 674.

principio ordenador dentro del sistema de la Parte Especial. El Código Penal prusiano —y tras él el Código Penal alemán de 1871— vio ese común denominador en las buenas costumbres o la moral social (“*Sittlichkeit*”)¹³. El Código toscano, en el pudor y el orden de la familia¹⁴. El Código español ensayó una fórmula más bien elusiva del problema, denominando estos delitos —adulterio, violación, estupro, corrupción de menores, rapto— como “delitos contra la honestidad”¹⁵. El Código Penal chileno, promulgado en 1874 y aun vigente, responde también plenamente al modelo de regulación de la Codificación. Siguiendo a la Ilustración, el texto legal conoce las hipótesis de coerción sexual y las de abuso sexual no coercitivo, y las regula formando un subsistema (Arts. 361, 363, 366). Pero como se ha visto, junto con estos supuestos el texto legal sanciona un número considerable de conductas que no implican actos de abuso, y trata a todos los delitos en un mismo apartado sistemático, denominado “delitos contra el orden de la familia y la moralidad pública”.

Que el intento sistemático de la Codificación es injustificable, porque no existe común denominador entre atentados a la libertad y atentados a la moralidad pública sexual en los términos de la distinción planteada por la Ilustración, eso ha sido demostrado concluyentemente por Francesco Carrara¹⁶. Este defecto sistemático de la Codificación no se reduce a una pura inconsistencia en la agrupación de los delitos, sino que introduce en el subgrupo de los atentados sexuales una tensión entre el principio sistemático ilustrado y la orientación moralizante del modelo escolástico. Esta tensión, que ocasionalmente se traduce en contradicciones manifiestas en los textos legales, puede reflejarse también en la aplicación jurisprudencial de los preceptos legales, cuando, para resolver casos difíciles relacionados con los atentados sexuales, se apela a consideraciones moralizantes.

En el Código Penal chileno de 1874, la tensión entre estos dos principios sistemáticos da origen a conocidas contradicciones manifiestas, como la determinación de la pena del rapto atendiendo a la buena o mala fama de la víctima (Art. 358). Pero el caso más evidente de tensión entre la consideración del orden moral sexual y de la libertad sexual como objetos de protección se encuentra en la interpretación por la doctrina y jurisprudencia chilenas de la expresión “abusar deshonestamente”, empleada por el Art. 366 del Código Penal chileno¹⁷.

Como se recordará, el profesor Eduardo Novoa Monreal sostuvo en 1946 que la acción de abusar deshonestamente consistía en desarrollar la propia sexualidad de un modo contrario a la naturaleza, con lo cual la norma en cuestión pasaba a ser la sede de

¹³ Libro II, Título XII, §§ 139 a 151. Esta regulación demuestra una notoria continuidad con el Derecho Nacional General para los Estados Prusianos de 1794 (II, 20, §§ 1028-1069).

¹⁴ Libro II, Título VI, Arts. 280-306.

¹⁵ Libro II, Título X, Arts. 349 a 364.

¹⁶ *Programa del Curso de Derecho Criminal*, §§ 1178-1480.

¹⁷ El Art. 366 C.P. ha sido una fuente permanente de confusiones. En gran medida, ellas se han debido a la técnica defectuosa empleada por el Legislador, que trata dos tipos penales diversos —tan distintos entre sí como lo son el estupro y la violación— como si uno de ellos fuera una hipótesis calificada del otro. Otra fuente de confusión es la inversión gramatical de la estructura típica normal de los atentados sexuales: en vez de describir la conducta como la realización de una acción sexual de modo abusivo, el precepto aparentemente describe la conducta como realizar una acción abusiva de un modo sexual (“deshonesto”). Sobre estos problemas de interpretación del Art. 366, en especial en relación a la determinación de la pena aplicable a la hipótesis de abusos deshonestos graves, puede consultarse mi nota a diversas sentencias del período 1979-1985 en la Revista de Ciencias Penales, Tomo XXXVIII (1982-1986), pp. 151 v ss.

menminación de las así denominadas "perversiones sexuales"¹⁸. Esta interpretación, que transformaba un delito de coacción sexual en un delito de inmoralidad sexual, se encuentra doctrinaria y jurisprudencialmente descartada. Hoy es unánimemente reconocido que el abuso supuesto por el precepto legal lo es siempre de otra persona —luego, no de la propia sexualidad—, por lo que se considera que el objeto de protección de la norma se encuentra en la autodeterminación sexual de la víctima¹⁹. No obstante lo anterior, cuando se trata de aplicar la definición del objeto de protección como principio de solución de casos difíciles, se produce un desplazamiento de la concepción liberal o ilustrada a la concepción moralizante o escolástica. Uno de los problemas de más difícil solución del delito de abusos deshonestos consisten en determinar su umbral mínimo de punición, es decir, definir los requisitos de la acción sexual realizada para que sea constitutiva de delito, si es que se realiza mediante abuso o concurriendo alguna de las circunstancias del delito de violación. En relación con este problema, la Ilma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas tuvo que resolver un caso que parece salido de la imaginación de un profesor de Derecho penal²⁰. Los hechos acreditados en el proceso permitían sostener que A, un hombre mayor de edad, se había masturbado a espaldas de B, una menor de escasa edad, habiéndole previamente bajado los calzones o habiéndola determinado a bajárselos, eyaculando y alcanzando el semen el cuerpo de la menor o al menos sus calzones. La defensa solicitó tener por no acreditado el delito, esgrimiendo que en ningún momento hubo contacto físico entre su defendido y la víctima. Este es un argumento poderoso. El sistema de los atentados sexuales exige fijar un límite atendiendo a ciertas propiedades de la acción sexual, y el único criterio que permite hacerlo de modo más o menos seguro es el criterio del contacto corporal²¹. La Ilma. Corte de Punta Arenas se hace cargo de este argumento sosteniendo que...

"...se estima que el delito de abuso deshonesto es todo atentado a la libertad sexual que no signifique violación u otro delito específico, consistente en la exteriorización impúdica de un propósito libidinoso, constituyendo el abuso un aprovechamiento injusto en contra de una persona o cosa, o en otras palabras, el mal uso, el uso indebido o impropio de los órganos sexuales e incluso, la utilización de ellos en forma desviada o torcida;"²².

Sentada esta premisa, la conclusión no se hace esperar: el acusado debe ser condenado como autor del delito de abusos deshonestos —es decir, de un atentado a la libertad sexual— ya que su comportamiento es calificable como...

¹⁸ NOVOA M., EDUARDO: *El concepto de abusos deshonestos*, Revista de Ciencias Penales, Tomo VIII (1946), pp. 291 y ss. La tesis ya había sido sostenida por RAIMUNDO DE RÍO: *Derecho Penal*, Tomo III, p. 319. Santiago, 1935.

¹⁹ Así, BASCUÑAN V., ANTONIO: *El delito de abusos deshonesto*, Santiago, 1961, pp. 55 y ss.; ETCHEBERRY O., ALFREDO: *Derecho Penal*, 2ª ed., Santiago, 1976, p. 66.

²⁰ *Contra Carlos Ruiz Ojeda*, sentencia de 9 de julio de 1993 (RDJ-XC [1993], Tomo XC, Sección 4ª, p. 162).

²¹ El Código Penal alemán distingue sistemáticamente entre atentados a la libertad sexual consistentes en realizar (*vornehmen*) acciones sexuales a (*an*) o delante (*vor*) de la víctima. El texto del proyecto de ley aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación, Reglamento y Justicia del Senado explicita que el delito de abusos deshonestos (ahora "abusos sexuales") supone contacto corporal o afectación de ciertas partes del cuerpo de la víctima (Art. 366-B), y confiere protección penal más allá de este límite sólo tratándose de menores impúberes (Art. 366-C).

²² *Op. cit.* [nota 21], cons. 7º (p. 164).

"...un acto obsceno, lujurioso, ejecutado con abuso, atendida la escasa edad de la víctima —apenas cinco años de edad— y en desmedro de su honor e integridad moral;"²³

Esta sentencia es ciertamente criticable por no reconocer en toda su dimensión el problema de la delimitación del umbral mínimo de punición del sistema de los atentados sexuales, el cual había sido invocado por el acusado en forma sumamente plausible. Por otra parte, la invocación de un criterio de pura moralidad no puede ser considerada como suficiente fundamentación de la punibilidad, al menos en el contexto de la conducta sancionada conforme al Art. 366 C.P. Pero lo que resulta definitivamente inaceptable es que se sostenga que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, para luego pretender justificar su decisión mediante enunciados abiertamente contradictorios con la consideración de la libertad sexual como bien jurídico protegido. La adopción de semejante contradicción como punto de partida de la argumentación es más que un error: partiendo de ahí, cualquier tesis puede ser sostenida sin que sea siquiera planteable la cuestión de su justificación.

4. El Modelo del Reformismo

El reformismo es básicamente un movimiento dirigido a despenalizar todas las conductas que no impliquen un atentado o abuso sexual de una persona por parte de otra. En este sentido, el reformismo puede ser considerado como un replanteamiento más radical del modelo regulativo de la Ilustración. Al reformismo no le basta con negar la aceptación de los "delitos carnales" en el sistema racional de la Parte Especial, sino que dirige sus esfuerzos a su eliminación del Derecho penal positivo. Para el reformismo, la solución del Derecho penal positivo surgido de la Ilustración es tan inaceptable como la regulación del Derecho común.

Como primera consecuencia que se deduce de este planteamiento cabe mencionar que para la configuración de las distintas hipótesis delictivas pasa a tener prioridad sistemática la consideración del medio de ataque por sobre el objeto de la acción. Para el modelo escolástico, lo crucial era obviamente la naturaleza de la acción sexual realizada. La Codificación mantuvo la prioridad sistemática del objeto de la acción, al distinguir entre violación y abuso sexual genérico. Para el reformismo, en cambio, puesto que el objeto de protección es la autodeterminación, lo esencial es la modalidad de abuso empleada, ya que ella determina las características del atentado contra la esfera de autonomía del otro. Este cambio de enfoque intrasistemático es especialmente evidente en el Código Penal alemán reformado, de donde ha pasado también al nuevo Código Penal español de 1995. Retomando la distinción de Feuerbach entre abuso coercitivo y abuso no coercitivo, el Código Penal alemán diferencia la coerción sexual de otras formas de abuso, de las cuales establece un detallado catálogo en el cual se incluye el abuso de la incapacidad de resistencia, el abuso de la situación de dependencia, el abuso del cargo, el aprovechamiento del abandono o del estado de necesidad, la explotación y el abuso de la inexperiencia sexual.

El otro rasgo distintivo del reformismo es su estrategia reduccionista. La estrategia del reformismo para enfrentar la regulación de las ofensas al pudor y la pornografía no consiste simplemente en derogar las reglas moralizantes, sino más bien en transformar

²³ *Op. cit.*, *loc. cit.*, cons. 8º.

la materia de la prohibición, de la infracción de una regla moral en el involucramiento no querido de otro en un contexto de significación sexual. El exhibicionismo deja así de ser una ofensa a la decencia, para pasar a ser una molestia a otro, un acto de constreñimiento —en sentido amplio— a participar o presenciar un contexto de significación sexual. La pornografía deja a su vez de ser el tráfico de una cosa obscena, para pasar a ser una oferta molesta, o, en su versión más radical, una oferta a personas que por escasa edad no son destinatarios competentes para esa oferta.

La evolución de la legislación española representa un caso especialmente interesante de asunción progresiva de los postulados del reformismo. La evolución comienza en 1978, con la modificación de los delitos de estupro, que se transforma de un delito de seducción a un delito de abuso de prevalencia, y del rapto, que de ultraje a la buena fama de la mujer adquiere el contorno de un atentado a la libertad. Después de experimentar con proyectos de regulación liberal (1980, 1983), en 1988 se reformaron las ofensas al pudor y la pornografía, y en 1989 los delitos de violación y abusos sexuales. Finalmente, luego de ensayos aun más radicales (1992, 1994), el nuevo Código Penal de 1995, además de reducir la regulación de la prostitución al modelo del reformismo, introdujo la distinción entre agresiones coercitivas y abusos no coercitivos como principio central de sistematización de los atentados sexuales.

III. PROBLEMAS DEL REFORMISMO

La estrategia argumental del reformismo consiste en hacer del abuso sexual el concepto paradigmático de delito sexual. Toda norma que sancione una conducta no constitutiva de abuso debe ser, o bien derogada, o bien transformada en una clase o especie de abuso. Esta estrategia presenta dos clases de problemas. Por una parte, la implementación de este programa de reestructuración de los tipos consolidados por la Codificación origina considerables dificultades sistemáticas. A estas dificultades las denominaré "problemas de implementación". Se trata de problemas internos del reformismo, en el sentido que se originan con ocasión de la aplicación del principio de política criminal defendido por esta concepción.

Pero también el principio de política criminal del reformismo se encuentra expuesto a críticas, en cuanto su suficiencia como criterio fundante de una clase especial de delitos dentro del sistema de la Parte Especial, la de los atentados contra la autodeterminación sexual. Pues no debe perderse de vista que el reformismo es un programa bifronte: no sólo rechaza cualquier fundamentación de la punibilidad del comportamiento sexual en otro principio que no sea la protección de la autodeterminación sexual, sino que afirma que la protección de este bien jurídico justifica la imposición de una pena a los atentados cometidos en su contra. A los problemas que origina la defensa de esta segunda tesis los denominaré "problemas de justificación".

1. Problemas de Implementación

a) El primer problema de implementación que presenta el reformismo es el de la definición del verbo rector o núcleo del tipo delictivo. La regulación de la Codificación pone el acento en la realización de una acción sexual. El caso paradigmático en el Código Penal chileno es el de la acción de yacer que el proyecto de ley actualmente en tramitación sustituye por la acción de acceder carnalmente (manteniendo el principio de

tipificación basado en la descripción de una acción sexual). Esto es consistente con la identificación del acto lujurioso como concepto central de la regulación. En el contexto del reformismo, en cambio, puesto que —como se ha visto— el elemento central de lo ilícito es el abuso, el verbo rector no puede ser el que contiene la descripción de la acción sexual, sino el que describe el acto de agresión o abuso. Así, nuestra actual violación violenta (Art. 361 N° 1) resulta correctamente definida sólo cuando se la describe como la acción de "constreñir mediante violencia a una mujer a tolerar que un hombre yacga con ella". Quien sea el que yace con ella es algo irrelevante, cuando la razón de la incriminación es el acto de coerción.

Esta consecuencia lleva a resultados desconcertantes. Por ejemplo, si un *voyeurista* constriñe mediante amenazas a dos personas a mantener relaciones sexuales en su presencia, conforme a la redefinición de la conducta típica dicho caso debería ser sancionado como concurso ideal entre violación (en contra de la mujer) y abuso sexual (en contra del hombre). Esto es desconcertante, porque el *voyeurista*, sin tener contacto sexual con persona alguna, es sancionado por la comisión de dos atentados sexuales. Por cierto, el desconcierto no es en sí mismo una objeción concluyente: si las consecuencias lógicas de los principios asumidos como correctos nos parecen contraintuitivos, también puede ser que debamos cambiar las bases de nuestras intuiciones (nuestros hábitos lingüísticos o categorías mentales). Además el reformismo puede replicar a la Codificación que aún más contraintuitivo resulta que el caso en cuestión resulte excluido del sistema de los delitos sexuales, ya que desde el punto de vista de la víctima —en este caso, "las víctimas"— hay un atentado coercitivo con una clara significación sexual²⁴.

Más importante es el hecho que esta consecuencia del principio de regulación esgrimido por el reformismo abre las puertas a una gran cantidad de problemas relacionados con la distinción entre autoría y participación en la comisión del delito. En efecto, no deja de existir intuitivamente una diferencia apreciable de disvalor entre la conducta de quien pone el cuchillo en el cuello de la víctima para que otro acceda carnalmente a ella y la de quien convence a un débil mental o a un niño para que acceda a los requerimientos sexuales de otro. Esta diferencia obedece fundamentalmente a que el ejercicio de la coerción en coordinación funcional con quien realiza el acto sexual supone un grado de control de los hechos constitutivos de delito incomparablemente mayor que la persuasión del incapaz o del menor. Si queremos hacer justicia a estas diferencias, que parecieran situarse en la base de nuestra comprensión de la autoría y la complicidad como formas de participación categorialmente distinguibles, tendremos que concluir que una adecuada tipificación de los abusos sexuales requiere usar principios de tipificación distintos. En algunos casos el núcleo de la acción deberá seguir siendo de significación sexual, a pesar que en los casos paradigmáticos de atentado a la libertad no lo sea más. El reformismo trae pues consigo un grado considerable de aumento de la complejidad de la regulación.

b) El caso del *voyeurista* nos conduce a la segunda constelación problemática de esta redefinición del verbo rector. Aunque el núcleo de lo ilícito sea el abuso, la referencia a un objeto de la acción de significación sexual es un requisito imprescindible del tipo. De lo contrario, no hay un atentado específico a la autodeterminación sexual. ¿Pero cómo hay que definir la significación sexual de la conducta? ¿En base a un contacto genital entre la víctima y otra persona? ¿En base a un mero estímulo lascivo?

²⁴ Las dificultades pueden naturalmente intensificarse. Por ejemplo, si las víctimas del *voyeurista* son dos personas que mantienen vida común, y que por lo tanto no se resisten al contacto sexual del uno con el otro, sino a su mantención en presencia del *voyeurista*. ¿Tiene en este caso la coacción que ejerce el *voyeurista* una connotación sexual?

¿A una combinación de ambos? Para el modelo escolástico, mantenido por la Codificación, la acción sexual es paradigmáticamente una acción de contacto genital, y, como mínimo, de contacto corporal. La corporeidad del ataque fue también mantenida como límite de tipo por la Ilustración, pero debido a que el concepto de libertad postulado por ella como derecho lesionado por estos delitos era muy estrecho²⁵. Para el modelo reformista, en cambio, cuya estrategia reduccionista depende de la postulación de un concepto más amplio de libertad sexual, el límite del contacto genital o corporal es arbitrario, dese el momento que la sexualidad es una propiedad normativa o culturalmente identificable de la acción, y por lo tanto no es susceptible de constatación meramente descriptiva. Por ejemplo, si alguien obliga a otro a masturbarse o a desnudarse, ¿lo obliga a realizar una acción sexual? ¿Y si lo obliga a bailar insinuadamente o a acariciarse a sí mismo? Y, por último, ¿sí lo obliga a contemplar una acción sexual genital? Este último supuesto ha sido tratado por el reformismo como un caso de exhibicionismo, sistemáticamente opuesto al abuso sexual. Pero, conforme al principio de regulación del reformismo, semejante oposición sistemática es inconsistente, ya que en ambos casos se constriñe a otro a tolerar la realización de una acción de significación sexual. El reformismo debería traer consigo, pues, en este segundo sentido, un grado extremo de simplificación de la regulación.

c) La tercera y última constelación de problemas se refiere a las hipótesis de abuso sexual con niños impúberes. En estos casos el ordenamiento jurídico presume de derecho la falta de consentimiento del menor, o, dicho de un modo menos ficticio, niega toda relevancia al consentimiento del menor para determinar lo ilícito de la conducta. Por ello, cualquier acción sexual realizada con el menor es constitutiva de abuso. He aquí un evidente problema de inconsistencia. ¿Cómo podemos hablar de "abuso" sin considerar la voluntad del abusado? ¿Cómo podemos hablar de autodeterminación sexual del menor cuando el efecto práctico de la regla es *impedir* al menor cualquier contacto sexual con otra persona? La versión más sofisticada del reformismo distingue entre la libertad sexual en sentido estricto y la indemnidad o intangibilidad sexual, como facetas o dimensiones distintas de la autodeterminación. Pero no se trata de aspectos diferentes de un mismo fenómeno, sino de objetos de protección contrapuestos entre sí, que no se dejan reconducir fácilmente a un común denominador.

2. Problemas de Justificación

De la negación de la moral sexual como legítimo objeto de protección penal no se deduce sin más la suficiencia de la apelación a la libertad sexual como justificación para la necesidad y merecimiento de pena de los atentados sexuales en tanto delitos contra la autodeterminación sexual. La clase de los delitos contra la autodeterminación sexual contrarrequiere de fundamentación especial porque el Derecho penal no protege la libertad sexual a partir de la nada. Los delitos contra la libertad sexual representan

una intensificación de la medida en que la regulación penal protege en general la libertad personal²⁶. Esta intensificación se manifiesta de dos modos:

a) En una *penalidad intensificada*, cuando supuestos punibles a título de coacción o privación de libertad reciben una pena más severa a título de atentado sexual. En el Código Penal alemán y español, este es el caso del delito de violación o abuso sexual cometido mediante fuerza o intimidación, cuyos marcos penales llegan hasta los quince o diez años de privación de libertad, lo que sobrepasa el máximo de la pena privativa de libertad asignable a un caso de comisión del delito genérico de coerción, duplicándolo y triplicándolo²⁷.

b) En una *punibilidad intensificada*, cuando formas de interacción impunes a título de atentado a la libertad pasan a ser punibles como delitos contra la libertad sexual. Si comparamos la protección de la libertad sexual con la protección de la libertad en general, advertiremos inmediatamente que cuando el objeto del comportamiento al que es constreñida la víctima es de naturaleza sexual, se penaliza una mayor variedad de formas de interacción, declarándose como "abuso punible" el empleo de medios comisivos que por regla general restan impunes. Si una persona determina a un joven a realizar acciones contra sus intereses, por ejemplo, a renunciar a una buena oportunidad laboral, prevaleciendo de la dependencia en que este joven se encuentra, la conducta es impune. Pero si lo determina a participar en la realización de una acción sexual, la conducta es punible ¿Por qué? Si una persona induce a un niño de escasos años o a un demente a realizar acciones que —por ejemplo, por su carácter ridículo— son denigrantes, la conducta es por lo general impune. Si lo determina a tener contacto corporal sexual, es punible ¿Por qué? Si una persona embadurna con excrementos la cara de alguien que está durmiendo, la acción es impune a título de atentado a la libertad; si en cambio acaricia sus genitales, es punible a título de atentado a la libertad sexual ¿Por qué?

La intensificación de la penalidad, pero sobre todo la intensificación de la punibilidad, exigen una explicación en el nivel de lo ilícito de esta conducta. Es necesario identificar y explicitar el fundamento del *plus* de ilicitud que justificaría esa intensificación. Hasta donde alcanzo a ver, es posible identificar cuatro concepciones justificatorias de este *plus* de ilicitud: la apelación a ámbitos especiales de libertad, la apelación a la dignidad de la persona, la apelación al bienestar sexual y la apelación a la intimidad sexual. Ninguna de ellas es satisfactoria.

²⁶ Las consideraciones que siguen suponen un régimen razonable de protección de la libertad personal frente a ataques restrictivos, es decir, una adecuada regulación del delito de coacción, como existe, por ejemplo, en Alemania, Austria, Italia e incluso en España. Al respecto, puede consultarse mi estudio de Derecho comparado en una perspectiva histórica, "La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (Madrid), 1994, Tomo III, pp. 191 y ss. Desgraciadamente, la coacción es quizá el delito peor regulado de todo el Código Penal chileno (Arts. 296 N° 1 y 2, 297 y 494 N° 16), lo que hace que las consideraciones sistemáticas sean sumamente inciertas. Para efectos de nuestro análisis, presupondremos en todo caso que lo injusto de la coacción encuentra en nuestro derecho su consagración más genérica en el Art. 297 C. P., recibiendo como pena todo el marco de la reclusión menor.

²⁷ En el Código Penal chileno, los delitos de violación y sodomía cometidos mediante fuerza o intimidación conllevan penas que llegan hasta el presidio mayor en su grado medio, es decir, que sobrepasan en diez años de duración el máximo de la pena privativa de libertad asignable a un caso de comisión del delito genérico de coerción.

²⁵ En la teoría de Feuerbach, la libertad es concebida como la libre disposición del cuerpo (*Lehrbuch*, cit. [nota 7], § 289, p. 222). La aplicación de este punto de vista al Derecho positivo determinó, por ejemplo, que en el Código Penal bávaro de 1813 los atentados contra la libertad constituyeran un subgrupo —junto con los delitos de lesiones corporales— de la clase de los "daños y otros maltratos de la persona".

a) La libertad sexual como libertad especial

El modo más obvio de justificar el *plus* de ilicitud de los atentados a la autodeterminación sexual es considerar a esta como una libertad especial, es decir, como un ámbito específico de acción respecto del cual se garantiza la ausencia de coacción. El comportamiento sexual sería así un ámbito de acción de especial significación, lo que el ordenamiento jurídico reconocería protegiéndolo de un modo más intenso frente a la coacción mediante su consideración como una libertad especial, y por lo mismo, considerando a los atentados en su contra como delitos calificados.

Por cierto, esta es una seudojustificación, ya que simplemente desplaza la cuestión por el *plus* de ilicitud, transformándola en una pregunta por la justificación de esa "especial significación" del comportamiento sexual. No obstante, esta estrategia elusiva resulta plausible, en la medida en que el argumento apela a las estructuras y técnicas de protección de la libertad personal que son propias del Derecho constitucional. El por qué tales o cuales actividades merezcan ser consideradas como libertades públicas específicas, nominativamente protegidas mediante el complejo de garantías constitucionales, es una pregunta que deja de ser problemática o pasa a ser secundaria, cuando la protección de tales o cuales ámbitos de acción adopta la forma de la prevención o represión de obstáculos o impedimentos a su realización.

La analogía entre libertad sexual y libertades constitucionales es sin embargo falaz. El punto de partida para la refutación de este argumento se encuentra en la constatación de la desprotección constitucional del comportamiento sexual. Esto se explica fundamentalmente porque la protección constitucional de libertades garantiza la ausencia de *impedimentos a la realización* de acciones, mientras que la protección jurídico-penal de la libertad sexual lo es sólo respecto de ataques que *compelen a la realización o tolerancia* de una acción sexual. El objeto de protección del Derecho penal no es la libertad de realización sexual, ni tampoco esta y su opuesto, conjuntamente, sino única y exclusivamente la libertad de abstención sexual²⁸.

Finalmente, la analogía fracasa porque desconoce y contradice el dato sistemático básico del derecho positivo en esta materia, a saber, que el Derecho penal usa la técnica de protección de la libertad personal opuesta a la del Derecho constitucional. Mientras que el Derecho constitucional por lo general prescinde de un concepto genérico de libertad y desarrolla un catálogo de libertades constitucionales especificadas, a las que añade unos cuantos derechos con otra estructura, el Derecho penal desarrolla el sistema de los delitos contra intereses individuales definiendo los objetos de protección con prescindencia de la estructura del concepto de libertad, salvo por lo que se refiere a la consideración de la libertad personal como un objeto específico de protección. En otras palabras, el concepto que el Derecho constitucional desecha por ser demasiado genérico corresponde a uno de los objetos específicos de protección del Derecho penal²⁹.

En el marco sistemático de la Parte Especial del Derecho Penal la protección de la

²⁸ Últimamente, el Código Penal español de 1995 parece haber abandonado este principio sistemático básico del Derecho penal occidental, al definir la conducta punible como "atentar contra la libertad sexual de una persona" (Art. 178). Sin embargo, la doctrina ya ha adelantado que pese a la generalidad de sus términos, la disposición legal se reduce a reiterar el ámbito de punibilidad tradicional de los delitos contra la autodeterminación sexual (así, DIEGO LÓPEZ GARRIDO, MERCEDES GARCÍA ARAN: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del Legislador*, Madrid, 1996, p. 107).

²⁹ La concreción de este concepto se produce, a nivel del Derecho penal, en la especificación de los medios de ataque: violencia y amenaza, privación de capacidad de movimiento del cuerpo en el espacio.

que es objeto de coacción sea irrelevante para efectos típicos. "Atentado a la libertad" significa, en este marco, modo coercitivo de interacción, con prescindencia de su finalidad o significación ulteriores. La precisión legal de la significación de la acción u omisión que es objeto de coacción es índice inequívoco de que, o bien se encuentra implicado un bien jurídico distinto de la libertad —y ese es el título sistemático prioritario (por ejemplo, la propiedad o el patrimonio en relación con el robo y la extorsión)—, o bien la precisión legal es político-criminalmente superflua. En el sistema de la Parte Especial del Derecho Penal no hay lugar para atentados a libertades especiales como delitos calificados contra la libertad.

b) La dignidad de la persona

Conforme a esta concepción, en el atentado sexual se encuentra involucrado el uso de una persona como medio para la satisfacción de los fines propios. Constrañir a una persona a tolerar un contacto sexual no querido implica rebajar a esa persona a la calidad de objeto, y con ello, negar su dignidad como persona.

A primera vista esta es una tesis plausible, ya que el principio de la igual dignidad de todas las personas nos parece moral y jurídicamente incontrovertible. Además, en la medida en que el atentado a la dignidad se presenta como una dimensión de injusto distinta de la pura libertad personal, la apelación a la dignidad lesionada —a diferencia de la teoría de la libertad sexual como libertad especial— pareciera satisfacer los requisitos que el sistema de la protección penal de la libertad exige para justificar la existencia de delitos especiales de coacción.

Pero para justificar la punibilidad de una conducta no basta con apelar a un principio moral incontrovertible, sino que es necesario demostrar además que su vigencia requiere la pena, esto es, que a su infracción pueda ser legítimamente asociada como consecuencia la privación o restricción de derechos fundamentales. Vistas así las cosas, la apelación al principio del respeto por la dignidad de la persona se revela como una justificación excesivamente abstracta y vaga. Invocar este principio es más bien neutralizar el problema de la justificación político-criminal mediante una solución aparente que solucionarlo de modo efectivo.

Además de la objeción anterior, esta tesis justificatoria se enfrenta a dos problemas que constituyen obstáculos insalvables a su admisibilidad.

La idea del delito sexual como una manipulación de la otra persona, como una cosificación suya, implica considerar al delito sexual como un delito de aprovechamiento de la sexualidad de otro para satisfacer unilateralmente la sexualidad propia. Esto es algo así como un delito de desplazamiento del valor sexual, por analogía a los delitos patrimoniales (estafa y extorsión), en los que el momento central de la ilicitud es el desplazamiento patrimonial. Pero esto, obviamente, no es cierto. El Derecho penal continental no requiere un ánimo ni un resultado de "aprovechamiento sexual" para la realización del tipo de la violación o el abuso sexual genérico. Los atentados sexuales son también delitos de daño. Y en el puro delito de daño no se realiza ese "rebajar al otro a cosa" que constituye lo degradante del acto según esta concepción.

Finalmente, cabe señalar que aun en el caso del "aprovechamiento sexual" el argumento es inaceptable, porque viola el principio del *ne bis in idem*. La degradación de la persona por su uso como medio para satisfacer objetivos propios se encuentra ya presente en la pura coacción. Constrañir a una persona a hacer cualquier cosa contra su voluntad implica desconocer su dignidad como agente racional autónomo, y, por lo mismo, manipularla para maximizar nuestro beneficio prescindiendo de su asentimien-

to. Luego, si la prohibición de tratar al otro como un medio y no como un fin ya fundamenta lo ilícito de la coacción, por sí misma no puede fundamentar además una intensificación del ilícito.

Para que la apelación de la dignidad de la persona pudiera tener algún valor justificatorio, sería indispensable entenderla en el sentido que la significación sexual del objeto de la coacción implica una degradación más intensa de la dignidad del coaccionado que cualquier otro posible objeto de coacción. Pero, obviamente, lo que se trata es de demostrar por qué ello es así. Su mera aserción no pasa de ser una pura petición de principio.

c) El bienestar sexual

El uso del término "bienestar sexual" es infrecuente. La concepción que comento bajo este título es usualmente presentada como la concepción de la "libertad sexual positiva", entendida como capacidad para realizar una conducta sexual por oposición a la "libertad sexual negativa", que sería la libertad de abstención sexual.

Esta oposición entre un concepto negativo y un concepto positivo de libertad sexual hace suya una terminología proveniente de la doctrina constitucional, que desarrolla libertades de abstención ("negativas") a partir de disposiciones que garantizan libertades de realización ("positivas")³⁰. Pero en este contexto no se trata de contraponer una momentánea abstención sexual a una igualmente momentánea realización sexual. Si así fuera, no cabría duda que la "libertad sexual positiva" a lo más puede servir de fundamento político-criminal para la despenalización. Conforme a lo dicho arriba, respecto de la libertad sexual como libertad especial, la libertad sexual penalmente protegida —cuya protección requiere justificación— es libertad de abstención sexual, o sea, "libertad sexual negativa". En el contexto de estos delitos, la invocación de una "libertad positiva" tiene por objetivo justificar la punibilidad de los atentados a la libertad de abstención sexual por el hecho de producir como efecto una *incapacidad permanente* de realización de sexualidad. Por esta razón, y por analogía con el concepto bienestar físico, es preferible designar a este estado de permanente capacidad de realización de la conducta sexual como "bienestar sexual", y en consecuencia exponer la tesis así: la justificación de la intensificación de la punibilidad y penalidad de las reglas generales sobre protección de la libertad personal, cuando el objeto de la acción es de significación sexual, radica en su virtualidad lesiva de la capacidad de desenvolvimiento de la sexualidad de la persona.

Esta teoría se presenta como la redentora de todos los déficit de racionalidad del sistema de los delitos sexuales. La consideración del bienestar sexual como objeto de protección tiende un puente entre la jurisprudencia y la psicología o psiquiatría, incorporando la noción de "trauma" al cielo de los conceptos de la ciencia del Derecho. Con ello, la teoría del bienestar sexual no sólo otorga un certificado de racionalidad científica a la construcción dogmática —siempre paciente de un complejo de acientificidad—, sino que además brinda una base empírica para justificación y evaluación crítica político-criminal de la gravedad de las penas asignadas o asignables a los delitos sexuales: el tipo más grave de atentado sexual puede llegar a tener una pena igual a la del delito de

³⁰ Esta distinción no guarda una relación de correspondencia con la distinción entre libertad negativa y libertad positiva que es propia de la filosofía moral. En tanto la libertad de realización —"libertad positiva" en la terminología constitucional— sea una libertad consistente en la ausencia de obstáculos para la acción, se trata de una "libertad negativa" desde el punto de vista de la filosofía moral.

castración, pero no más grave que esa. Conforme a la teoría del bienestar sexual, el atentado sexual más grave —por lo general, el delito de violación— puede ser considerado como una castración virtual, es decir, como un atentado que puede dañar de por vida el normal desenvolvimiento de la sexualidad de la víctima. De ahí la medida de la pena, que sirve de justificación para la intensificación de la penalidad frente a la penalidad de la simple coacción, pero que a la vez sirve como criterio seguro para denunciar como irracional una pena más grave o más severa.

Las consecuencias sistemáticas de la teoría del bienestar sexual son profundas. Los atentados sexuales deben dejar de ser comprendidos como hipótesis de coacción o atentados a la libertad de decisión en relación al comportamiento sexual, para pasar a ser entendidos como variantes de los delitos de lesión o maltrato, es decir, como atentado a las condiciones físicas (corporales) y psíquicas (mentales) del ser humano que constituyen presupuestos del libre desarrollo de la personalidad. Esta reestructuración de la posición sistemática de los atentados sexuales logra salvar la objeción arriba formulada en contra de la teoría de la libertad sexual positiva. Pues también es un dato sistemático elemental de la Parte Especial que la lesión de un presupuesto del libre desarrollo de la personalidad recibe una protección más intensa que su libre disponibilidad por el titular. En esto, el bienestar sexual no se diferenciaría, por ejemplo, de la propiedad o la intimidad. Impedir a otro enajenar una cosa o impedirle revelar secretos propios es un acto incriminable a título de simple coacción; hurtar la cosa o violar la correspondencia son delitos específicos contra bienes jurídicos específicos, distintos de la libertad personal. Del mismo modo, impedir a otro mantener relaciones sexuales sólo es incriminable a título de coacción genérica; constreñirlo a mantener relaciones sexuales implica atentar contra su bienestar sexual.

Tanta virtud no puede ser cierta.

La teoría del bienestar sexual es como el tintorero enmascarado Hakim de Merv, del cuento de Jorge Luis Borges³¹, quien con una voz "singularmente dulce" habla tras una máscara o cubierto por velos y convence a los demás de ser un profeta que ha visto a Dios, hasta que estos lo desenmascaran y ven su rostro consumido por la lepra, y terminan atravesándolo con sus lanzas. La diferencia entre el discurso y el verdadero rostro de la teoría del bienestar sexual la hacen merecedora del mismo destino que Hakim de Merv.

La pretendida asimilación de los atentados sexuales a las lesiones es un puro artificio retórico. Una elemental comparación de los rasgos estructurales de los delitos de lesiones con los atentados sexuales demuestra diferencias tan radicales entre unos y otros, que hacen fracasar cualquier intento de analogía. Junto con el homicidio, las lesiones son casos paradigmáticos de delitos de lesión y de resultado; la elaboración dogmática de estos delitos insiste además en su consideración como delitos resultativos, es decir, como delitos en los cuales el empleo de ciertos medios comisivos (el modo de ataque) es comparativamente irrelevante en relación con la producción del resultado (la afectación del objeto de ataque). Conforme a la teoría del bienestar, el resultado correlativo al bien jurídico no formaría siquiera parte del tipo penal. Puesto que la afectación permanente y a futuro de la capacidad de autodeterminación sexual —el bienestar sexual— no necesita ser acreditada, ni siquiera ser diagnosticada como probable, se tiene que los atentados sexuales serían delitos de peligro —incluso abstracto— y no de lesión en contra del bienestar sexual, y que el resultado exigido por el tipo no guardaría

³¹ Jorge Luis Borges: *Historia Universal de la Infamia* [1935], en: del mismo, *Prosa Completa*, Tomo I, ed. Bruguera, Barcelona, 1980, pp. 189 y ss.

correlación con la afectación del objeto de ataque. Este sería el único caso de un bien jurídico individualísimo cuya lesión o peligro concreto sería irrelevante para efectos de la consumación del delito que supuestamente lo ataca, no obstante tener este la estructura de un delito de resultado.

La respuesta de la teoría del bienestar sexual consiste obviamente en llamar en su defensa a la precisión típica de los medios de ataque. La concreción del peligro para el bienestar sexual estaría así en el modo de ataque que estos atentados suponen, tanto al nivel típico de los medios comisivos como al nivel de su resultado (constreñimiento de la realización o tolerancia de una acción sexual). Pero esta explicación a lo más puede aspirar a alguna verosimilitud en los atentados que suponen un enfrentamiento entre víctima y agresor y que por lo mismo pueden ofrecer la base empírica que es condición necesaria del trauma. Tratándose en cambio de la realización de acciones sexuales sobre el cuerpo de personas privadas de razón o de sentido, su precisión como modo de ataque especialmente idóneo para la producción de un trauma sexual carece de fundamento.

Lo dicho se aplica especialmente a los delitos de abuso sexual de menores impúberes. No hay argumentos empíricos que puedan justificar la calificación *a priori* de toda acción sexual con un menor impúber, cualesquiera sean las circunstancias concretas en que tenga lugar su realización, como un acto especialmente idóneo para poner en peligro su bienestar sexual. La teoría de la autodeterminación sexual puede jugar con consideraciones relativas a los estadios de desarrollo de esa capacidad de autodeterminación, para excluir la referencia a la volición de un menor impúber como dato relevante para resolver si su participación implica la realización —y no la vulneración— de su libertad sexual. En todo orden de materias, el tratamiento jurídico de la libertad de la infancia y la juventud admite un ámbito mínimo de paternalismo justificado. La teoría del bienestar sexual, en cambio, no puede eludir, en el plano de la reflexión de política criminal, el planteamiento de la cuestión del daño o peligro para el menor, porque el menor impúber posee por definición una determinada condición sexual susceptible de bienestar o malestar. La noción de “indemnidad sexual” carece de sentido en el contexto de la teoría del bienestar sexual, aunque se haya originado en su seno.

A la imposibilidad de justificar ámbitos tradicionales de punibilidad del comportamiento sexual, mantenidos e incluso acentuados por el reformismo, corre pareja la injustificable impunidad de otras formas de ataque al bienestar sexual cuya idoneidad lesiva no merece dudas. Es obvio que el maltrato psíquico en relación con la sexualidad, y, por cierto, una educación sexual ferozmente represiva, pueden producir en quien ha estado expuesto a ellas un efecto traumático de considerables proporciones en su sexualidad. Sin embargo, conforme al Derecho penal del reformismo tal lesión del bienestar sexual es por completo irrelevante para efectos de la protección penal de este supuesto bien jurídico.

¿Qué clase de bien jurídico es, pues, aquel cuya lesión o peligro concreto es irrelevante para la aplicabilidad de todas las normas penales que supuestamente lo protegen? ¿Qué clase de presunción de lesividad puede reconocerse a ciertas formas de acción que en muchos casos no son por sí solas idóneas para producir dicho efecto? La irrelevancia práctica absoluta del bienestar sexual hace que su invocación sea impotente para contrarrestar el único hecho firme en esta contienda: que la voluntad en orden a la abstención sexual es valorada por el ordenamiento jurídico de un modo más intenso que la voluntad en orden a la realización sexual.

La aseveración anterior se encuentra respaldada por la propia estrategia de política criminal del reformismo en materia de exhibicionismo y pornografía. La transformación de la indecencia en involucramiento no consentido en un contexto de significación

sexual sólo tiene sentido bajo el presupuesto de una especial valoración de la voluntad de abstención sexual. Como es obvio, el reforzamiento jurídico de las expectativas de exclusión del estímulo sexual no puede ser justificado mediante una apelación a la protección de la capacidad de sexualidad, salvo que, claro está, se califique moralmente el bienestar sexual. Pero si este es el núcleo firme del concepto de bienestar sexual, entonces este no es más que la máscara de una concepción moralizante, como la de la escolástica.

No es casual que el concepto de bienestar sexual sea esgrimido por concepciones de política criminal que en última instancia lo que defienden es una determinada moralidad sexual. La concepción represiva de la sexualidad se sirve de este concepto para justificar la enorme penalidad asignada al constreñimiento a la interacción sexual, sin osar siquiera reparar en que si esa interacción puede tener algún efecto lesivo para la sexualidad de la víctima, ello se debe en primer lugar a una cultura represiva de la sexualidad, cuya vigencia es reforzada por la propia norma jurídico-penal. Que el efecto lesivo contra el cual la norma pretende proteger es producto de esa misma norma es algo que no se puede negar, desde el momento en que la lesión depende de una cuestión de sentido: en una cultura en que el ejercicio de la sexualidad fuera algo usual y más bien trivial, el constreñimiento a su realización o a la tolerancia de su realización no podría tener un “efecto lesivo” en la sexualidad de la víctima, como no lo tiene una coacción puntual cualquiera respecto de la capacidad de la víctima para la ejecución de su voluntad en su vida futura.

Por cierto, el concepto de bienestar sexual también es susceptible de reinterpretación conforme a una concepción permisiva de valoración positiva de la sexualidad. Pero la asunción consecuente de esta concepción no conduciría a ratificar el mapa regulativo refrendado por el reformismo, sino que cambiaría por completo el aspecto del Derecho penal sexual, exigiendo por ejemplo la prueba de lo que hoy es irrelevante para la realización del tipo o derechamente se presume por la ley. Tarde o temprano esta concepción se enfrentaría con la fundamentación liberal del Derecho penal, cuando dedujera la consecuencia —implícita en su planteamiento— que el bienestar sexual no depende de la conformación fáctica —eminentemente casual o accidental— del psiquismo de una persona, por lo que su realización podría tener lugar legítimamente aun en contra de la voluntad de esta.

Con esta reflexión podemos constatar la futilidad de la última pretensión metodológica de la teoría del bienestar sexual, cual es la de transferir la racionalidad científica del análisis psicológico o psiquiátrico a la dogmática de los delitos sexuales. La preocupación por un déficit de científicidad corresponde a la edad de la inocencia de la filosofía de la jurisprudencia. Hoy sabemos que la dogmática es ante todo deficitaria de legitimidad política, déficit del cual adolecen, incluso más agudamente, la psicología y la psiquiatría. Incorporar al discurso jurídico sus estrategias de encubrimiento de valoraciones implica aumentar exponencialmente los problemas de legitimación de la dogmática.

c) La intimidad sexual

El punto de partida de esta teoría es la asunción de la asimetría entre la protección de la libertad de realización sexual (puro delito contra la libertad) y la protección de la libertad de abstención sexual (atentado sexual). Conforme a esta teoría, existe un interés jurídicamente relevante en proteger de un modo especialmente intenso la voluntad de exclusión de la comunicación sexual. Utilizando una distinción de raíz hegeliana

formulada por Binding³², se puede decir que los atentados sexuales no consisten tanto en ataques a una manifestación de la voluntad como ataques a una voluntad manifestada. La intimidad sexual es así entendida en el sentido originario, más básico y rudimentario del concepto de intimidad: como un derecho de exclusión.

De todas las fórmulas conceptuales utilizadas para comprender la regulación penal del comportamiento sexual, la de la intimidad sexual es —con mucho— la más adecuada desde un punto de vista operativo. Esta concepción explica, por ejemplo, por qué sancionamos como atentados sexuales conductas no coercitivas en sentido estricto, como el abuso de personas transitoriamente privadas de sentido. Sólo bajo la asunción de una voluntad manifestada de exclusión de la comunicación sexual —como lo asumimos respecto de compartir ciertos espacios— podemos explicar la lesividad de un contacto sexual que nunca es percibido por quien reclama ser su víctima. Precisamente porque esta asunción se basa en una regla de definición de la interacción sexual consistente en una inicial exclusión de comunicación sexual es que exigimos que el interesado en la comunicación sexual obtenga del otro su asentimiento al levantamiento de esa exclusión y lo admita en su ámbito de comunicación sexual; y es por esto que resulta en principio justificable la consideración de la interacción sexual con personas privadas de razón y de menores impúberes como "abuso": en estos casos se prescinde del levantamiento de la regla de definición por parte del otro.

La consideración del atentado sexual como atentado a la intimidad permite enfocar desde un ángulo nuevo constelaciones de casos tradicionalmente problemáticas, como el atentado sexual de la persona que inicialmente desempeña un rol seductor, de la persona prostituida o de la pareja. Dando por descontado que todas estas personas se encuentran protegidas contra el ejercicio de violencia (lesiones, coacción), la consideración del atentado sexual como un atentado a la intimidad plantea aquí como cuestión crucial hasta dónde en el caso concreto se encontraba vigente la regla de definición de la comunicación sexual como una regla de exclusión. El análisis de estos supuestos en términos de libertad de la voluntad en orden al acto puntualmente considerado es ciertamente incompatible con la renuencia a sancionar los casos antes mencionados como delitos sexuales que evidencia la práctica judicial. Pero esta incompatibilidad es también una prueba de la incapacidad de la teoría del consentimiento puntual para dar cuenta de las cuestiones de sentido involucradas en la comunicación sexual. Sólo cuando se comprende que la comunicación sexual se basa culturalmente en una regla de exclusión, se puede entender que su levantamiento haga desaparecer la cuestión de sentido involucrada en la consideración de la intimidad como voluntad manifestada. Por eso es que el constreñimiento de la persona prostituida a mantener una interacción sexual bajo condiciones que pueden entenderse como inequívocamente excluidas del trato, tiene mucho más título legítimo a ser tratado como atentado a la intimidad sexual que la coerción que tiene lugar en un marco equívoco de comunicación sexual (introducido por el seductor) o en el marco de la comunicación sexual permanente (el de la pareja).

La consideración del atentado sexual como atentado a la intimidad hace por otra parte inteligible la técnica legislativa consistente en fijar límites concretos a los ámbitos de protección, como el contacto corporal en el caso de los abusos sexuales genéricos. La protección jurídica de la intimidad —constitucional y penal— se dispensa precisamente de ese modo, concretándola en "ámbitos" o "procesos" específicos de comunicación

³² KARI BINDING: *Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts-Besondere Teil*, 2ª ed., Leipzig, 1902, Tomo I § 21, III-4, p. 31.

o ausencia de comunicación. El cuerpo —y en especial las zonas erógenas— corresponde a ese ámbito, tratándose la comunicación sexual.

Finalmente, la aplicación del concepto de la intimidad sexual al ámbito de los delitos de pornografía y ofensas al pudor lleva a plantear la cuestión político-criminal de su punibilidad en una perspectiva más que asible: se trata de resolver, respecto de los espacios de comunicación de participación pública, la tensión existente entre la libre expresión del erotismo y la regla de exclusión de la comunicación sexual. Sólo cuando se entiende que la regla de exclusión de la comunicación sexual es la que da sentido a la intimidad sexual, se puede explicar que la libre expresión del sentimiento sexual tenga un carácter tan conflictivo. Su comprensión como variante de una cuestión de intimidad sugiere además una vía de política legislativa adecuada, como es la de maximizar las posibilidades de compatibilizar los intereses en tensión, coordinando la libertad de expresión y la regla de exclusión de la comunicación sexual al permitir posibilidades discretas de intercambio de comunicación erótica, equivalentes al levantamiento de la exclusión de la comunicación sexual. Esto ratifica la identificación de la oferta intempestiva y la oferta dirigida a menores de edad como ámbitos de posible punibilidad. Pero, por otra parte, la teoría de la intimidad sexual obliga a la política legislativa a hacerse cargo de la esencial variabilidad del umbral, la regla de exclusión de la comunicación sexual, precisamente a consecuencia del ejercicio de la libertad de expresión. Bajo esta consideración, la infracción a la regla de exclusión de la comunicación sexual viene a ser algo así como un caso de "desobediencia sexual", por analogía al concepto de desobediencia civil, y que reclama el tratamiento de éste: por analogía al concepto de desobediencia civil, y que reclama el tratamiento de este: la restricción legal mínima que haga posible una acción de restablecimiento de la vigencia de la regla por parte del Estado.

Esta idoneidad operativa del concepto de intimidad sexual corre, sin embargo, pareja con su inidoneidad como concepción justificatoria de la punibilidad de las conductas que atentan en su contra. Pues es obvio que el concepto no justifica sino que presupone que la exclusión de la comunicación sexual requiera una protección muchísimo más intensa que la exclusión de cualquiera otra forma de comunicación. Más aún, en la operatividad del concepto de la intimidad sexual se encuentra la mejor prueba del fracaso de cualquier teoría justificatoria de la intensificación de la punibilidad y penalidad del marco de referencia —libertad o intimidad— que conlleven los atentados sexuales que base su estrategia argumentativa en la consideración de estos como atentados a una dimensión puramente individual. Pues la razón de la operatividad de esta teoría no es otra que la explicitación de un elemento irreductible a un bien jurídico personalísimo, cual es la vigencia de un determinado orden cultural sexual.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Si los argumentos aquí esgrimidos son correctos, la existencia de una clase de delitos como la de los atentados sexuales dentro del sistema de la Parte Especial sólo puede explicarse concluyentemente como la manifestación en el Derecho penal de una determinación cultural.

Lo anterior significa que un planteamiento liberal tiene dos estrategias posibles en relación con la incorporación de estos delitos al sistema de la Parte Especial. La primera —sin duda alguna la más consecuente— es negar la legitimidad de su admisión. Si los delitos contra la autodeterminación sexual son auténticos atentados a la libertad respecto de conductas sexuales, es decir, si no son más que interacción coercitiva, entonces no

son más que atentados a la libertad a secas, y para su prevención basta con la regulación general de los delitos contra la libertad personal. En materia de delitos contra la autodeterminación sexual, el abrogacionismo es –sin duda– la única estrategia radicalmente ilustrada.

Pero la Ilustración radical no es la única estrategia posible para una política jurídica liberal. La concepción misma del sistema de la Parte Especial como una constelación de formas de libertad –“derechos subjetivos” en la terminología de Feuerbach, “bienes jurídicos” en la terminología del reformismo–, y con ello las exigencias reduccionistas en el análisis legitimatorio de estos delitos, pueden ser desechadas, con tal de conservar su fundamento normativo liberal, que se encuentra en el principio del libre desarrollo de la personalidad y en el principio de la proporcionalidad. La comprensión de la justificación de la punibilidad como una cuestión de optimización de principios y no de satisfacción de un catálogo ontológico permite enfrentar con mayor flexibilidad y astucia política los problemas de la protección estatal de determinaciones culturales, antes que por definición –puramente nominal, por cierto– se encontrarían excluidos de ese catálogo ontológico. La garantía de la disponibilidad de las restricciones culturales en el trato personal, la posibilidad de formas discretas de desarrollo de la diversidad cultural y el abierto reconocimiento de la aleatoriedad y movilidad de las restricciones culturales son las tres principales formas en que una política legislativa liberal puede manejar la tensión valorativa originada por el hecho de la protección estatal de determinaciones culturales.

De más está decirlo, ambas estrategias son combinables en una sola, cual es avanzar paulatinamente en la reducción de la brecha que implica la intensificación de la punibilidad y la penalidad de los atentados sexuales frente a los atentados genéricos a la libertad o intimidad. El óptimo de coincidencia para las dos estrategias es aquella regulación en que la protección de la determinación cultural se reduce a la mera función simbólica de un simple título especial de incriminación.

Nada más lejos de este ideal que la regulación a que ha dado origen el reformismo, pletórica de distinciones relativas a las formas de abuso sexual, que intensifican la punibilidad, y acriticamente legitimante de marcos intensificados de punibilidad. Estos rasgos, unidos al enmascaramiento del problema de legitimación denunciado por la Ilustración bajo la máscara de la “autodeterminación”, hacen que el reformismo esté lejos de ser la reivindicación de la Ilustración en el siglo XX. Muy por el contrario, en esta larga batalla en torno a la justificación político-criminal de la regulación penal del comportamiento sexual, el reformismo constituye la traición al pensamiento de la Ilustración que nos ha tocado ser testigos.

01/11/03

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

E

C6

LUIS RODRIGUEZ COLLAO

*Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad Católica de Valparaíso*

345.830253

R 696ds

2000

C.3

MERE

DELITOS SEXUALES

DE CONFORMIDAD CON LAS MODIFICACIONES
INTRODUCIDAS POR LA LEY N° 19.617 DE 1999

Primera edición, 2000
Reimpresión de la primera edición, 2001

© LUIS RODRIGUEZ COLLAO

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Av. Ricardo Lyon 946, Santiago
www.editorialjuridica.cl
info@editorialjuridica.cl

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 115.846, año 2000
Santiago - Chile

Se terminó de reimprimir esta primera edición
en el mes de diciembre de 2001

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1311-8

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

do es el que más estrechamente se vincula con el ámbito de protección inherente a la dignidad de la persona.⁶⁵

Pero la idea de dignidad humana no sólo se vincula con el tema del bien jurídico del modo anteriormente descrito, sino que también se manifiesta en el proceso de selección de los intereses que se consideran dignos de tutela y en la forma en que el legislador penal asume dicha protección. La plena vigencia del valor de la dignidad humana exige, en efecto, que sólo se eleven a la categoría de bienes jurídicos aquellos intereses que sean inherentes a la persona o que resulten necesarios para su pleno desarrollo espiritual y material, incluyendo, por cierto, sus posibilidades de actuación en la vida social.⁶⁶ Limita, también, la libertad del legislador en cuanto sólo puede considerar aquellas posibilidades de lesión que efectivamente operen en desmedro de la dignidad del individuo y que se concreten en hechos externamente apreciables.

En lo que respecta, por último, a la relación entre desvalor de acción y desvalor de resultado, no puede el legislador —sin atentar en contra del valor de la dignidad humana— fundar el castigo en uno solo de esos aspectos. Porque basarse únicamente en la gravedad intrínseca de una voluntad de rebeldía en contra del ordenamiento jurídico importa una intromisión inaceptable en la esfera de privacidad que cada ser humano posee en su condición de tal. Como, también, el hecho de basarse únicamente en el desvalor de resultado, sin atender a la subjetividad del individuo, implica desconocer en éste los atributos básicos de la personalidad humana. Porque lo que un derecho penal respetuoso de la dignidad de la persona ha de regular no es “el mero operar naturalístico o la causación mecánica del hombre, sino su actuar en tanto que ser capaz de captar valores y de dirigir su conducta a la realización de ellos”.⁶⁷

En suma, las restricciones que el ordenamiento constitucional chileno impone a la labor de selección y configuración del objeto de tutela en el campo sexual, pueden resumirse en la ne-

⁶⁵ Cfr. BACIGALUPO (1999), pp. 155-156.

⁶⁶ Cfr. MIR PUIG (1985), p. 76.

⁶⁷ RIVACOBIA: *El principio de culpabilidad...*, pp. 50-51.

cesidad de elevar a la condición de bien jurídico únicamente intereses que tengan como titular a la persona y que efectivamente se orienten en el sentido de la capacidad de autorrealización del ser humano; en el imperativo de respetar la autonomía decisional del individuo, en lo que atañe a la forma en que cada cual opta por encauzar su sexualidad; en la prohibición de establecer cualquier forma de trato discriminatorio; y, por último, en la necesidad de tipificar únicamente aquellos comportamientos que efectivamente lesionen o pongan en peligro los intereses de un individuo.⁶⁸

2. PERSPECTIVA AXIOLOGICA

Precisado, ya, cuál es el marco de limitaciones que la Constitución impone a la labor de selección y determinación del objeto de tutela en el ámbito de los delitos sexuales, y en qué medida aquél obliga tanto al legislador como al intérprete, corresponde ahora que nos detengamos a examinar tres cuestiones *previas* a la delimitación precisa del bien jurídico tutelado en este sector del ordenamiento penal: en primer término, cuál es la solución que plantean los autores frente a la disyuntiva de si es uno, o más de uno, el bien o los bienes jurídicos protegidos por los delitos sexuales; en segundo lugar, cuál es la intención que tuvieron en vista los autores de la reforma del año 1999, en orden a los valores que se consideraron dignos de protección penal; y, por último, qué inconvenientes de índole sistemática existen, en el ordenamiento jurídico chileno, para atribuir a la libertad sexual la condición de bien jurídico protegido.

A) UNIDAD O PLURALIDAD DEL OBJETO DE TUTELA

Tanto en aquellos países que organizan sus sistemas legislativos en torno a la idea de *libertad sexual*, como en aquellos que lo hacen a partir de fórmulas menos precisas, prima entre los au-

⁶⁸ Entre varios otros, GARRIDO GUZMAN: *La prostitución...*, pp. 20-21, y KLUG: *Problemas de filosofía del derecho...*, pp. 40-45.

tores la opinión de que no es posible encontrar un bien jurídico que sirva de denominador común a todas las infracciones. Así, por ejemplo, en Argentina, bajo la vigencia de la fórmula *Delitos contra la honestidad*, los autores han planteado como objeto de tutela, con éstas u otras expresiones análogas: la *libertad sexual*, en el caso de la violación, el estupro y los abusos deshonestos; la *libertad ambulatoria* (y secundariamente la libertad sexual) en el caso del rapto; el *derecho al normal desarrollo sexual*, en el caso de los delitos que atentan contra menores; el *pudor público*, en el caso de las figuras de ultraje a las buenas costumbres; y la *moralidad pública*, en el caso de los delitos relativos a la prostitución.⁶⁹

Por su parte, en Chile, con anterioridad a la Ley N° 19.617, constreñida por el uso de las expresiones *orden de las familias y moralidad pública* (que aún sigue utilizando el epígrafe de nuestro Título VII), la doctrina solía plantear como objeto de tutela: la libertad sexual, en el caso de la violación, el estupro y los abusos deshonestos; la libertad ambulatoria (y secundariamente la libertad sexual), en el caso del rapto; la *sanidad de las relaciones sexuales* en el seno de la familia, en el caso del incesto; la *moral social*, en el caso de los delitos de sodomía y favorecimiento de la prostitución; y el *pudor público* en el caso de las (así llamadas) figuras de ultraje a las buenas costumbres.⁷⁰

Por último, en España, desde que el Código Penal acogió la fórmula *Delitos contra la libertad sexual*, las opiniones se encuentran, en verdad, divididas acerca de la posibilidad de que éste sea el bien jurídico común a todos los tipos que actualmente contempla el Título VII del Libro II del Código Penal de 1995. Un sector de la doctrina española, en efecto, plantea que la *libertad sexual* es el bien jurídico que resulta vulnerado en la totalidad de los tipos de significación sexual. Tal es el planteamiento, por ejemplo, de Rodríguez Ramos, quien afirma que “todos estos delitos se someten al común denominador de estar relacionados con la libertad sexual”, porque si bien admite la existencia de una pluralidad de valoraciones, concluye que todas ellas re-

⁶⁹ Cfr., por todos, CREUS (1990), pp. 179-264.

⁷⁰ Cfr. GARRIDO MONTT (1998), pp. 268-336.

presentan “diversos aspectos” del ejercicio de aquella forma de libertad.⁷¹ Y entre quienes piensan lo contrario, cabe mencionar, en primer término, la opinión que sostiene que si bien estos delitos se orientan fundamentalmente a la protección de la libertad sexual, hay determinadas hipótesis —como aquellas que implican un atentado contra menores e incapaces— en las cuales lo protegido es la *indemnidad* o *intangibilidad* sexual de la víctima. Porque, si bien algunos autores plantean esta última noción como un simple aspecto o faceta de la libertad sexual, parece primar la idea de que ambos conceptos no son coincidentes.⁷² También dentro de un esquema de pluralidad de bienes jurídicos, pero reconociendo siempre la primacía que ostenta la libertad sexual, algunos autores sostienen que la protección se hace extensiva a la noción de *dignidad humana*, particularmente en aquellas hipótesis que demandan un trato especialmente vejatorio para la víctima.⁷³ Por último, cabe mencionar la opinión de quienes, junto con afirmar la primacía de la libertad sexual como objeto de tutela, señalan que dentro de este grupo también recibe protección la *moral pública o social*, básicamente en los delitos de exhibicionismo y en las figuras relativas a la prostitución.⁷⁴

B) PROPÓSITOS LEGISLATIVOS EN EL PLANO AXIOLÓGICO

Quienquiera que examine cuidadosamente el texto de la actual preceptiva chilena sobre delitos sexuales y con mayor razón aún si alguien lee los documentos en los cuales constan los propósitos que tuvieron en vista sus redactores, podrá advertir que el legislador penal del año 1999 simplemente desatendió el mandato constitucional de circunscribir el castigo a aquellas conduc-

⁷¹ RODRIGUEZ RAMOS (1994), pp. 199-200. En un sentido semejante, aunque discutiendo sobre bases diversas, SERRANO GOMEZ (1997), p. 177.

⁷² En este sentido, CARMONA SALGADO (1996), pp. 299-301.

⁷³ Entre varios otros: ORTS BERENQUER (1996), pp. 905-906; SERRANO GOMEZ (1997), p. 178, y SUAREZ RODRIGUEZ: *El delito de agresiones sexuales...*, pp. 30-31.

⁷⁴ Cfr. LANDECHO VELASCO / MOLINA BLAZQUEZ (1996), pp. 115, 116, 125.

tas que lesionaran los derechos de una persona en concreto; como así también, el de despojar el sistema de valoraciones morales y el de eliminar cualquier forma de discriminación.

El legislador de 1999 reafirmó la vigencia de algunos tipos que no tienen otro sustento que el simple interés de salvaguardar la forma en que según las convicciones dominantes ha de encauzarse el ejercicio de la actividad sexual, aun pasando por alto la capacidad de autodeterminación de las personas y sin que exista la menor posibilidad de que un individuo en concreto resulte lesionado. Es lo que sucede con el tipo de *incesto*, cuya previsión legislativa no tiene otra pretensión que la de proteger una faceta específica de las *buenas costumbres*: el principio de normalidad de las expresiones de la vida sexual. Es lo que sucede también, si bien en otro sentido, con el delito contemplado en el artículo 365, que sanciona una forma específica de relacionamiento homosexual mutuamente consentido entre varones, con lo cual el legislador no sólo quiso desconocer el derecho a la libertad sexual que asiste a las personas que han encauzado su sexualidad por ese camino, sino también establecer un trato discriminatorio en perjuicio de las personas de sexo masculino, porque el equivalente femenino del mismo comportamiento no resulta inculminado.⁷⁵

Pero, lo que es más grave todavía, el legislador mantiene la vigencia de las antiguas figuras de *atentado contra las buenas costumbres* y lo hace de un modo que es francamente contradictorio con la exigencia de lesividad. En el artículo 373, en efecto, castiga a “los que de cualquier modo ofendieren el pudor y las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia”; y en el artículo 374 sanciona, entre otras conductas, el hecho de vender o distribuir objetos contrarios a las buenas costumbres. En ambos casos es muy clara la intención legislativa de reprimir comportamientos estimados indeseables por la inmoralidad intrínseca que se les atribuye, al margen de su ap-

⁷⁵ Esta es, precisamente, la forma en que la Comisión Mixta entendió el castigo de la figura del artículo 365, pues al señalar en el informe final que el proyecto “se hace cargo del hecho de que el lesbianismo históricamente no ha estado sancionado”, no sólo acepta la discriminación subyacente en el precepto, sino que expresamente reconoce que lo sancionado es simplemente la *homosexualidad* masculina (*Informe Comisión Mixta*, p. 21).

titud lesiva para los derechos de una persona; porque de acuerdo con la lógica del legislador penal del año 1999, las conductas tipificadas en los artículos recién mencionados deberían ser castigadas aun cuando se ejecutaran entre personas adultas (piénsese por ejemplo en la compraventa de un objeto pornográfico realizada entre dos personas mayores de edad, que actúan libre, consciente y voluntariamente).

En estas circunstancias, si atendemos exclusivamente a la voluntad del legislador, tendríamos que concluir que en el actual ordenamiento chileno de los delitos sexuales hay, también, una pluralidad de bienes jurídicos protegidos. A saber: la *libertad sexual*, que según los redactores de la normativa sería el interés tutelado en los tipos de violación, estupro y abuso sexual (suponemos que en todas sus formas y cualesquiera sean las condiciones de la víctima),⁷⁶ y, por otra parte, las *buenas costumbres*, entendidas como los principios básicos que rigen el comportamiento sexual según los cánones morales imperantes, entre los cuales se cuentan el *principio de normalidad* (que sería lo protegido por el incesto y la conducta homosexual tipificada en el artículo 365) y el *principio de privacidad* (que sería lo tutelado en los tipos de ultrajes públicos a las buenas costumbres).

Pese a ello, frente al ordenamiento jurídico chileno, estos criterios no son en absoluto vinculantes, ni para la doctrina científica, ni para el órgano jurisdiccional. En primer término, una lectura atenta de los artículos 19 a 24 del Código Civil de Chile, deja muy en claro que, entre nosotros, la labor interpretativa tiene por objeto determinar el *querer actual* de la norma y no la intención de sus redactores. Ello obedece a que los artículos citados establecen un verdadero orden de prelación entre los distintos criterios de hermenéutica legal, dentro de los cuales el tenor de las disposiciones y la voluntad que fluye de sus términos tienen absoluta prioridad por sobre otras consideraciones, como los antecedentes históricos relativos al establecimiento de la norma.⁷⁷

⁷⁶ Entre varios otros pasajes en el mismo sentido, puede consultarse Informe de la Comisión Mixta, p. 19.

⁷⁷ En este sentido, que corresponde a la opinión unánime en la doctrina penal chilena, CURY (1992), I, pp. 165-168; NOVOA (1985), I, p. 136, y POLITOFF (1997), pp. 130-131.

De otro lado, y como ya tuvimos ocasión de explicar, entender que un precepto de jerarquía legal impone una pena con el exclusivo propósito de sancionar la inmoralidad intrínseca de un acto implica, ni más ni menos, que asignar a dicho precepto un sentido contrario a la Constitución, en circunstancias que el principio de unidad del ordenamiento jurídico y aun la propia normativa constitucional, en cuanto establece la subordinación de los textos normativos de rango inferior, impiden llegar a cualquier solución interpretativa que implique desatender una norma de la Ley Fundamental de la República.⁷⁸

En tal virtud, por mucho que el legislador haya entendido que su misión era proteger *la libertad sexual* de las personas, el intérprete puede llegar a una conclusión diferente, tomando como base el contenido de los preceptos que integran el sistema legislativo de los delitos sexuales; y con mayor razón todavía, si consideramos que aquella locución no figura en el epígrafe del Título (ni en el de ninguno de los párrafos que lo integran), como tampoco aparece mencionada entre los artículos que tipifican las conductas delictivas. Asimismo, aunque el legislador haya querido establecer ciertas infracciones como *atentados contra las buenas costumbres*, el intérprete ha de hacer primar el querer actual de las normas y, en plena concordancia con los preceptos constitucionales, concederles operatividad únicamente respecto de hechos que lesionen los intereses de un individuo en concreto.

C) SOBRE LA CAPACIDAD DE AUTODETERMINACIÓN DEL INDIVIDUO

Nadie podría poner en duda que la capacidad de autodeterminación del individuo es un valor que forma parte del sistema chileno de los delitos sexuales. Así lo demuestra, por ejemplo, el hecho que la ausencia de voluntad de la víctima haya sido elevada a la condición de *elemento objetivo del tipo* en el delito de violación y en algunas formas del delito de abuso sexual. Pero el hecho que la ley considere el desvalor inherente a la afectación

⁷⁸ Acerca de los fundamentos de esta actitud interpretativa, BACIGALUPO (1999), pp. 232-233.

de un determinado interés, no quiere decir que éste sea precisamente el objeto de tutela, sobre todo si está claro, como ocurre en estos casos, que dicho desvalor opera como fundamento de una agravación de la pena; de manera que atribuirle, además, un papel en la fundamentación del castigo importa, lisa y llanamente, interpretar la norma en un sentido contrario a las exigencias que impone el principio *non bis in idem*. De ahí que pueda sostenerse que la libertad sexual no es el bien jurídico protegido en las figuras nombradas, ni en ninguna otra de las que integran este sector del ordenamiento penal.

Un análisis global de los factores condicionantes de la regulación de los delitos sexuales⁷⁹ pone de manifiesto que lo único que la Constitución exige, en este campo, es que las conductas delictivas se orienten a la protección de un *interés de orden personal* —ya sea éste individual o colectivo, pero necesario, en este último caso, para la realización espiritual o material del ser humano— y, además, que el Estado no ejerza la potestad punitiva con el único propósito de salvaguardar un interés moral o ideológico. Pero, en términos positivos, el texto constitucional no obliga a estructurar el sistema sobre la base de un interés determinado. De manera que un ordenamiento de esta clase de delitos orientado, por ejemplo, hacia la tutela de la *libertad sexual*, es, desde el punto de vista constitucional, tan válido como otro que se oriente a la protección de la *intimidad* o de la *integridad personal*.⁸⁰

El hecho que las opciones doctrinales y legislativas se hayan inclinado, hasta ahora, abrumadoramente por la noción de *libertad sexual* no tiene su fundamento en una exigencia de orden constitucional, sino que se explica por dos razones: *primero*, porque históricamente la libertad ha sido siempre el baluarte esgrimido frente a los excesos moralizantes que se han enraizado en

⁷⁹ Vid. supra Cap. IV, 1.

⁸⁰ Aunque la relación de alternatividad que aquí se plantea en modo alguno significa conceder razón a quienes sostienen que la determinación del bien jurídico sólo tiene un valor simbólico o ideológico, y que no influye en la determinación de la materia de la prohibición. Porque, sin lugar a dudas, y por razones que no es del caso exponer aquí, nos parece que la situación es justamente la opuesta. Cfr. FIANDACA: *Prospettive di riforma...*, p. 407.

algunas sociedades y épocas determinadas (como sucedió en un momento en Roma⁸¹ y posteriormente en el período de la Ilustración) y, segundo, por la importancia desmedida que la dogmática penal confiere hoy a la noción de *libertad individual* (por cierto, con una encomiable y muy entendible motivación garantista, en especial en aquellos países donde aquélla ha sido más ferozmente avasallada), hasta el punto de convertirla en el eje del sistema del derecho penal. Así lo prueban las elaboraciones dogmáticas que sitúan el ataque a la libertad ajena como “esencia de la infracción al derecho y (en consecuencia) del injusto”; de lo cual suele colegirse que “sólo aquellos bienes e intereses que aparezcan como condiciones exteriores de la libertad podrán ser conceptuados (como) bienes jurídicos”.⁸²

Si no existe, como hemos afirmado, un imperativo constitucional de estructurar el sistema de los delitos sexuales en torno a la capacidad de autodeterminación del individuo, la decisión acerca de cuál sea el objeto de tutela que mejor convenga a esta clase de infracciones habrá que extraerla de consideraciones político-criminales o de parámetros sistemáticos. En otras palabras, la decisión dependerá, en el primero de los planos nombrados, de la aptitud que un determinado valor tenga para asegurar un óptimo y justo resguardo de la persona en lo que atañe a su vida sexual; y, en el segundo de esos planos, de la virtualidad que muestre un determinado interés para explicar coherentemente la totalidad del sistema.

Respecto de lo primero, ya expusimos los reparos que desde un punto de vista *político-criminal* nos merece el recurso a la *libertad* como factor aglutinante del conjunto de los delitos sexuales. Entre ellos, hicimos especial mención de: a) la imposibilidad de explicar en términos estrictamente jurídicos el grado de especialidad que revestiría la libertad sexual en relación con la capacidad de autodeterminación en general; b) que hay atentados contra los intereses sexuales del individuo –sobre cuya necesidad de castigo nadie discute– en

⁸¹ Cfr. SANTALUCIA: *Derecho penal romano*, pp. 139-142.

⁸² En este sentido, por ejemplo, VIVES ANTON: *Estado de derecho y derecho penal*, pp. 24-25.

los que simplemente no resulta comprometida la libertad, ya porque ésta en algunos casos no existe, ya porque la conducta que se considera merecedora de sanción presupone el ejercicio de un poder de autodeterminación por parte de la víctima; c) que la idea de libertad sexual no es un fundamento válido para explicar la diferente gravedad que se suele atribuir a las distintas formas de abuso sexual; y d) en general, su falta de concordancia con las expectativas sociales acerca de la forma que ha de asumir la represión de los delitos sexuales.⁸³

Situándonos, ahora, en un plano *sistemático*, la verdad es que el ordenamiento chileno de los delitos sexuales tampoco parece avenirse con la idea de protección de la libertad sexual. De partida, y como ya hemos adelantado, el planteamiento de que lo protegido por este grupo de infracciones es la capacidad de autodeterminación del individuo conlleva la afirmación de que estos delitos son una especie dentro del género de los atentados contra la libertad. Sin embargo, para que así fuera se requeriría que los atentados contra la *libertad sexual* estuvieran siempre dotados de igual o mayor gravedad que un atentado contra la *libertad en general*, pues sólo así se justificaría la existencia de un grupo de conductas caracterizado por la especialidad del ataque a la facultad de autodeterminación del individuo. En el ordenamiento jurídico chileno, los ataques sexuales, que se supone llevarían implícito el atentado a la libertad en general, no siempre tienen igual o mayor pena que los delitos específicamente orientados a la protección de este último valor. Así resulta de comparar, por ejemplo, la pena asignada al *abuso sexual* obtenido mediante amenaza (reclusión menor en cualquiera de sus grados), con la pena contemplada para el tipo genérico de *amenazas* (presidio menor en su grado medio a máximo).⁸⁴

Pero tal vez el mayor escollo para la consideración de la libertad sexual como objeto de tutela en este grupo de infracciones, deriva, por una parte, de los distintos rangos de

⁸³ Vid. supra Cap. III, 2. c).

⁸⁴ Artículos 366 N° 1 y 296 N° 1 del Código Penal chileno, respectivamente.

penalidad que el ordenamiento jurídico prevé para cada una de esas infracciones y, por otra parte, de las razones en que se fundan tales diferencias. Porque en un sistema fundado en la idea de libertad sexual, el desvalor de cada comportamiento no depende de la naturaleza del acto que en cada caso se sanciona, sino del medio utilizado para ejecutarlo (violencia, abuso, fraude).⁸⁵ En cambio, si se examinan con atención los tipos chilenos de violación y de abuso sexual, aparece de manifiesto que la norma considera que un acceso carnal es más grave que otros actos de significación sexual, aun cuando aquél y éstos fueren ejecutados en idénticas circunstancias de restricción de la libertad del sujeto pasivo.⁸⁶ Aplicando al derecho chileno el ejemplo que ya expusimos en abstracto,⁸⁷ quien amenaza con un arma blanca a la víctima, para conseguir accederla carnalmente, por ejemplo, por vía vaginal, recibirá castigo a título de *violación*; en cambio, si amenaza con un arma blanca a la víctima, para lograr introducirle, también por vía vaginal, otro instrumento cualquiera, la pena aplicable será la que corresponde al delito de *abuso sexual*. Entre ambos casos no hay ninguna diferencia en cuanto a la lesión de la libertad de la víctima, porque el medio utilizado para doblegar su voluntad fue exactamente el mismo. La única diferencia entre las dos situaciones planteadas se da a nivel del acto ejecutado: la introducción del pene, en la primera; la introducción de un objeto diverso, en la segunda. Pero nada autoriza a afirmar que aquello contra lo cual se atenta más gravemente en un caso que en el otro sea la *libertad sexual*, valor que, precisamente, aparece vulnerado por igual en ambos supuestos. Así, en un ordenamiento que hace depender la tipicidad de los comportamientos sexuales no de la mayor o menor intensidad del ataque a la libertad de la víctima, sino de la mayor o menor gravedad del acto en que se concreta el atentado, nadie pue-

⁸⁵ MANTOVANI: *Diritto Penale* (1998), p. 5.

⁸⁶ Cfr. FONTAN BALESTRA (1996), p. 58. Sin contar con que la distinta valoración del acceso carnal y de los otros actos de significación sexual tiene un claro trasfondo moral, como lo señala BOIX REIG: *De la protección de la moral...*, p. 15.

⁸⁷ Vid supra Cap. III, 2.c).

de sentirse autorizado a postular que el objeto jurídico tutelado sea, específicamente, la libertad sexual.

Hay, por último, en el ordenamiento jurídico chileno, varios delitos sexuales en los que claramente la libertad del individuo no resulta vulnerada, antes bien, su ejercicio aparece elevado al rango de elemento necesario para la configuración del tipo. Es lo que sucede, por ejemplo, en caso del delito contemplado en el artículo 365, que, como ya sabemos, sanciona el acceso carnal mutuamente consentido entre varones, siempre que uno de ellos sea menor de dieciséis años. Porque en este caso, es absolutamente claro que si el legislador reconoce a los jóvenes plena capacidad para consentir válidamente cualquier clase de actividad sexual que no sea la indicada, el castigo de aquel comportamiento no puede estar fundado en un hipotético desmedro de la libertad, sino en la suposición —con o sin base en la realidad científica y social— de que una persona de esas características puede sufrir algún detrimento en su personalidad; es decir, algo muy próximo a lo que otros ordenamientos, con menos ambages, simplemente llaman *corrupción de menores*.

3. SOBRE EL CONCEPTO DE INDEMNIDAD SEXUAL

A) EXPLICACIÓN GENERAL

Ya hemos insinuado que entre las figuras que integran el sistema chileno de los delitos sexuales es posible distinguir dos grupos de infracciones: uno que claramente se orienta hacia la protección de intereses individuales, entre los que cabe mencionar los delitos de violación, estupro y abuso sexual; y otro, representado por aquellas conductas que, según el sentir de los redactores de la normativa, están encaminadas a la protección de intereses sociales —con un nítido sentido moral—, entre los que cabe incluir el incesto, el así llamado delito de sodomía, las figuras relativas a la prostitución y los ultrajes públicos a las buenas costumbres. Conviene examinar por separado estas dos realidades, con el objeto de establecer cuáles son los valores que sirven de fundamento al castigo en uno y otro caso; sin perjui-

cio que, en definitiva, concluyamos que las diferencias entre ambos grupos de infracciones son más aparentes que reales.

Entre los delitos que efectivamente tienden a la protección de intereses individuales figuran como rasgos comunes: el hecho que una persona se vea involucrada en un contexto sexual, y el que tal cosa se traduzca en la ejecución de una conducta susceptible de causar un detrimento físico, psíquico o emocional. No es, en cambio, un rasgo común a estas infracciones el hecho que la conducta sea ejecutada en un sentido contrario a la voluntad de la víctima, porque, como creemos haberlo demostrado,⁸⁸ el asentimiento del sujeto pasivo en algunos casos no impide la configuración del delito.

En relación con lo primero, si bien los tipos no exigen la efectiva comprobación de un daño, es claro que la ley considera la potencialidad de afectación de las diversas hipótesis conductuales que contempla. Sólo así se explica, por ejemplo, la coexistencia de los tipos de violación del artículo 361 y de abuso sexual del artículo 366 N° 1, los cuales, al demandar idénticas modalidades de ejecución, no ofrecen ninguna diferencia en orden al atentado contra la intimidad o contra la capacidad de autodeterminación que subyace en esas normas, sino que sólo difieren en cuanto a la conducta exigida en uno y otro caso: un acceso carnal y una acción sexual distinta de éste, respectivamente.

En los delitos de este grupo, en consecuencia, el objeto de tutela es *el derecho de las personas a no verse involucradas en un contexto sexual, en atención al daño –físico, psíquico o emocional– que tal experiencia puede ocasionar en el común de los seres humanos*. Entre las diversas fórmulas semánticas que la doctrina utiliza para expresar una idea como ésta, pensamos que la que mejor refleja su sentido es, simplemente, *derecho a la indemnidad sexual*. Esta, por cierto, nos parece más adecuada que la locución *intangibilidad sexual*, la cual si bien posee el mérito de expresar con gran exactitud la idea de que la persona es algo que no debe ni *puede ser tocado* con fines sexuales, no es, en cambio, suficientemente expresiva del estado de perturbación o el daño que una

⁸⁸ Vid. supra Cap. III, 2. c).

experiencia de esta índole produce en la víctima, el cual es un elemento determinante del desvalor que la ley atribuye a esta clase de infracciones.

B) SENTIDO Y ALCANCE

El detrimento en el cual se materializa el atentado contra la indemnidad sexual puede tener connotaciones físicas, psíquicas y emocionales. Respecto de lo primero, podrá consistir simplemente en el dolor o en las molestias que debe experimentar la víctima; como también es posible que se traduzca en un efectivo menoscabo de la salud, ya por obra de la simple ejecución de la conducta o del empleo de medios comisivos violentos. Incluso es posible que la acción produzca graves alteraciones en la personalidad y en la psiquis de la víctima. Desde un punto de vista emocional, en cambio, el detrimento puede materializarse en una amplia gama de emociones y sensaciones, entre las que cabría incluir el miedo, la rabia, el asco, la sensación de impotencia, el sentimiento de humillación, la repugnancia, etc.

En términos generales, existe acuerdo en la doctrina en orden a que no resulta materialmente posible dimensionar las reacciones o los daños inmediatos que puede ocasionar un ataque sexual, como tampoco resulta posible efectuar un pronóstico certero acerca de las consecuencias futuras o mediatas de ese mismo comportamiento.⁸⁹ Asimismo, es un hecho indiscutible que, a diferencia de lo que ocurre con los atentados contra la salud, no todas las personas reaccionan en la misma forma frente a una conducta agresiva o abusiva en el plano de la vida sexual, porque si bien es cierto que “la agresión sexual siempre altera el equilibrio psíquico del individuo (...) muchos de ellos retoman su normalidad pre-delictual sin dificultades, (en tanto que) otros hacen reacciones de personalidad, neurosis, conversiones somáticas, etc.”.⁹⁰

Desde otro punto de vista, no debe tampoco pensarse que el detrimento que produce un delito sexual se circunscribe a las

⁸⁹ Cfr. TAMARIT SUMALLA (1999), p. 2.

⁹⁰ ACHAVAL (1998), pp. 169-170.

secuelas físicas, psíquicas o emocionales que directamente emanan de la ejecución de la conducta, sino que también se expresa en una serie de efectos colaterales y secundarios, algunos de ellos con un contenido preponderantemente social. Porque “la vivencia criminal se actualiza, revive y perpetúa. La impotencia ante el mal y el temor a que se repita producen ansiedad, angustia, depresiones, procesos neuróticos. Al abatimiento se añaden no pocas veces otras reacciones psicológicas, producto de la necesidad de explicar el hecho traumático: la propia atribución de la responsabilidad o autoculpabilización. El entorno próximo a la víctima la señala, la etiqueta despreciativamente como persona ‘tocada’, como perdedor. La victimización produce aislamiento social y, en último término, marginación. Todo ello suele traducirse en una modificación de los hábitos y estilos de vida, con frecuentes trastornos en las relaciones interpersonales”.⁹¹ Lo anterior sin contar con lo traumática que puede resultar la experiencia de tener que revivir y ventilar ante los tribunales los pormenores de un suceso que, incluso por razones médicas y psicológicas, debería manejarse con un margen de privacidad mucho más amplio que el que normalmente se estima en estas circunstancias.⁹²

Por este motivo, lo que la ley considera y desvalora no es la efectiva producción de tales consecuencias o reacciones, sino la mera potencialidad de afectación que ella asigna a las distintas hipótesis conductuales que sanciona. Esto trae consigo dos importantes consecuencias: primero, que puede tenerse por configurado un ataque contra la indemnidad sexual, aun cuando la víctima no experimente ninguna reacción adversa frente a su involucramiento en un contexto sexual (y, más todavía, aunque experimente algún grado de placer o bienestar), porque a pesar de estas reacciones, es perfectamente posible –desde el punto de vista de las ciencias humanas– que la actuación del sujeto activo provoque algún tipo de detrimento que se exprese con posterioridad; y, se-

⁹¹ GARCIA-PABLOS DE MOLINA: *La aportación de la victimología...*, pp. 82-84.

⁹² En detalle sobre el particular, entre otros, BERTOLINO: *Violenza sessuale...*, pp. 393-394 y 400-401, y FARINELLI: *Aspetti forensi...*, pp. 377-378.

gundo, que también resulta lesionada la indemnidad sexual, aunque el sujeto pasivo no esté en condiciones de captar el sentido de la acción ejecutada, como sucede en el caso de la persona que se encuentra privada de razón.

C) FUNDAMENTOS

La Constitución obviamente no menciona ni regula de modo expreso lo que aquí denominamos *derecho a la indemnidad sexual*, como tampoco hace referencia a otros conceptos análogos, por ejemplo, los de libertad, intimidad e intangibilidad sexuales. Sin embargo, no cabe duda de que aquella noción sí cuenta con efectivo respaldo en la preceptiva constitucional, sobre todo si consideramos que para establecer la procedencia de tutelar penalmente un determinado interés no es necesario que éste figure de modo expreso en aquella normativa, “sino la asunción del mismo entre los valores explícita o implícitamente garantizados por la carta constitucional”.⁹³

La noción de *indemnidad sexual*, en estricto rigor, alude a un *estado de bienestar* relacionado con la forma en que cada cual asume la vida sexual, en atención a su edad, su desarrollo físico y psíquico, su orientación sexual, su escala de valores, su educación, su nivel de relaciones sociales y sus experiencias vitales previas. En estas circunstancias, no es más que una parte del conjunto de condiciones que la doctrina suele englobar bajo el concepto de *integridad personal* o de *incolumidad personal*;⁹⁴ o, por decirlo con otras palabras, alude a todo el cuadro de condiciones físicas, psíquicas y emocionales que forman parte de aquel concepto, pero referido a un aspecto concreto de la vida de relación, cual es el ejercicio de la actividad sexual. En consecuencia, la previsión constitucional del derecho a la integridad física, psíquica y moral de las personas, cubre también el aspecto concreto del *derecho a la indemnidad sexual*.

⁹³ GARCIA RIVAS: *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 47. Cfr. NOVOA: *Cuestiones del derecho penal...*, p. 119.

⁹⁴ Vid. supra, Cap. III, 5. a), b).

Este último valor no es equivalente a lo que algunos llaman *derecho a la intimidad sexual*, cuyo sentido ya ha sido explicado,⁹⁵ aunque en estricto rigor este último está incluido en aquél. Porque la *indemnidad sexual*, en efecto, presupone la existencia de un ámbito de privacidad referido al ejercicio de la actividad sexual, el que forma parte y al mismo tiempo condiciona el estado de bienestar en que aquél se concreta. Pero el concepto de indemnidad sexual tiene un sentido más amplio, pues incluye también la facultad de no verse expuesto a ningún tipo de daño o perturbación a consecuencia de los actos que pueda ejecutar un tercero, aspecto este último que no aparece convenientemente expresado con la sola referencia a la intimidad. Pero en tanto que presupuesto del derecho que en este momento nos ocupa, puede razonablemente sostenerse que la previsión constitucional del derecho a la intimidad es también un fundamento validante de la noción de indemnidad referida al plano sexual.

Por último, como consecuencia del *principio de autonomía ética del individuo* —el cual, como se explicó, es una derivación del reconocimiento del valor de la *dignidad humana*—,⁹⁶ nadie podría desconocer que las personas poseen una plena *capacidad de autodeterminación en el campo sexual*, de lo cual se sigue que la indemnidad sexual es un bien jurídico perfectamente disponible. En otras palabras, que el consentimiento válidamente emitido para la ejecución de un acto sexual prima sobre el interés estatal por proteger a la persona, aunque ésta efectivamente se vea expuesta a sufrir alguna forma de detrimento a raíz de la ejecución de ese comportamiento.

D) PROYECCIONES SISTEMÁTICAS

Una reforma del derecho penal sexual —ha escrito Klug— no entra en tierras vírgenes, sino que ha de enlazar con las tradiciones que han logrado afincarse en el ordenamiento jurídico y con

⁹⁵ Vid. supra Cap. III, 4. a), b).

⁹⁶ Vid. supra Cap. III, 3. b).

la forma en que la conciencia social percibe los criterios que inveteradamente han regido este sector del ordenamiento penal.⁹⁷ Desde este punto de vista, el parámetro de la *indemnidad sexual* sin duda ofrece una solución mucho más acorde con nuestras propias tradiciones jurídicas, entre las cuales se cuenta la opción legislativa de castigar en forma diferenciada los actos ilícitos de significación sexual, en atención a la lesividad intrínseca de cada comportamiento, y no en atención a si es más o menos intenso el ataque a la capacidad de autodeterminación de la víctima.⁹⁸ Porque si bien la historia legislativa de los países de nuestra área de cultura en ciertos períodos ha llegado a una total equiparación de los actos sancionados,⁹⁹ no es éste el criterio predominante en España desde la entrada en vigencia del Código Penal de 1848; ni en Chile, desde que la autoridad nacional adoptó como modelo para nuestro Código, precisamente, aquel referente español.

Si bien es cierto que nadie podría poner en duda que la noción de bien jurídico es esencialmente variable y, en este campo sobre todo, muy permeable a los cambios que experimentan las valoraciones sociales,¹⁰⁰ la noción de indemnidad sexual, en una medida mucho más intensa que cualquier otro de los valores que alternativamente se proponen como objeto de tutela, permite dar una respuesta coherente a semejante mutación de las actitudes sociales, precisamente porque actúa sobre la base de parámetros perfectamente graduables. Más destacable aún es que permite ponderar los distintos comportamientos sin tener que acudir a parámetros morales o culturales, sino sobre la base de criterios empíricos conforme al aporte de las ciencias humanas. Porque, por ejemplo, sólo el valor de la indemnidad sexual permite explicar el delito de sodomía que contempla el artículo 365 del Código Penal chileno como una forma de reprimir la potencialidad de una acción corruptiva y no como el simple castigo de la con-

⁹⁷ Cfr. KLUG: *Problemas de filosofía del derecho...*, p. 31. Sobre la importancia que para los pueblos y las personas tiene el criterio de la continuidad en materia de reformas legislativas, cfr., también, HIRSCH (1999), p. 232.

⁹⁸ Cfr. CADOPPI: *Comentario*, p. 34.

⁹⁹ Vid. supra Cap. II, 3. c).

¹⁰⁰ Cfr., por todos, HIRSCH (1999), pp. 216-217, y ROXIN (1997), pp. 57-58.

dición de homosexual que ostenta una persona, solución esta última a la que indefectiblemente llevan otros criterios, como el de la libertad y el de la intimidad sexuales.¹⁰¹

Desde otro punto de vista, el valor de la indemnidad sexual permite superar los graves inconvenientes dogmáticos y, al mismo tiempo, morigerar los excesos a que ha conducido la sobreestimación del valor de la libertad sexual; como, por ejemplo, el hecho –incomprensible desde la óptica de un ordenamiento fundado en la idea de bienestar de la víctima, pero muy explicable en un sistema basado en la noción de libertad sexual– que para la configuración de los delitos de violación y abuso sexual la mayor parte de la doctrina exija una actitud de *resistencia* de parte del sujeto pasivo.¹⁰²

En términos generales, el valor de la indemnidad sexual permite estructurar un sistema de esta clase de delitos dotado de gran coherencia y cohesión. De partida, ofrece la posibilidad de que todo este sector del ordenamiento penal esté concebido sistemáticamente sobre la base de un solo interés, precisamente porque aquel valor es un atributo que corresponde a todo ser humano, evitando así la necesidad de tener que recurrir a valores complementarios, como ocurre en el caso de los sistemas estructurados en torno a la idea de libertad sexual,¹⁰³ y haciendo posible el planteamiento de soluciones homogéneas, cualquiera que sea la víctima del delito. En este mismo sentido, permite establecer una diferenciación cuantitativa entre el desvalor del ataque sexual que tiene como sujeto pasivo a un menor y el del que tiene como víctima a un adulto, distinción que sólo puede explicarse en la mayor vulnerabilidad del primero.

Permite, por último, llegar a soluciones mucho más justas en orden a la determinación de la pena, especialmente a raíz de la posibilidad de aplicar criterios de mayor proporcionalidad. Porque si bien hay autores que sostienen que la equiparación de los distintos actos de significación sexual conlleva más protección para la víctima,¹⁰⁴ y al margen de lo discutible que pue-

¹⁰¹ Vid infra Cap. XI, 1.

¹⁰² En un sentido crítico, BERTOLINO: *Violenza sessuale...*, pp. 392-393; FIANDACA: *Prospettive di riforma...*, p. 409, y PADOVANI: *Commentario*, pp. 7 y 19-20.

¹⁰³ Vid. supra Cap. II, 2. b).

¹⁰⁴ En este sentido, por ejemplo, CADOPPI: *Commentario*, p. 34.

de resultar esta última afirmación, de lo que no cabe duda es que tal equiparación es injusta desde la perspectiva del autor del hecho delictivo. Siempre dentro de este mismo campo, el hecho de erigir la indemnidad sexual como objeto de tutela permite considerar, para efectos del castigo, el desvalor de los actos que tienden a doblegar la voluntad de la víctima; pero ya sin riesgo de atentar contra el principio *non bis in idem*.

E) INDEMNIDAD SEXUAL Y MORALIDAD PÚBLICA

La locución *indemnidad sexual* obviamente no aparece mencionada de modo expreso ni en los epígrafes ni en el texto de los artículos que componen el Título VII del Libro II del Código Penal chileno. Más aún, como ya sabemos, dicho Título se sigue denominando hasta hoy *Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública*. También es sabido que el texto punitivo chileno alberga varios delitos que claramente denotan la intención del legislador de conferirles un sentido básicamente moral, como las figuras relativas a la prostitución, el comportamiento sodomítico regulado por el artículo 365, el incesto y los llamados *ultrajes públicos a las buenas costumbres* (que incluyen la difusión de material pornográfico).

Si se acepta, según la opinión aquí sustentada, que el ordenamiento constitucional chileno impide el castigo de una conducta por razones estrictamente ideológicas, tendríamos que concluir que todas las figuras mencionadas en el párrafo precedente contravienen el texto de la Constitución y son, por esto mismo, inaplicables. Sin embargo, pensamos que el valor de la indemnidad sexual no sólo se proyecta sobre los delitos de violación, estupro y abuso sexual, sino que también es objeto de tutela en algunas de las figuras que la ley, aparentemente, concibe como atentados contra valores éticos, las cuales admiten una lectura y una aplicación conformes con las exigencias de la preceptiva constitucional.

En primer término, por lo que respecta al delito de favorecimiento de la prostitución –y al margen de los reparos que éste merece desde el punto de vista de la técnica legislativa¹⁰⁵, es

¹⁰⁵ Vid. infra Cap. IX, 1.

claro que la intención de la norma no es castigar la inmoralidad intrínseca del acto a través del cual se favorece el comercio carnal, sino proteger la indemnidad de la víctima, puesto que el artículo 367 del Código Penal chileno restringe la punición a aquellos casos en que la persona prostituida fuere menor de edad. Lo mismo cabe decir del tipo de sodomía del artículo 365, el cual, pese a que demanda la voluntad de ambos intervinientes, exige también que uno de ellos sea menor de edad, lo cual permite calificarlo como un tipo de corrupción, cuya razón de ser no es la inmoralidad que suele atribuirse a la realización de cualquier acto homosexual, y en especial al acceso carnal entre varones, sino el bienestar o la indemnidad sexual de la víctima.

Por lo que respecta ahora a las figuras de ultrajes públicos a las buenas costumbres, recordemos que los artículos 373 y 374 del Código Penal chileno contemplan dos figuras delictivas que tienen en común la exigencia de que un acto con contenido sexual se realice en presencia de otras personas que no hayan tomado parte en su ejecución. La amplitud de los términos que utiliza la ley, particularmente en el artículo 373, torna muy difícil la tarea de fijar el fundamento que ha tenido en vista el legislador al tipificar estas infracciones. Sin embargo, la opinión mayoritaria entre los autores nacionales considera que lo protegido es aquí el *pudor público*, entendiendo por tal los sentimientos predominantes en el seno de la comunidad en cuanto al ejercicio de la actividad sexual, porque “la exhibición pública de tal actividad es considerada ofensiva por la generalidad de los ciudadanos, y este sentimiento es el tutelado por la ley”.¹⁰⁶

Este planteamiento no sólo merece reparos en orden a sus fundamentos, sino que, además, trae consigo varias consecuencias que resultan inaceptables desde la perspectiva de un ordenamiento que privilegie a la persona por sobre cualquier consideración de índole social. De acuerdo con aquel planteamiento, en efecto, lo lesionado no sería el *pudor individual*, esto

¹⁰⁶ ETCHEBERRY (1998), IV, p. 86. En un sentido análogo, GARRIDO MONTT (1998), pp. 330-331. Hay autores que justifican el castigo de conductas similares a las que contempla el artículo 373 del Código Penal chileno, argumentando que ellas importan una actitud de desprecio hacia los demás. De esta opinión, por ejemplo, ROEMER: *Sexualidad, derecho y política pública*, p. 92.

es, el sentimiento de una persona en concreto, sino las expectativas sociales acerca de la forma en que cada cual ha de comportarse en su vida sexual. De acuerdo con esta interpretación, el artículo 373 no exigiría que el “hecho de grave escándalo o trascendencia” haya ofendido a persona alguna: sólo se requeriría que sea atentatorio contra las buenas costumbres y que haya trascendido o escandalizado a un grupo (que puede ser uno muy distinto de aquel que a lo mejor presencié el hecho). Asimismo, en el caso del artículo 374, la venta, distribución o exhibición de material pornográfico será merecedora de sanción aunque haya sido efectuada ante la total complacencia de quienes lo adquirieron o tuvieron a la vista, porque lo que le confiere carácter delictivo –según esta misma opinión– es el hecho que aquel material, de acuerdo con una valoración estrictamente social, sea contrario a las buenas costumbres.

Una interpretación de esta índole no puede ser admitida en el contexto de un ordenamiento jurídico respetuoso de la dignidad de la persona, en el cual el Estado, por imperativo constitucional, sólo puede ejercer la potestad penal a condición que exista un interés individual comprometido o un interés colectivo necesario para la realización espiritual o material del ser humano. De ahí que si queremos darles algún grado de aplicación a estos preceptos, resulte indispensable concebirlos como atentados contra la *indemnidad sexual de la persona*, y ajustar a este parámetro la interpretación que hagamos de cada uno de ellos. Porque de concebirse estas figuras como atentados contra las buenas costumbres o contra un supuesto pudor colectivo, no quedaría otro camino que plantear derechamente su inconstitucionalidad. En otras palabras, puede considerarse que los tipos contemplados en los artículos 373 y 374 del Código Penal tienen operatividad, a condición que se entienda que ellos llevan implícita la exigencia de que la conducta sancionada afecte a una persona en concreto y que lo castigado no es sólo el hecho de llevar a cabo una conducta moralmente reprochable.

Por último, respecto del delito de incesto, no cabe sino afirmar su inconstitucionalidad. Este planteamiento se funda en la ausencia de un interés al que podamos atribuir legítimamente la condición de objeto de tutela, con lo cual se vulnera la exigencia constitucional de lesividad o de necesaria afectación de

un bien jurídico;¹⁰⁷ y en el atentado que aquel delito implica para el valor de la dignidad humana, en cuanto instrumentaliza al individuo (que debe soportar la aplicación de una pena) en pro de la obtención de un interés estrictamente social: la pretensión de velar por que al interior de la familia se observe un comportamiento aceptable desde el punto de vista de los cánones morales imperantes. Todo ello, pasando por sobre la autonomía decisional del individuo, lo cual importa otra forma de transgredir el valor de la dignidad de la persona.

¹⁰⁷ En este sentido, ZAFFARONI: *Sistemas penales y derechos humanos...*, p. 27.

2007
c. A

LIBERTAD SEXUAL Y
ESTADO DE DERECHO EN CHILE
(Las Fronteras del Derecho Penal Sexual)

NICOLAS OXMAN VILCHES

Todos los derechos reservados.
Prohibida su reproducción, total o parcial,
incluyendo el diseño de la portada.
La compra de un libro fotocopiado es un acto ilegal
y puede ser penado por la ley.

© NICOLAS OXMAN VILCHES

© LIBROTECNIA
Agustinas 1442, Torre B, Of. 209, Santiago, Chile

Inscripción N° 166.415

Primera edición

Impreso en los talleres de Ril, Editores
en el mes de octubre de 2007

ISBN: 978-956-7950-63-8

IMPRESO EN CHILE



Se trata de una concepción del Derecho Penal que desde un punto de vista social entraña el riesgo de dotar la legislación de elementos reguladores de la voluntad humana, porque se parte de la base de la desobediencia al orden y a la falta de deberes que el Estado asigna a las personas, así la posición funcionalista radical pretende negar y relegar la idea del bien jurídico, porque lo importante para determinar la punibilidad de una conducta no está determinada por la forma en que se manifiesta “la contradicción con un valor, sino siempre, y sólo, por la lesividad social del comportamiento”,¹⁰⁰ lo que importa un decidido direccionismo porque la magnitud de la lesividad sólo depende del grado de reconocimiento y protección que asigne a la libertad el régimen político del Estado. En síntesis, no quiere reconocerse que el contenido de lo funcional se determina en relación a consideraciones de orden ideológico, toda vez, que se encubre u oculta la pretensión de conservar de un determinado sistema de valores y principios, sin tomar en cuenta los procesos interactivos, históricos y materiales de la sociedad.

III. REQUISITOS DEL BIEN JURÍDICO EN EL DERECHO PENAL SEXUAL

El primer requisito que debe cumplir un bien jurídico en el Derecho Penal sexual es el de estar dotado de una sólida estructura conceptual que le permita convertirse en un poderoso límite al poder punitivo del Estado, exigencia que debe cumplir todo bien jurídico.¹⁰¹

¹⁰⁰ COBO DEL ROSAL, Manuel, y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal...*, p. 290.

¹⁰¹ RODOLPHI, Hans Joachim, “Los diferentes aspectos...”, p. 330. Ampliamente, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, “Función y límites...”, p. 8.

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos es uno de los criterios más importantes mediante los cuales la dogmática penal puede limitar un ejercicio arbitrario e irracional del poder punitivo del Estado. Sin embargo, para que un bien jurídico pueda en sentido político criminal ser un bien jurídico-penal, se requiere que su tutela se haga en miras de la suficiente importancia social, de la efectiva y subsidiaria necesidad de tutela por parte del Derecho Penal.¹⁰² La suficiente importancia social ha de tener un contenido hacia lo individual, implica: primero, la separación del derecho de la moral, esto es, el respeto por parte del Estado Democrático a la autodeterminación ética de la persona, y también, el rechazo de toda idea que pretenda utilizar el Derecho Penal como instrumento de imposición de valores; segundo, consiste en la “exigencia de que los bienes jurídicos penales sean fundamentales para la vida social”.

En contra de esta tesis hay quienes, como *Bacigalupo*,¹⁰³ afirman que el contenido limitador de la punición no parte del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, sino que de los valores superiores del ordenamiento jurídico como la dignidad de la persona humana, sus derechos inviolables y su libre desarrollo, los cuales se encuentran plasmados en la Constitución, por ello critica la concepción de *Welzel*, en cuanto éste decía que el Derecho Penal debía ser entendido como un sistema configurador de costumbres, lo que atenta claramente contra el pluralismo y la libertad ideológica, entre otros valores significados en la Constitución.¹⁰⁴

¹⁰² Ampliamente, MIR PUIG, Santiago, “Bien jurídico...”, p. 209.

¹⁰³ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, 1999, Editor al Hamurabi, Buenos Aires, pp. 44-45.

¹⁰⁴ Sin embargo, Bacigalupo al negar como punto de partida el bien jurídico afirma que la función primordial del Derecho Penal es la configuración de una identidad de la sociedad, de tal forma que al Derecho Penal le correspondería tute-

Este punto de vista sería consecuente si la protección penal de bienes jurídicos consistiera en la "cosificación" de un determinado orden de valores, sin embargo, no lo es si se le otorga al concepto de bien jurídico un carácter dinámico y se asume que si bien es un criterio interpretativo indispensable, no es el único que se toma en cuenta para valorar el contenido del injusto.

Se critica el hecho de que el bien jurídico tenga desde una perspectiva de *lege ferenda* una virtud despenalizadora de ciertas figuras penales, puesto que muchas veces el reconocimiento penal de un bien jurídico mediante el establecimiento de un marco de delitos trae como consecuencia una expansión del Derecho Penal hacia la criminalización de nuevas conductas,¹⁰⁵ fenómeno al que sólo puede hacerse frente mediante la complementación del principio de ofensividad con los otros principios del Derecho Penal liberal, como el principio de subsidiariedad, el de dañosidad so-

lar las normas que establecen esa identidad. Si tomamos este punto de partida, no queda claro como la Constitución podría venir a establecer un límite material al poder punitivo, porque nada se dice sobre la forma en que se determina y establece en su estructura conceptual esa "identidad de la sociedad", nada obsta a que sea definida por quienes detentan el poder para imponer un determinado sistema de valores, normativizando pautas de conducta social no mayoritarias. *Ibid.*, p. 45. También niega la eficacia limitadora del concepto material de bien jurídico Hirsch, señalando que los cambios legislativos orientados a la despenalización de conductas contrarias a la moral sexual, se debió en Alemania a una reestructuración del concepto de merecimiento de pena, entiende además que el bien jurídico es una cuestión immanente al sistema penal, el que sólo puede ser delimitado a partir de las funciones de la pena y los principios de política criminal que determinan la legitimidad de la extensión de la intervención penal estatal. HIRSCH, Hans Joachim, "Acerca del Estado...", pp. 376 y ss.

¹⁰⁵ Por ejemplo, Hassemer sostiene "que el principio del bien jurídico por sí mismo no tiene la facultad de responder a la cuestión del merecimiento de pena, y que es ambivalente, y que, según cual sea la situación histórica de la legislación penal, puede pronunciarse tanto a favor de la criminalización como de la desincriminación". HASSEMER, Winfried, "Lineamientos...", p. 278.

cial, el de tolerancia, el de pluralismo, el de protección de la dignidad humana, y el de Derecho Penal de hecho. Solamente sobre esa base se pueden establecer criterios claros que permitan determinar el merecimiento de pena.¹⁰⁶

En este sentido, debemos insistir en la idea de que la determinación del bien jurídico es una cuestión política, un asunto de poder, una cuestión de fuerza al servicio de las ideas de los detentadores del poder penal. La misión de la dogmática es que la idea sea de Derecho.

La naturaleza política del bien jurídico es algo que niegan todos los autores que estructuran sus análisis desde un punto de vista inmanente para quienes el bien jurídico se construye sobre la idea de que son "intereses o finalidades de la sociedad que el legislador quiere proteger amenazado a quienes los ataquen con la aplicación de una pena",¹⁰⁷ sólo con la protección dispensada por el legislador esos intereses se convertirían en bienes jurídicos. Al no existir implicancias ni criterios de política-criminal, no queda claro si una elaboración dogmática así estructurada crea en la existencia de un límite material al poder punitivo del Estado, ya que supone anticipadamente que la teoría del bien jurídico no tiene en sí misma posibilidades de limitar el uso del Derecho Penal, debido a que estima como un dogma que "todo interés, toda finalidad o cualquier función del sistema social se puede considerar

¹⁰⁶ Esta es una crítica frecuente a la libertad sexual, respecto de la cual se afirma que su reconocimiento implica un aumento de la punición, después que ha cesado el movimiento de descriminalización de conductas; ello responde a una cuestión que es común a todo bien jurídico, de la cual deberé hacerme cargo más adelante, por el momento me limito a señalar que la elección del bien jurídico y el principio de exclusiva protección debe complementarse con otros principios, como los ya señalados, de cara al merecimiento de pena.

¹⁰⁷ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal...*, pp. 43-44.

un bien jurídico, la capacidad limitadora del concepto de bien jurídico, es en verdad, nula".¹⁰⁸

Una visión como la anteriormente expuesta debe ser rechazada porque el Derecho Penal no se construye al margen del modelo de Estado que se aplica, esa es la razón por la cual la dogmática no puede ser totalmente neutra, ni mucho menos puede desvincularse de la observación de la realidad social, porque sólo así es posible la revisión político-criminal de la ley penal vigente.

Hasta ahora se han realizado dos afirmaciones que constituyen el horizonte de la búsqueda de un concepto material de bien jurídico para el Derecho Penal sexual. La primera aseveración es que el bien jurídico *ha sido siempre una cuestión política*, y la segunda es que *sólo existe si puede ser un límite al poder punitivo*. Pero toca referirme a la base sobre la cual se construyen estos pilares, ella no es otra que situarse en el contexto de un Estado Democrático de Derecho, que contiene las pulsiones del Estado de policía.¹⁰⁹

El derecho penal (ley penal) no protege ningún bien jurídico, sino que confisca y amenaza todos los existentes, porque la ley penal es una parte del sistema penal y, por lo de más, la más importante puesto que es aquella que está destinada a provocar la ilusión de legitimidad en el ejercicio del poder punitivo, aunque esa legitimidad sea sólo formal. La norma penal es el resultado de un proceso de selección de conductas respecto de las cuales el Estado desea

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 44.

¹⁰⁹ El problema del bien jurídico es ante todo una cuestión ideológica y política. Vid., MUNOZ CONDE, Francisco, en Prólogo al libro de Hormazábal Malarée, *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, PPU, 1999, Barcelona, pp. 1 a IV. Críticamente sobre este punto en cuanto se califica el punto de partida como una concepción política del Estado. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, nota 2. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, pp. 44 y ss.

conminar a sus ciudadanos —bajo la amenaza de una pena— a que se comporten conforme a derecho, pero esa selección de conductas no protege ningún bien jurídico, sino que amenaza con vulnerar todos los existentes mediante la puesta en marcha de un sistema penal al margen del Estado de Derecho. El Derecho Penal (ciencia) es un poder que ejercen los juristas para contener el ejercicio del poder punitivo del Estado, en la medida que reconoce que aquél siempre es ejercido en forma selectiva, arbitraria y ajena a la esencia de los derechos humanos. Entonces queda claro que el Estado Democrático de Derecho puro o ideal no existe, si no en la medida en que dentro de él se aloja un Estado de policía que es necesario contener para preservar el Estado democrático de derecho.¹¹⁰

En forma más matizada puede decirse que la función de la dogmática se conecta con la interpretación de los tipos penales desde la óptica de un derecho "tutelador, protector y conservador de bienes e intereses constituidos, y no como un orden meramente imperativista, regulador de voluntades individuales".¹¹¹

Para demostrar que el bien jurídico es una cuestión política, basta con indagar en los motivos que detonaron el de rúbrica en el Título VII del Libro II del Código Penal, al cual se le ha agregado el bien jurídico integridad sexual.¹¹² Pues no supone que el legislador y, por consiguiente, el Estado haya renunciado a la búsqueda de imposición de principios éticos, toda vez que no se suprimen las perturbadoras referencias al orden de las familias y la moralidad

¹¹⁰ Estas ideas en ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal...*, p. 21. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Concepto y Método de la Ciencia del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 17 y ss.

¹¹¹ COBO DEL ROSAL, Manuel, y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho Penal...*, p. 299.

¹¹² Vid., *supra*, Cap. I. VII.

pública. Ello expresa que valorativamente se continúa coartando la libertad individual, ahora de forma encubierta, porque por un lado se elige y se incorpora un bien jurídico cuyo contenido y estructura conceptual es de dudosa raigambre social, con lo cual derechamente se opta por simbolismos ante que por verdades, lo que se halla en el seno de un manifiesto consenso político con los sectores más conservadores que en forma grosera y burda intentan instrumentalizar su sistema de valores mediante la norma penal.

El Estado Democrático de Derecho impone como condicionamiento estructural la constante revisión de su aparato punitivo, de modo que sea reducido al mínimo indispensable, porque la decisión de criminalizar un conflicto social involucra la asimilación del fracaso de las políticas sociales destinadas a la solución responsable de los mismos. En esta afirmación se envuelven a lo menos dos ideas, que vienen en complementar las anteriores: la primera consiste en que *el proceso de criminalización es el resultado de una relación dialéctica y contradictoria entre poder punitivo y libertad humana*; la segunda es que *el examen del sistema penal reclama la vinculación directa del legislador con la persona y su realidad social*, dado que de otra forma se estaría confundiendo el mundo del “ser” con el “deber ser”.¹¹³

¹¹³ “La confusión de la realidad con la idea”, HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, “Política penal...”, p. 334. Como afirma Zaffaroni, el Derecho Penal se ha construido sobre datos sociales científicamente falsos que no ha considerado la sociología sino el Derecho Penal. “Con ello ha consagrado una subordinación total del Poder Judicial al poder político partidista: desde una tesis abiertamente idealista y por un autor identificado con la ideología de la seguridad nacional, se ha sostenido que el dato social sólo puede tenerse en cuenta por el teórico (y, por ende, por el juez) sólo en la medida en que el legislador lo haya incorporado, considerando toda otra incorporación como ideologización política del saber penal, lo que, con toda coherencia, lleva a concluir que es pseudocientífica cualquier crítica a las instituciones totales. Más recientemente —y en otro contexto ideológico— se ha observado que

La dogmática suele desconocer el hecho de que la decisión de punir una conducta es esencialmente una cuestión de naturaleza política y, por ende, un asunto dialéctico, donde desde un punto de vista democrático y pluralista ha de reclamarse por la vigencia y consagración máxima de las libertades individuales. La negación de las estructuras de poder se demuestra en la circunstancia que los dos grupos de tesis que tratan de explicar la naturaleza del bien jurídico de cara al sistema penal, sólo señalan en forma aparente lo que se protege, ya que “no hacen más que expli-

la incorporación de los datos sociales al derecho penal requiere de un momento valorativo, lo que es discutible, pero aún admitiéndolo, debe reconocerse que su exclusión también lo requiere. Es inevitable que la construcción jurídica importe un ordenamiento de ideas en el marco general de concepción del mundo, es decir, una ideología en sentido positivo: “las penas más graves disminuyen el número de delitos”, “penando a los ladrones se tutela la propiedad”, “los locos son peligrosos”, “el reincidente es más peligroso que el primario”, “la pena disuade”, “la ejecución penal resocializa”, “todos son iguales ante la ley”, “el único que establece penas es el legislador”, “la intervención punitiva tiene efecto preventivo”, “la prisión preventiva no es una pena”, “si se tipifica una conducta disminuye su frecuencia”, “el consumidor de tóxicos prohibidos se convierte en delincuente”, “todo consumidor de tóxicos es traficante en potencia”, “la pena estabiliza el derecho”. Todas estas proposiciones acerca de la realidad del comportamiento humano no están sometidas a verificación, pero se les suele dar por verdaderas en el derecho penal, sin ese requisito elemental de relativa certeza científica, no como mero complemento periférico del discurso sino como fundamento mismo de éste. Se trata de proposiciones que pueden ser verdaderas o falsas (eso no importa de momento), pero cuyo valor de verdad corresponde que sea establecido por la ciencia social por los métodos que le son propios. Lo curioso es que quienes las postulan, mientras no se cuestione el valor de verdad de cualquiera de ellas, no las consideran proposiciones sociológicas, pero en cuanto se pretende cuestionarlas, rechazan el argumento aduciendo que se trata de una indebida intromisión de una ciencia del ser en el campo de la ciencia del deber ser. Esta es la mejor demostración del error metodológico que consiste en inventar datos sociales falsos como propios del saber jurídico y rechazar los datos sociales verdaderos, argumentando que son sociológicos, recurso que lleva, en definitiva, a subordinar al juez a cualquier arbitraria invención del mundo del legislador ilusionado o alucinado”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal...*, p. 23.

car o legitimizar ideológicamente a la ley penal, pero distan mucho de dar una concepción material de bien jurídico".¹¹⁴ En el fondo, intentan fundamentar desde la teoría de la pena todo el sistema penal, escondiendo que esa legitimación es siempre servicial a un modelo de Estado. Lo que intento decir es que paralelo a la legitimación de la pena —y, por ende, del sistema penal— camina la legitimación de un determinado concepto de bien jurídico.

Para complementar y fortalecer el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, se debe sostener que el Derecho Penal sexual ha de estar dotado de un bien jurídico que sea *expresión de la nítida distinción entre moral y derecho*.¹¹⁵ Sólo así es posible reconocer que éste posee y está dotado de autonomía valorativa frente a la primera, porque precisamente esa distinción es la que impone el deber de que el legislador fundamente y justifique las prohibiciones y los castigos, como también establece la base sobre la cual está permitido decir que el legislador dicta leyes inmorales o injustificadas,¹¹⁶ porque no ha de olvidarse que todo derecho que imponga una moral es inmoral.¹¹⁷

Como señala *Hormazábal*, rescatar el concepto material de bien jurídico con la sola finalidad de excluir la moral constituye una meta bastante pobre,¹¹⁸ se requiere además que esa exclusión de un poder de *lege lata* a la dogmática, por ejemplo *Rodolphi*¹¹⁹

¹¹⁴ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, "Política penal...", p. 335.

¹¹⁵ Así, COBO DEL ROSAL, Manuel, y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal...*, p. 299.

¹¹⁶ Sobre la autonomía del derecho penal respecto de la moral, ampliamente, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón...*, p. 460.

¹¹⁷ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, "Función y límites...", p. 17.

¹¹⁸ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, "Consecuencias político-criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en *Revista de Derecho* de la Universidad Austral de Chile, vol. XIV, julio de 2003, p. 127.

¹¹⁹ RODOLPHI, Hans Joachim, "Los diferentes aspectos...", pp. 336-337.

explica que respecto del antiguo parágrafo 181 del *StGB*, que castigaba el favorecimiento de comportamientos sexuales lesivos del pudor y del sentimiento de moral, que bajo su forma agravada castigaba la relación sexual paterna filial, existían dos criterios u ópticas sobre las cuales construir la interpretación: el primero de ellos consistía en un punto de vista individual y tangible, bajo el cual sólo eran punibles las acciones en que existe un abuso de una relación de protección, sobre una víctima que sea menor de edad; la segunda consistía en castigar la mera inmoralidad, como lo hacía el Tribunal Supremo Alemán, fundamentando el castigo en el mero peligro de que los padres favorezcan o creen oportunidades para que un hijo realice acciones de esta especie.

Lo mismo ocurre con la criminalización de la homosexualidad. Cabe preguntarse si la incriminación de las conductas homosexuales puede ser considerada inconstitucional. Antes de dar una respuesta considero que se hace necesario clarificar a qué tipo de conductas homosexuales me estoy refiriendo, como es lógico quedan excluidas de mis consideraciones las relaciones sexuales sodomíticas entre adultos, más explícitamente las relaciones sexuales carnales con penetración anal libremente consentida entre personas mayores de 18 años, porque el legislador a partir de la reforma de 1999, las considera penalmente irrelevantes, al no existir ningún bien jurídico de orientación hacia lo individual que resulte lesionado.¹²⁰ En esta línea he de señalar que mis apreciaciones sobre la homosexualidad están en directa relación con la conducta descrita en el artículo 365 del Código Penal. Esta figura no es una especie de corrupción de menores ni mucho menos una modalidad del abuso sexual, es derechamente un castigo de la homose-

¹²⁰ Vid., *supra*, Cap. II.

xualidad que el legislador ha pretendido esconder mediante una fórmula artificial que hace referencia a la conducta del delito de violación y es inconstitucional, por las consideraciones que haré en su oportunidad. Asumimos que la respuesta no parece ser sencilla porque puede sostenerse que en su castigo está siempre presente un interés público comprometido, porque la moral ejerce una función limitadora del derecho al libre desarrollo de la personalidad, argumento que fue utilizado por el Tribunal Constitucional alemán.¹²¹

El Derecho Penal sexual ha de partir de un bien jurídico que cumpla con la función exegética de nutrir o dotar de contenido democrático al injusto,¹²² que sea tan poderoso que pueda sobreponerse a la pérdida —en la práctica judicial— de eficacia limitadora en el campo de la antijuridicidad material de cara a una interpretación de *lege data*, que otorgue criterios dogmáticos claros que permitan señalar en qué casos se recurre a un verdadero bien jurídico y en qué casos no se hace otra cosa que identificarlo con la *ratio legis* de la norma. Porque resulta común que un amplio sector de la dogmática restrinja el bien jurídico, casi exclusivamente a la función de sistematización de los tipos de los delitos sexuales, cuan-

¹²¹ RODOLPHI, Hans Joachim, “Los diferentes aspectos...”, p. 341. La razón jurídica sobre la cual se fundamentaba el castigo de la homosexualidad entre adultos en Alemania, radicaba en el hecho de que el artículo 2 de la Ley Fundamental Alemana, condicionaba el libre desarrollo de la personalidad al respeto a la ley moral. Vid., BACIGALUPO, Enrique, “Nuevos principios...”, pp. 16-17.

¹²² TERRADILLOS BASOCO, Juan, “La satisfacción de necesidades...”, p. 129. “La importancia del concepto de bien jurídico presenta una doble faceta: una, que afecta a su utilidad para la interpretación de los tipos penales (interpretación teleológica); y otra, referida a los criterios y límites con que el legislador puede crear nuevos tipos penales —o hacer desaparecer los ya existentes”. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Presupuestos para una teoría...”, p. 413. Cumple una función dogmática de dar contenido al injusto, ya que no hay delito sin afectación de un bien jurídico. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, “Función y límites...”, pp. 26-27. RODOLPHI, Hans Joachim, “Los diferentes aspectos...”, p. 329.

dó en realidad esa labor tampoco es “aséptica en lo ideológico y viene condicionada por consideraciones valorativas prelegales”.¹²³

En el plano del Derecho Penal sexual resulta difícil determinar cuál es ese núcleo material común a todas las figuras, por lo que no es de extrañar que muchas veces sea mejor o más cómodo recurrir a la *ratio legis*, y así afirmar que el legislador no consagra un único concepto de bien jurídico, sino que varios según sean los requerimientos sociales que se han tenido en cuenta al elaborar la norma penal, de tal forma que puede castigar lo que quiera y la dogmática sólo limitarse a legitimar el actuar legislativo, como afirma *Rudolphi*, “con esto el bien jurídico ha sido despojado de todo contenido material. Como tal es un concepto apto para recibir cualquier contenido, y no es, por lo tanto, otra cosa que una forma de pensamiento del *sentido y fin de las prescripciones penales particulares*”;¹²⁴ por tanto, pierde toda capacidad limitadora, no presentando ninguna utilidad que escape de lo estrictamente normativo, de lo formal, en oposición a una búsqueda del contenido real de la materialidad del injusto.

El pluralismo, la autonomía ética del ser humano y la tolerancia, como valores de la sociedad democrática, demandan una política criminal de *ultima ratio*, que haga frente a los deseos de imponer valoraciones de la sexualidad mediante el Derecho Penal. En esta línea *Terradillos* afirma que “no resulta admisible una reforma penal que pretenda imponer ordenes éticos que no sean los inevitablemente derivados de los bienes jurídicos que ella misma reconozca. La realización de fines trascendentes no compete al Derecho Penal, ni tampoco puede éste buscar la corrección moral coactiva de los ciudadanos, por estar ello en irresoluble contradic-

¹²³ TERRADILLOS BASOCO, Juan, “La satisfacción de necesidades...”, p. 129.

¹²⁴ RODOLPHI, Hans Joachim, “Los diferentes aspectos...”, p. 335.

ción con la consideración de los mismos como moralmente maduros e intelectualmente ilustrados".¹²⁵

El hecho de que el Derecho Penal sea utilizado como un medio para imponer valoraciones de la sexualidad desde el poder, que se desconfíe excesivamente en que los jóvenes y los adultos puedan ejercer un control social autónomo, responde al deseo impuesto por los controladores del poder de intentar estandarizar, según la ideología moral que se supone imperante en toda la población; pero que carece de consideraciones sobre las realidades empíricas de valoración de lo sexual.

En el Derecho Penal sexual el proceso de selección de las conductas punibles que el legislador desea sancionar —si ha de respetar el carácter fragmentario del Derecho Penal— debe basarse en algo más que un simple fundamento ético o divino, puesto que junto con ser expresión de una relación de contradicción que la sociedad no ha podido superar por sí misma, debe ser sinónimo de un auténtico injusto penal que lesione gravemente los bienes jurídicos que dan sustrato material de legitimidad a los procesos de criminalización primaria.¹²⁶

El principio de *ultima ratio*, implica una constante revisión de la necesidad de castigar penalmente las conductas que en un principio se estimaban como lesivas de intereses espirituales, pero que ahora desde el punto de vista del Estado Democrático de Derecho resultan penalmente innecesarias, dado que no son compatibles con el sistema constitucional en el cual se encuentran hoy insertas. No se puede negar que en los casos en que se criminalizan esferas de actuación de la libertad sexual individual, lo que se

¹²⁵ TERRADILLOS BASOCO, Juan, "La satisfacción de necesidades...", p. 126.

¹²⁶ O bien expresión de dañosidad social que en sus efectos lesivos trasciende el conflicto entre autor, víctima y daño individual. Así, MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, "El principio de intervención...", p. 110.

produce es una hipertrofia penal, que más que reconocer bienes jurídicos termina utilizándolos demagógicamente para fines políticos, que en su aparente búsqueda idiotizada de seguridad termina tarde o temprano desencadenando el terror penal.¹²⁷ Lo mismo ocurre en los casos en que el legislador crea un bien jurídico que no reconoce su sustrato en las relaciones de disponibilidad de la vida diaria, en esos casos no se hace otra cosa que confiscar paulatinamente libertades en función de garantizar valores de dudosa raigambre social; en fin, se controla jurídico-penalmente a la población mediante el Derecho Penal.

El Estado de Derecho debe fundamentar y probar que la creación de un delito responde al principio de necesidad de pena, esto es, que la criminalización de una conducta o las modificaciones del ámbito de lo punible no signifiquen restricciones arbitrarias al ejercicio de la libertad sexual, en este sentido ha de asumir que la imposición de una pena no es la única, ni tampoco la mejor respuesta de la que dispone el ordenamiento jurídico para dar protección de la sociedad; por consiguiente, no se debe esperar la punición de todo el abanico posible de conductas que se consideraran capaces de poner en peligro o de lesionar la libertad sexual, sino sólo los ataques más graves y serios a dicho bien jurídico.

Estas alusiones a los principios de *ultima ratio* y fragmentariedad del Derecho Penal, contrastan con la observación de la realidad de la actual política penal legislativa, en donde se constata una tendencia a la elaboración de leyes penales cuya finalidad es crear más delitos sexuales, anticipando las fronteras tradicionales de punición, agravando las penas ya existentes, o creando nuevas esferas de peligrosidad.¹²⁸

¹²⁷ Así, *ibid.*, p. 112.

¹²⁸ Así, MIR PUIG, Santiago, *Introducción...*, p. 111.

Hasta aquí se ha expuesto que la decisión de penalizar una conducta se ve limitada por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, esto quiere decir que para elevar a la categoría de bien jurídico-penal una determinada relación directa, concreta y dialéctica destinada a la satisfacción de una necesidad humana que surge en la base social, dotándola de protección penal, para lo cual es necesario que exista un juicio de valoración de carácter político criminal, el que opera como filtro para que sólo ingresen al proceso de criminalización primaria las conductas que atenten en las formas más groseras contra dichos bienes jurídicos.

Una vez que ha operado el señalado filtro el Estado Democrático de Derecho les asigna una pena proporcional a la lesión o la puesta en peligro de dicho bien, tomando en cuenta el aspecto material de valoración social. Ocurrido este proceso, la dogmática penal debe otorgar criterios que permitan a las agencias de control penal develar en qué casos el legislador no se abstuvo de restringir la libertad humana, porque se trata de una norma que implica la consagración encubierta de una moral tutelada por el Derecho Penal. A su vez, se debe establecer en qué casos el proceso dio por resultado un exceso de intensidad de protección o se penalizaron conductas en la frontera del principio de intervención penal mínima. Pero ni aun así se justifica la decisión plasmada en la ley de penalizar una conducta,¹²⁹ se requiere todavía que opere el Derecho Penal otorgando criterios que permitan otorgar seguridad jurídica para proteger los bienes jurídicos que se ven amenazados por el crecimiento incontrolado del poder punitivo.¹³⁰

¹²⁹ Quienes sostienen la teoría de la prevención general positiva, sostienen que aquí opera "el derecho positivo, que atribuye tanto a la pena como a la medida de seguridad la función de protección de los bienes jurídicos por medio de la prevención de delitos, el fundamento del *ius puniendi* sólo puede hallarse en la necesidad de protección de la sociedad". *Ibid.*, p. 99.

¹³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal...*, p. 54.

* El uso restrictivo del Derecho Penal sexual, en el Estado Democrático de Derecho, reclama la necesidad de un concepto político criminal de bien jurídico dotado de una solidez conceptual que permita distinguirlo claramente de valoraciones morales, que sea expresión de legitimidad, de verdadera relevancia jurídico-penal.¹³¹

La búsqueda de un bien jurídico para el Derecho Penal sexual resulta tortuosa, porque implica desenmascarar al legislador y a la vez discutir con un nutrido sector tradicional de la doctrina, que se limita a señalar un concepto formalista de bien jurídico, aunque la mayoría de las veces intenten utilizar el Derecho Penal para expandir sus propias valoraciones de la sexualidad, disfrazándolas bajo la idea de que son las concepciones morales "dominantes" o bien que constituyen lo que se ha venido en llamar pautas de conducta social "mayoritarias". Con este punto de vista no se hace otra cosa que pervertir el concepto de bien jurídico, a fin de "mantener el status, de reaccionar frente a todo lo que signifique progreso y de conservar a toda costa la actual situación".¹³²

Según veremos más adelante, muchas de los tipos penales esconden la intención política de normativizar conductas sexuales. Es decir, ocultan la imposición instrumentalizada, institucionalizada y formalizada de modos o esquemas de comportamiento genérico que se suponen interiorizados por la generalidad de la población, como juicios de valor que motivan las actuaciones individuales en el ejercicio de la sexualidad, desconociendo que la mayoría de estos intentos se ven frustrados por la ausencia de la pretendida coincidencia entre la motivación individual y la general.¹³³

¹³¹ Vid., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Dolores, "Los límites...", p. 96.

¹³² MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, serie Maestros del Derecho Penal, Editorial B de f, 2ª edición, Buenos Aires, 2001, pp. 92-93.

¹³³ Vid., Díez Ripollés, José Luis, *Exhibicionismo, Pornografía y otras Conductas Sexuales Provocadoras. La Frontera del Derecho Penal Sexual*, Bosch, Barcelona, 1982, pp. 136 y ss. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción...*, p. 97. Quien recuerda que

Se trata de buscar un concepto de bien jurídico que en el campo de los delitos sexuales permita a los individuos su autorrealización en la vida social y que por otro lado sea expresión de confianza, respeto, interacción comunicativa tolerante y pluralismo en sede democrática.¹³⁴

En conexión con lo anterior, es necesario hacer una última afirmación: *La libertad es la base sobre la cual se estructura todo el Derecho Penal sexual*, ella en general consiste en un poder intrínseco a la naturaleza humana de hacer todo lo que no perjudica a los demás, y que no tiene otros límites que aquellos que los mismos miembros de la sociedad establezcan mediante la ley para el disfrute de ese derecho.¹³⁵ No es el objetivo de este trabajo hacer consideraciones filosóficas respecto a la libertad, basta con decir que al Derecho Penal le corresponde limitar el ejercicio del poder arbitrario del Estado, en cuanto la ley ha de tutelar “la libertad interior como presupuesto no sólo de la vida moral sino también de su libertad exterior para realizar todo lo que no esté prohibido. Observado en sentido positivo, se traduce en el respeto de la persona humana en cuanto tal y en la tutela de su identidad, incluso desviada, el abrigo de prácticas constructivas, inquisitivas o correctivas dirigidas a violentarla o, lo que es peor, a transformarla; y equivale, por ello, a la legitimidad de la disidencia e incluso a la

esta situación es propia de las sociedades poco democráticas en donde se desvirtúa constantemente el concepto de bien jurídico. El legislador al incriminar una conducta debe explicar el sustrato empírico sobre el cual fundamenta la criminalización o des-criminalización de una conducta, como señala Hassemer, “sólo podría establecer una pena para aquello que ‘efectivamente’ amenazara un bien jurídico (y no que, por ejemplo, contraviniera las convicciones valorativas dominantes, como en el caso de la moral sexual general)”. HASSEMER, Winfried, “Lineamientos...”, p. 277.

¹³⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción...*, pp. 90 y ss. MIR PUIG, Santiago, *Introducción...*, p. 123.

¹³⁵ Vid., artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

hostilidad frente al Estado; a la tolerancia de lo distinto, al que se reconoce su dignidad personal; a la igualdad de los ciudadanos, diferenciables solo por sus actos, no por sus ideas, sus opiniones o su específica diversidad personal”.¹³⁶

Entonces, lo importante es que el poder punitivo no confisque la libertad con normas no pluralistas o poco democráticas, esto es, que no se entrometa en las relaciones de disponibilidad y de autodeterminación, que respete ese “espacio social necesario para la realización de las personas, para que cada habitante haga lo que quiera para llegar a ser lo que elige ser, siempre que no genere un conflicto con otro bien jurídico total o parcialmente ajeno”.¹³⁷

La libertad de los seres humanos es un presupuesto fundamental del ordenamiento jurídico constitucional, así lo demuestran los artículos 1, 5 y 19 N° 3 inc. 7 de la Constitución, al respecto se debe señalar que si el derecho penal (ley) ha de limitar la libertad del ser humano debe hacerlo lo menos posible, porque lo esencial es que las normas penales sean expresión íntegra del respeto a los derechos fundamentales. Ellos sólo pueden ser limitados en sede penal para salvaguardar ciertos intereses que junto con tener relevancia constitucional son asumidos socialmente; por tanto, el principio de intervención mínima y el principio de ofensividad reclaman que en la selección de las conductas punibles el legislador ha de justificar que éstas sean trascendentes para los demás, que afecten la libertad ajena; se impone que no se castigue lo meramente inmoral, antiético o antiestético a los ojos de quienes detentan el poder.¹³⁸

¹³⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón...*, p. 481.

¹³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Prologo al libro *Delitos contra la Libertad*, Luis Nino y Stella Martínez, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 12.

¹³⁸ Estas ideas en CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal: Concepto...*, pp. 34-36 y 209.

Si se asume que el Derecho Penal debe cumplir con garantizar los principios constitucionales de un Estado Democrático de Derecho, tanto en el plano netamente formal como en el ámbito material, se está postulando como pilar fundamental la imposibilidad de indicar a las personas valores éticos de comportamiento sexual distintos de la libertad y responsabilidad del ser humano en el ejercicio de su sexualidad. Ello se debe a que en el Estado de Derecho las personas asumen comunicativamente la existencia de un cierto respeto de las condiciones de igualdad necesarias para el mantenimiento de la seguridad jurídica suficiente para lograr su pleno desarrollo individual.

La afirmación anterior suele ser matizada señalando que los menores no tienen el suficiente desarrollo volitivo para comprender la verdadera esencia de la libertad sexual; por consiguiente, carecen de la capacidad de elegir libre y responsablemente en aquél plano. Sin embargo, lo anterior deja de ser cierto si se parte de una reorientación en el contenido de la estructura conceptual de la libertad sexual, ya que, si se dejan de lado los fundamentos metafísicos referidos al mundo de los valores espirituales, y si se parte de un concepto de libertad sexual que diga relación con la satisfacción de necesidades existenciales, se llega necesariamente a la conclusión de que los menores tienen libertad sexual.

Si no se estaría dejando a los menores fuera de todo ejercicio autónomo de la sexualidad, respecto de la cual es necesario recordar que más que una cuestión carnal se vincula con un aspecto del desarrollo individual; es una cuestión de autorrealización personal en la esfera vital.

Según dijimos, todo bien jurídico es el resultado de un proceso interactivo, dinámico y dialéctico. Los menores tienen derecho al ejercicio de su sexualidad en libertad. El Derecho Penal no puede inmiscuirse en el proceso individual de autodescubrimiento de la sexualidad en libertad, no puede el *ius puniendi* paralizar

las relaciones individuales dinámicas de valoración de lo sexual, proceso dentro del cual participarán no sólo jóvenes sino también adultos, que dentro de la sociedad democrática incidirán según su autodeterminación cultural en la valoración de lo sexual. El autoconocimiento de la sexualidad es un proceso que se vincula en sede psicológica con el desarrollo individual y con la satisfacción de necesidades existenciales no sólo individuales, porque la sexualidad en su base social es un proceso comunicativo que se comprende de forma diferente según sea la etapa de desarrollo de la vida.¹³⁹

El Estado no puede pretender que los bienes jurídicos se mantengan incólumes, no puede buscar la intangibilidad sexual absoluta de los jóvenes, porque la sexualidad es un proceso de interacción comunicativa y como tal ha de aceptarse que la misma puede estar expuesta a ciertos peligros propios de la vida diaria. No se puede prescindir ni desconocer la interacción y el proceso de autodescubrimiento de la sexualidad en libertad, ya que ello es algo útil a la sociedad democrática.¹⁴⁰

¹³⁹ Vid., ERIKSON, Erik, *El Ciclo Vital Complementado*, Paidós, México, 1985, *passim*; DEL MISMO: "Ocho estadios del hombre", en *Infancia y Sociedad*, Lumen-Hormé, Buenos Aires, 1990, pp. 222-247.

¹⁴⁰ Esto lo grafica Cuello Contreras con relación al tráfico vial: "El Estado no puede pretender la intangibilidad de los bienes jurídicos (si así fuere, y quisiese evitar a toda costa los peligros para la vida e integridad de las personas, prohibiría la circulación automovilista (con la consiguiente paralización de la vida)), sino más bien que los ciudadanos se comporten de tal manera que la eventual lesión del bien jurídico no tenga su origen en el querer deliberado del hombre (comportamiento doloso) o en la falta de cuidado debido para evitarlo (comportamiento imprudente)". CUELLO CONTRERAS, Joaquín, "Presupuestos para una teoría...", p. 462.

EL RETORNO DE LA INOCUIZACIÓN

El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos *

*Jesús-María Silva Sánchez
Catedrático de Derecho penal
Universidad Pompeu Fabra*

1. Introducción

1.El término “inocuízación” del delincuente nos suena a antiguo¹. Su innegable vinculación al positivismo criminológico y su práctico abandono en la teoría de los fines del Derecho penal del último medio siglo hace que no se encuentren apenas referencias al mismo en los textos que dan cuenta de la discusión continental europea al respecto. Ello, con independencia de la existencia, en mayor o menor medida, de instituciones como, por ejemplo, la “custodia de seguridad” (Sicherungsverwahrung) alemana, orientadas básica, aunque no exclusivamente (pues la dimensión resocializadora nunca se excluye de tales consecuencias jurídicas), a la inocuízación de delincuentes habituales. Frente a ello, debe reconocerse, sin embargo, que la inocuízación (incapacitation) nunca estuvo fuera de la discusión norteamericana en relación con los fines de la pena. Muy al contrario, al tratarse allí de un

* Abreviaturas utilizadas. ACLR: American Criminal Law Review; AP: Actualidad penal; CLR: Cornell Law Review; MSCHRKRIM: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform; NJW: Neue Juristische Wochenschrift; STV: Strafverteidiger; UPLR: University of Pittsburg Law Review; ZSTW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft;

¹ Como es sabido, en von Liszt constituía uno de los tres fines de la “pena funcional” en términos preventivo-especiales (Zweckstrafe): la intimidación individual se dirigía al delincuente ocasional; la resocialización, al delincuente reiterado corregible; y la inocuízación, al delincuente de estado incorregible. Cfr., por ejemplo, VON LISZT, “Der Zweckgedanke im Strafrecht” (1882), en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, Berlin 1905, pp. 126 y ss., 164 y ss., 166 y ss., con palabras durísimas: “Wie ein krankes Glied den ganzen Organismus vergiftet, so frisst der Krebschaden des rapid zunehmenden Gewohnheitsverbrechertums sich immer tiefer in unser soziales Leben”. Por tanto: “Gegen die unverbesserlichen muss die Gesellschaft sich schützen; und da wir köpfen und hängen nicht wollen und deportieren nicht können, so bleibt nur die Einsperrung auf Lebenszeit (bzw. auf unbestimmte Zeit)”.

debate en el que la ponderación de costes y beneficios económicos ha desempeñado siempre un papel relevante, también ha subsistido la disposición a considerar argumentos que justificaran la utilidad de la inoquización de determinados grupos de delincuentes. En las últimas décadas, esta tendencia ha experimentado un auge considerable, a partir de dos fenómenos: uno, legislativo, la proliferación de las leyes “three strikes”²; el otro, doctrinal, la difusión de las teorías de la inoquización selectiva (selective incapacitation)³.

2. De este modo, la inoquización del delincuente, si es que alguna vez abandonó la discusión norteamericana, lo que —como se ha indicado— es más que dudoso, ha vuelto a situarse en el centro de la discusión político-criminal de aquella cultura jurídica. A los fines aquí pretendidos, no es necesario profundizar en los aspectos que distinguen la orientación contemporánea a la inoquización de la que tuvo lugar en los Estados Unidos a principios de siglo. Baste una mención al respecto: por un lado, el grupo de los sujetos sobre los que básicamente se proyecta la pretensión inoquizadora es signifi-

² Sobre las leyes “three strikes” en Estados Unidos, que incorporan el conocido principio “three strikes and you’re out”, cfr. , de modo general, ROTMAN, El concepto de prevención del delito, AP 43/1998, pp. 839 y ss., 854 y ss; GRASBERGER, “Three Strikes and You Are Out”. Zu neuen Strafzumessungsansätzen bei Wiederholungstätern, ZStW 110 (1998), pp. 796 y ss.

³ Cfr. GREENWOOD/ABRAHAMSE, Selective Incapacitation, Santa Monica 1982; un resumen de los criterios de Greenwood puede hallarse en VON HIRSCH/ ASHWORTH (ed.), Principled Sentencing, Boston 1992, p. 163, nota 5.

La premisa mayor de la teoría de la inoquización selectiva es que resulta posible individualizar a un número relativamente pequeño de delincuentes (*high risk offenders*), respecto de los cuales cabe determinar que han sido responsables de la mayor parte de hechos delictivos y predecir que lo seguirán siendo. De modo que la inoquización de los mismos —esto es, su retención en prisión el máximo tiempo posible— conseguiría una radical reducción del número de hechos delictivos y, con ello, importantes beneficios al menor coste. Expresado en términos contables: recluir 2 años a cinco delincuentes cuya tasa predecible de delincuencia es de 4 delitos por año, “ahorra” a la sociedad 40 delitos y le cuesta 10 años de prisión. En cambio, si esos mismos diez años de prisión se emplean en recluir 5 años a dos delincuentes cuya tasa predecible de delincuencia es de 20 delitos por año, el “ahorro” social es de 200 delitos; y así sucesivamente. Con ello, la “selective incapacitation” muestra significativas ventajas económicas frente a la indiscriminada, o ciega, “general incapacitation”.

Evidentemente, la teoría de la inoquización selectiva plantea —como, en general, las tesis inoquizadoras— problemas de fundamentación empírica, por un lado, y de legitimación axiológica (proporcionalidad), por el otro. Sobre el debate al respecto, cfr. BLACKMORE/ WELSH, Selective Incapacitation: Sentencing According to Risk, en *Crime & Delinquency*, October 1983, pp. 504 y ss.; también, los trabajos de WILSON, VON HIRSCH y TONRY, en VON HIRSCH/ ASHWORTH (ed.), Principled Sentencing, pp. 148 y ss., 158 y ss., 165 y ss. En lengua castellana, es excelente el análisis de OTTAVIANO, “Selective Incapacitation”. “El retorno de la inoquización al pensamiento penal norteamericano contemporáneo, Prudentia Iuris” (*Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”*) 49, mayo 1999, pp. 137 y ss., especialmente 150 y ss., 154-155.

⁴ En su día éstos habían sido básicamente delincuentes habituales contra la propiedad; ahora, en cambio, son delincuentes violentos. Por otro lado, se señala que la base ideológica del recurso a tales métodos también ha cambiado; a principios de siglo, se justificaba desde perspectivas de Estado social, mientras que ahora se trata de un enfoque neoliberal. En fin, el método de abordaje de la cuestión de la peligrosidad se ha visto sustancialmente modificado. Sobre estos extremos, cfr. la exposición de PRATT, Dangerousness, “Risk and Technologies of Power”, en *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 28, 1995, pp. 3 y ss; El mismo, “Governing the Dangerous: an Historical Overview of Dangerous Offender Legislation”, en *Social & Legal Studies* 5 (1996), pp. 21 y ss.

cativamente distinto⁴; por el otro, el método de la predicción de peligrosidad para determinar los sujetos que, precisamente, han de ser inocuizados, también ha cambiado radicalmente⁵.

3. Sea como fuere, mi opinión es que el fenómeno no es casual. Por el contrario, el “retorno” de la inocuización se halla en perfecta sintonía con la evolución ideológica general de la Política criminal; y no sólo de la Política criminal norteamericana. En dicha evolución cabe advertir varios elementos determinantes. Así, a mero título de ejemplo, por un lado, el creciente desencanto, fundado o no, en torno a las posibilidades de una intervención resocializadora del Estado sobre el delincuente⁶. Y por otro lado, la elevadísima sensibilidad al riesgo y la obsesión por la seguridad que muestran amplios grupos sociales⁷. Así, parece estar sentada la base ideológica de los planteamientos inocuizadores. Uno de los más significativos es el que se refiere al ámbito, especialmente sensible, de los delincuentes sexuales⁸. En lo que sigue, se trata de examinar cómo las tesis de la inocuización se han ido desarrollando en dicho ámbito en la reciente legislación norteamericana y, también, aunque en menor medida, en la alemana.

⁵ Los métodos predictivos basados en el análisis psicológico individual de responsabilidad o peligrosidad han sido sustituidos por otros de naturaleza actuaria (*actuarial justice*), de modo que el delito pasa a ser abordado con las mismas técnicas probabilísticas y cuantitativas que, en el ámbito de los seguros, por ejemplo, se utilizan para la gestión de riesgos. Ello supone recurrir al método estadístico, tomando como base determinados indicadores, cuya cuantificación es el punto de partida para emitir pronósticos de peligrosidad sobre grupos o clases de sujetos, sin necesidad de entrar en estudios de la psicología del individuo concreto. Sobre esta noción, en la que se basa la llamada, en los Estados Unidos, “*New Penology*”, existe ya una muy extensa bibliografía. Cfr., por ejemplo, Reichman, “Managing Crime Risks: Toward an Insurance Based Model of Social Control”, en *Research in Law, Deviance and Social Control*, 8, 1986, pp. 151 y ss.; Feeley/ Simon, *The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications*, *Criminology*, vol. 30, nº 4, 1992, pp. 449 y ss.; Feeley/Simon, *Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law*, en Nelken (ed.), *The Futures of Criminology*, London 1994, pp. 173 y ss.; Ottaviano, *Prudentia Iuris* 49, pp. 146-147.

⁶ Un desencanto que es ideológico, pero no sólo ideológico. Quiere indicarse con ello que también es posible que influya la voluntad de reducir las inversiones en tratamientos de resocialización (lo que explica, por ejemplo, el que nunca llegaran a implantarse en Alemania los establecimientos de terapia social previstos en la reforma penal de aquel país de los años sesenta y setenta). Tal reducción de inversión en el ámbito penitenciario es coherente con la reducción del gasto público propia de la crisis de los Estados del bienestar. Claro es que se pensará que la inversión en resocialización es eficiente, en el sentido de que, al menos a medio plazo, reduce los costes sociales derivados de la comisión de delitos. Pero los análisis a medio plazo no siempre son propios de la política de gestión de la crisis, a la que asistimos.

⁷ De ello me he ocupado en mi libro *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid 1999, al que me permito remitir en este punto.

⁸ Es discutible que la evidente sensibilidad social ante este grupo de delitos se corresponda con un incremento real de su producción, así como con la existencia en ellos de tasas de reincidencia superiores al común de los delitos. Cfr. Rosenau, “Tendenzen und Gründe der Reform des Sexualstrafrechts”, *StV* 1999, pp. 388 y ss., p. 390, donde se pone de manifiesto que en la última década las cifras permanecen esencialmente constantes; y p. 392, donde se pone de manifiesto que la tasa de reincidencia es ciertamente elevada pero no sustancialmente distinta de la general. Cfr. asimismo el informe de Schall/Schreibauer, *Prognose und Rückfall bei Sexualstraftätern*, *NJW* 1997, pp. 2412 y ss., 2413.

2. La evolución de la Política criminal norteamericana en las reacciones frente a los delincuentes sexuales violentos.

1. Hasta los años setenta y ochenta, el mecanismo más significativo de intervención sobre los delincuentes sexuales imputables peligrosos en Estados Unidos era el llamado “civil commitment”, esto es, su internamiento indeterminado en centros psiquiátricos con fines de tratamiento. Esta fue, en efecto, la línea que abonaban las llamadas “Sexual Psychopath Acts” (leyes de “psicópatas sexuales”) y que, como se advierte, conducían a una sustancial equiparación de los sujetos imputables estimados peligrosos con los inimputables, asimismo peligrosos. Sin embargo, lo cierto es que las referidas disposiciones sufrieron crítica tanto desde las perspectivas garantistas, como desde las defensas. Así, desde las primeras, se manifestaba que el hecho de que a tales sujetos, mentalmente no enfermos, se les sometiera supuestamente a tratamiento psiquiátrico, suponía una incongruencia. Además, se objetaba que los psiquiatras implicados en tales instituciones tendían a mantener su diagnóstico de peligrosidad (overpredicting dangerousness), para no correr el riesgo de que tuvieran lugar nuevos delitos tras la concesión de la libertad al delincuente⁹. De este modo, lo cierto era que la duración del internamiento psiquiátrico indeterminado podía acabar siendo vitalicia –y de hecho lo era en la gran mayoría de los casos–¹⁰. Estas y otras consideraciones condujeron al progresivo abandono de la referida orientación, avalada, además, finalmente por la sentencia del Tribunal Supremo recaída en el caso *Foucha vs. Louisiana*¹¹. Pero lo significativo es que las consideraciones garantistas tenían, en su oposición al “civil commitment”, el insospechado apoyo de las tesis más defensas. Así, desde esta otra perspectiva, se había criticado el estado de cosas vigente, manifestando el temor de que los delincuentes sexuales pudieran eludir duras condenas de prisión en virtud de un internamiento, que se sospechaba breve¹², en centros de tratamiento, que además habían de resultar –en opinión de los críticos– en general inefectivos¹³.

2. Como consecuencia de lo anterior, en los años noventa se empieza a difundir un modelo legislativo distinto, que expresa de modo claro el aban-

⁹ Cfr. Alexander, “The Civil Commitment of Sex Offenders in Light of *Foucha vs. Louisiana*”, en *Criminal Justice and Behavior*, vol. 20, n° 4, December 1993, pp. 371 y ss.,

¹⁰ “Horwitz, *Sexual Psychopath Legislation: Is There Anywhere to Go but Backwards?*”, *UPLR* 57 (1995), pp. 35 y ss., 45.

¹¹ Supreme Court of the United States, *Terry Foucha, petitioner vs. Louisiana* (18 de mayo de 1992).

¹² Pues, de hecho, bastaría con que los psiquiatras responsables del centro en cuestión revocaran el pronóstico de peligrosidad para que el sujeto quedara en libertad. Claro es que esta hipótesis, como se ha indicado, no era muy realista, pues los referidos psiquiatras, aunque sólo fuera para eludir cualquier responsabilidad en caso de nueva comisión de hechos delictivos tras la puesta en libertad, tendían a mantener de modo permanente el pronóstico de peligrosidad.

¹³ Horwitz, *UPLR* 57 (1995), p. 47.

dono de la anterior orientación (pretendidamente) terapéutica y la acogida de una línea claramente punitivista e inocuizadora¹⁴. Esta línea, iniciada por la “Sexually Violent Predators Act” del Estado de Washington (1990)¹⁵, se va extendiendo a lo largo de la última década por un gran número de estados norteamericanos. La estructura del nuevo modelo de consecuencias jurídicas para delincuentes sexuales violentos es, de nuevo, muy sencilla: si el delincuente es estimado peligroso, tras el cumplimiento de la pena se le impone una medida de seguridad acumulativa de inocuización¹⁶. No se trata, pues, de la imposición de una “medida de seguridad” en lugar de la pena, sino de su imposición después de la pena¹⁷. No es necesario que se constate una situación de habitualidad o, al menos, una reincidencia de pasado. Los únicos requisitos son que se trate del autor de un delito sexual violento; que haya afectado, al menos, a dos víctimas; y que exista un pronóstico de reincidencia futura.

3. Como se ha indicado, este modelo se diferencia del anterior en que separa claramente la pena de la medida de seguridad posterior. Así, un modelo de internamiento indeterminado (en principio, orientado en términos resocializadores, pero con una importante dimensión inocuizadora) se ve sustituido por una pena regida por el principio de proporcionalidad, a la que se suma una medida regida por el principio de inocuización¹⁸. Expresado en términos de nuestra discusión: se trata de un sistema dualista, con ejecución de la medida con posterioridad a la pena y duración indeterminada de aquella¹⁹. Ciertamente, resulta difícil no identificar en el tránsito de un modelo al otro el paso de una ideología terapéutica a una ideología neoclásica de “just deserts” a la que, en la lógica de los movimientos defencistas de “law and order”, se le suman elementos adicionales de inocuización²⁰.

4. El cambio conceptual no dejaba de implicar, sin embargo, el mantenimiento de las mismas tensiones garantistas que, en su día, dieron lugar a que se dictara la sentencia *Foucha vs. Louisiana*²¹. En efecto, en el plano empírico

¹⁴ El giro ha sido estudiado y expresado con claridad y concisión por Horwitz, UPLR 57 (1995), pp. 40 y ss.; Walther, Umgang mit Sexualstraf Tätern: Amerika, Quo Vadis? *Vergewisserungen über aktuelle Grundfragen an das (deutsche) Strafrecht*, MschrKrim 80 (1997), pp. 199 y ss., 205 y ss.

¹⁵ Un detallado análisis en Greenlees, *Washington State's Sexually Violent Predators Act: Model or Mistake*, ACLR 29 (1991), pp. 107 y ss. Sobre su origen coyuntural, en un clima de conmoción pública, Greenlees, ACLR 29 (1991), pp. 108-110; Horwitz, UPLR 57 (1995), p. 48-49.

¹⁶ Cfr. HORWITZ, UPLR 57 (1995), p. 37.

¹⁷ Cfr. GREENLEES, ACLR 29 (1991), p. 110.

¹⁸ Sobre el papel prácticamente nulo de la reinserción, que, por otro lado, se ve muy dificultada por el hecho de que la medida se cumpla con posterioridad a la pena, Horwitz, UPLR 57 (1995), pp. 55-56.

¹⁹ Con claridad, Horwitz, UPLR 57 (1995), p. 50.

²⁰ Horwitz, UPLR 57 (1995), p. 62: “As the public began to cry out for longer sentences for convicted criminals, criminologists began to focus on the retributive and incapacitative aspects of criminal punishment, abandoning much serious discussion of rehabilitation and deterrence”; y p. 64: “By the 1990s, incapacitation had emerged as ‘the principal justification for imprisonment in American criminal justice’.”

²¹ Lo subraya WALTHER, MschrKrim 80 (1997), p. 207.

la nueva legislación también ha de afrontar el problema de las dificultades en la predicción de la peligrosidad o de la reincidencia, sobre todo cuando el sujeto tan sólo ha realizado un hecho delictivo²². Y, en el plano valorativo, la vaguedad de los términos de la ley determina que sea muy complejo determinar con precisión en qué casos debe procederse a imponer el internamiento una vez cumplida la pena²³. Así pues, las dudas sobre la constitucionalidad del modelo están seriamente fundadas²⁴.

5. Por lo demás, el sistema dualista que se acaba de reseñar se completa con una serie de medidas adicionales, todas ellas ordenadas a garantizar la neutralización del delincuente, esto es, a asegurar que el mismo no volverá a ser fuente de riesgos para la comunidad. En esta línea se mueven, en primer lugar, las medidas de supervisión y control posteriores al cumplimiento de la condena (supervised release, parole) y establecidas en la propia sentencia. Con ellas se pretende mantener bajo control el momento, especialmente delicado, de reintegración en la sociedad del delincuente; pero no puede ignorarse que en algunos estados tienen una duración perpetua. Asimismo, en segundo lugar, la aplicación, durante el período de ejecución de la pena privativa de libertad, de tratamientos hormonales, convencionalmente denominados “castración química”²⁵. En tercer lugar, los deberes de registro de ex-delinquentes sexuales, en ocasiones asimismo de duración vitalicia, y que fueron introducidos en la Jacob Wetterling Crimes Against Children and Sexually Violent Offender Registration Act²⁶. A

²² Cfr. Greenlees, *ACLR* 29 (1991), pp. 111 y ss., 116: “The result will be lifetime commitment for most, if not all, individuals labeled as sexually violent predators”.

²³ Entre otros aspectos, cfr. Greenlees, *ACLR* 29 (1991), pp. 121 y ss. Cfr. también, de modo general, Berg, Give me Liberty or Give me Silence: Taking a Stand on Fifth Amendment Implications for Court-ordered Therapy Programs, *CLR* 79 (1994), pp. 700 y ss.

²⁴ Trata de proponer un modelo legislativo más garantista, dentro del propio esquema de las leyes actualmente vigentes, HORWITZ, *UPLR* 57 (1995), pp. 66 y ss. Sus características serían la exigencia de condena previa, el juicio cualificado de peligrosidad establecido por ley, una cierta proporcionalidad (duración máxima y relación con el delito cometido), etc.

²⁵ Estos tratamientos, que en principio son opcionales, pueden llegar a ser obligatorios en caso de reincidencia. Cfr. la descripción y análisis, en términos básicamente escépticos, de Hicks, “Castration of Sexual Offenders. Legal and Ethical Issues”, en *The Journal of Legal Medicine* 1993, pp. 641 y ss. Con todo, debe subrayarse que los tratamientos hormonales parecen ganar adeptos entre los políticos. Así, el diario *EL PAÍS* de 1 de septiembre de 1999 da cuenta de que el Partido Popular austriaco (OVP) propone, en su programa de Política criminal, la castración química de los autores de delitos sexuales contra niños, como requisito de su excarcelación al final del cumplimiento de la condena de prisión.

²⁶ La “Jakob Wetterling Act” fue introducida en 1994, como parte de la “Violent Crime Control and Law Enforcement Act”. Cfr. un análisis detallado de las características y problemas constitucionales de esta ley en LEWIS, “The Jacob Wetterling Crimes Against Children and Sexually Violent Offender Registration Act: An Unconstitutional Deprivation of the Right to Privacy and Substantive Due Process”, en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 31 (1996), pp. 89 y ss.. La cuestión fundamental la describe correctamente en los siguientes términos: “At the core of the debate over sex offender laws lies a fundamental tension between the desire to protect society –especially children– from perceived or actual recidivists and the constitutional obligation to protect the basic rights and liberties of all members of society, particularly the rights and liberties of those whom society despises” (p. 90).

partir de esta ley, en efecto, los diversos estados de la Unión tienen la obligación de dictar leyes que, a su vez, impongan a los penados por delitos sexuales violentos o realizados sobre menores el deber de inscribirse en los correspondientes registros públicos²⁷. Por fin, en la misma línea se mueve el “Community Empowerment” (o *Community Notification*)²⁸, esto es, el sistema de notificación a una determinada comunidad (el vecindario en el que vive el sujeto) de los datos obtenidos en virtud del deber de registro²⁹. El conjunto de medidas resulta enormemente revelador de los extremos a los que puede llegar la supuesta lógica de la “seguridad colectiva”, a la hora de restringir derechos individuales y estigmatizar al sujeto³⁰.

3. Aspectos de la nueva política criminal alemana en materia de delincuentes sexuales peligrosos. La “Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten” de 26 de enero de 1998.

1. Lo anterior podría ser visto con distancia como mera manifestación de la siempre peculiar política criminal norteamericana; pero, aunque así fuera, el juicio pecaría de temerario, al minusvalorar la enorme influencia que dicho modelo acaba teniendo en todo el mundo, y en particular en Europa, como consecuencia de la universalización de los patrones culturales del “American Way of Life”. Sin embargo, lo cierto es que la Política criminal europea, si bien desde luego no alcanza los extremos descritos para la norteamericana, empieza a mostrar rasgos significativos en esa misma dirección³¹. Baste, para

²⁷ Una de las más conocidas es la de New Jersey, la Sexual Offender Registration Act de 1994, conocida como “Megan’s Law”, en memoria de una niña asesinada. Cfr., al respecto, LEWIS, *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review* 31 (1996), pp. 114 y ss. Un examen del problema desde una perspectiva general en HEBENTON/THOMAS, “Sexual Offenders in the Community: Reflections on Problems of Law, Community and Risk Management in the U.S.A., England and Wales”, en *International Journal of the Sociology of Law*, 24, 1996, pp. 427 y ss.

Estas disposiciones han tenido eco en la prensa europea, española en particular, al advertirse la posibilidad de acceder a través de internet a fichas de delincuentes sexuales que ya cumplieron su condena, en las que se da cuenta de todo tipo de datos personales de los mismos. Por lo demás, el criterio parece que trasciende del ámbito de los delincuentes sexuales. En este sentido, el diario *LA VANGUARDIA* de 27 de octubre de 1999 da cuenta de la decisión del alcalde de Manchester de publicar nombre, apellidos, dirección y fotografía de delincuentes, ya juzgados e incluso que ya hayan cumplido condena, en su día descubiertos en flagrante delito por las cámaras de circuito cerrado instaladas en el centro de la ciudad. El argumento: “...la inmensa mayoría de los ciudadanos de Manchester respetan la ley y pagan sus impuestos y tienen derecho a conocer los nombres y apellidos de quienes ponen en peligro su bienestar y seguridad, y no aceptan las reglas del juego”.

²⁸ También prevista en la Jakob Wetterling Act.

²⁹ Sobre todo ello, con referencias, Walther, *MschKrim* 80 (1997), pp. 209 y ss.; crítica en pp. 217 y ss.

³⁰ En efecto, la cuestión, vista desde la perspectiva de los derechos individuales, es si el delincuente que ha cumplido su condena no tiene un derecho a la privacidad sobre los hechos que dieron lugar a la misma. Expresado de otro modo, si acaso el Estado podría declarar ilimitado el período de vigencia de los antecedentes penales, así como hacerlos públicos.

³¹ Hasta el momento, en Europa se detectan desde luego tan sólo cambios de alcance más limitado que el modelo norteamericano. Así, en Gran Bretaña en la Crime (Sentences) Act de 1 de octubre de 1997, se

ejemplificarlo, la referencia a la legislación vigente en Alemania desde 1998 en materia de reacciones frente a los delincuentes sexuales³². Su *leit motiv* es, como en el caso norteamericano, la maximización de la idea de seguridad³³, aunque, a diferencia de lo que sucede en aquel país, no se abandona la dimensión resocializadora del tratamiento. Esta idea rectora conduce a reducir los requisitos de la “custodia de seguridad” (Sicherheitsverwahrung), consecuencia jurídica (medida posterior a la pena) no limitada por el principio de culpabilidad, sino por consideraciones de eliminación de la peligrosidad, aun cuando no se excluya el tratamiento. La pretensión de esta reducción es doble: de una parte, desvincular a la institución de su ligamen tradicional con la habitualidad, o a la sucesión de hechos delictivos³⁴, de manera que, en la nueva regulación, es posible imponerla ya con ocasión de la primera condena del sujeto; de otra parte, eliminar su ya limitada vinculación con un criterio de proporcionalidad, al ser posible su duración indeterminada (más allá del límite de los diez años de duración que preveía el régimen derogado) en caso de que exista un riesgo de violencia (§ 66, III StGB)³⁵. Por lo demás, en la misma línea inciden las nuevas disposiciones relativas a la libertad vigilada (vigilancia de conducta, Führungsaufsicht), que se pueden adoptar en la fase de tránsito hacia la plena libertad (§ 68 StGB) y cuya duración, de dos a cinco

establece una reclusión a perpetuidad para el caso de un segundo delito grave (por ejemplo, agresión sexual a un menor), de la que sólo se puede prescindir en el caso de ausencia total de peligrosidad del sujeto, y que, en la práctica viene a corresponder a la custodia de seguridad. En Francia, por su parte, la Loi n° 98-468 de prevención y represión de delitos sexuales así como de protección de menores tiene como novedad más importante la previsión una nueva pena accesoria, posterior al cumplimiento de la condena, de tratamiento socio-terapéutico bajo supervisión judicial, así como la posible imposición de otras medidas (arts. 131-36-1 y ss *Code pénal*). Por tanto, la orientación parece atribuir prioridad al tratamiento sobre la inocuización. En Italia, en lo que alcanzo a ver, la situación sigue siendo la clásica (arts. 199 y ss. del *Codice penale*), de modo que los delincuentes sexuales peligrosos pueden ser sometidos a una medida de seguridad posterior al cumplimiento de la pena, sin que, al parecer, exista institución alguna que esté orientada de modo expreso a la reinserción de los mismos. El caso español es conocido: no existen medidas de inocuización de delincuentes sexuales imputables y peligrosos para después del cumplimiento de la pena; es más, los propios delincuentes sexuales inimputables se someten (como los demás inimputables) a una medida sujeta al estricto principio de proporcionalidad con el hecho. Tampoco existen medidas específicas de tratamiento más allá de las propias del tratamiento penitenciario; en concreto, no existen medidas de tratamiento obligatorio para la fase de la libertad condicional ni tampoco para el momento posterior al licenciamiento definitivo del penado.

³² Sobre sus rasgos esenciales, Schöch, *Das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten* vom 26.1.1998, NJW 1998, pp. 1257 y ss.; Rosenau, StV 1999, pp. 393 y ss..

³³ Su causa próxima se halla, según todos los indicios, en el impacto producido en la sociedad alemana por tres casos de muertes de niños a manos de delincuentes sexuales: Schöch, NJW 1998, pp. 1257 y ss.

³⁴ No hay que olvidar que la custodia de seguridad se estimaba tradicionalmente como una de los últimos recursos de necesidad de la política criminal: Rosenau, StV 1999, p. 396. La mayor flexibilidad que establece la nueva regulación para la imposición de consecuencias jurídicas asegurativas o inocuizadoras se estima vulneratoria del principio de proporcionalidad por Boetticher, *Der neue Umgang mit Sexualstraf-tätern-eine Zwischenbilanz*, MschrKrim 81 (1998), pp. 354 y ss., 364-365.

³⁵ Cfr. una referencia a la polémica que ha rodeado la introducción de esta nueva regulación, con una valoración favorable, en Schöch, NJW 1998, pp.1261-1262.

años, puede también convertirse en indeterminada si no se cumplen las instrucciones que se establezcan y puede constatarse, por otro lado, la persistencia de peligro.

2. La propia lógica de la seguridad conduce a restringir las posibilidades de aplicación de ciertas medidas de flexibilización de las reacciones jurídico-penales, que tradicionalmente se habían inspirado en criterios de resocialización³⁶ (así, por ejemplo, la libertad condicional)³⁷. O, en todo caso, a condicionar la concesión de la libertad condicional o de la libertad vigilada a la aceptación de un tratamiento terapéutico³⁸. Otras disposiciones de carácter, éstas sí, directamente resocializador son las contenidas en la reforma del § 9 de la Ley Penitenciaria (*Strafvollzugsgesetz*), relativas al ingreso de penados –y en el marco del cumplimiento ordinario de la condena– en instituciones de terapia social, siempre que sean susceptibles de tratamiento.

3. El modelo tiene una base ideológica muy clara: la sociedad, incluso en el caso de ciertos delincuentes no habituales, cuyo delito haya tenido, sin embargo, una especial incidencia, por el número de víctimas, por ejemplo, renuncia a asumir porcentaje alguno del riesgo de reincidencia. Todo el riesgo se hace recaer sobre el autor, quien de este modo es sometido a intervenciones asegurativas de la máxima intensidad. La adecuación de este modelo al principio de proporcionalidad resulta más que discutible³⁹.

4. Perspectivas.

1. El debate acerca de las consecuencias jurídicas específicas de la sociedad de la inseguridad no ha hecho, probablemente, más que empezar⁴⁰. El ámbito, especialmente sensible, de los delincuentes sexuales, no es, en este punto, sino la punta del “iceberg”. Lo que, en todo caso, parece obvio es que la absolutización de la seguridad como objetivo político-criminal conduce a la reconstrucción de un Derecho de la peligrosidad. Expresado de otro modo: se vuelve a replantear, para sujetos imputables, el recurso a medios de aseguramiento cognitivo, junto a la pena como mecanismo de aseguramiento contrafáctico de la vigencia de la norma. No en vano, en la reciente discusión

³⁶ Un informe de expertos sobre el modo de proceder con tales delincuentes es el titulado *Sexualstraftäter im Massregelvollzug –Grundfragen ihrer therapeutischen Behandlung und der Sicherheit der Allgemeinheit–*, en *MschKrim* 79 (1996), pp. 147 y ss.

³⁷ Cfr. Schöch, *NJW* 1998, pp. 1258 y ss.

³⁸ Schöch, *NJW* 1998, p. 1260.

³⁹ Críticamente, Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung, *Stellungnahme zum “Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten”*, *MschKrim* 81 (1998), pp. 368 y ss.

⁴⁰ Para el caso de los delincuentes sexuales, señala Horwitz, *UPLR* 57 (1995), p. 66: “...it seems highly probable that the trend towards the reenactment or greater use of sexual psychopath statutes will continue in an unabated fashion”.

político-criminal británica el objeto del debate se centra ya en si debe o no esperarse a la producción de un hecho lesivo para proceder a arbitrar una reacción, cuando resulta que existen las bases para formular un juicio de peligrosidad⁴¹. Esto es, se ha reabierto incluso el debate en torno a las reacciones predelictuales, llámense éstas medidas de seguridad o no.

2. Esta situación obliga, según creo, a analizar de nuevo –lo que parecía definitivamente superado– si el principio de peligrosidad puede legitimar realmente (y hasta qué punto) una intervención restrictiva de derechos sobre el sujeto activo. En la discusión sobre el nuevo Derecho de la peligrosidad (postdelictual o no), lo importante, en mi opinión, es advertir y valorar el hecho de que el mismo se concibe como derecho de estricta seguridad frente al futuro (puramente preventivo) y no de respuesta frente al pasado. En cambio, estimo menos relevante la cuestión relativa a la etiqueta de las reacciones cognitivas que se establezcan: civiles (“civil commitment” ha sido su denominación en los Estados Unidos), penales o administrativas. Esta cuestión de la etiqueta de la reacción (no se olvide: cognitiva) ha enzarzado, en cambio, a la doctrina española en los últimos años, y acabó influyendo sobre el Código de 1995⁴².

3. Lo cierto es que, en el caso de los inimputables, el principio de peligrosidad evidentemente sí legitima la restricción de derechos. Y su limitación por un principio de proporcionalidad absoluta con el hecho cometido es sólo aparente. En efecto, tras la obligada finalización de la medida de seguridad jurídico-penal ex art. 6.2 CP español, si la peligrosidad del sujeto lo hace preciso la restricción de derechos del mismo puede continuar por la vía del internamiento civil de los incapaces.

4. La pregunta es, entonces, si en el ámbito de los delincuentes imputables la consideración de la peligrosidad carece de todo sentido. Expresado en otros términos, si la estricta medida de la culpabilidad por el hecho define el límite de cualquier intervención restrictiva de derechos (penal o extrapenal) sobre el sujeto. El alejamiento de la legislación española actualmente vigente de cualquier consideración como las reseñadas no debe conducir a engaño. En efecto, existen indicios significativos de que en la sociedad no se comparte

⁴¹ De hecho, la predelictualidad ya era característica de algunas de las antiguas “Sexual Psychopath Acts” norteamericanas: Horwitz, UPLR 57 (1995), p. 40 nota 27, 61.

⁴² En efecto, el Código de 1995, al acoger incluso en las medidas de seguridad para los delincuentes inimputables el criterio de la proporcionalidad con el hecho cometido (art. 6. 2) y no contemplar siquiera reacciones para delincuentes imputables habituales o peligrosos, se sitúa en las antípodas de cualquier discurso de “peligrosidad”. Sin embargo, los autores de referencia del legislador de 1995 admiten que tras el cumplimiento de la medida de seguridad penal los sujetos peligrosos puedan ser sometidos a reacciones civiles (y cabe imaginar que tampoco tendrían objeciones respecto a reacciones de naturaleza administrativa).

la tesis de que la culpabilidad por el hecho ha de definir la frontera absoluta de distribución de riesgos entre individuo y sociedad. Esto es, la tesis de que, cumplida la condena ajustada a la culpabilidad, la sociedad deba asumir siempre todo el riesgo de un delito futuro cometido por el sujeto imputable. Por el contrario, parece que se admite la idea de que la constatación de una seria peligrosidad subsistente tras el cumplimiento de la condena debería dar lugar a alguna fórmula de aseguramiento cognitivo adicional. Si esta percepción fuera correcta, podría ser sólo cuestión de tiempo que se plantearan –también en España– propuestas de solución radicales, en la línea de lo acontecido en otros países. Por ello, y frente a las posturas autocomplacientes, parece razonable que tenga lugar también entre nosotros una discusión sobre la conveniencia de una reforma controlada y no presidida por criterios de oportunidad, producida, como en el caso alemán o el norteamericano, bajo el impacto emocional de un caso (o una serie de casos) de consecuencias dramáticas.

5. En realidad, algunas de las medidas que parecen necesarias ni siquiera requerirían ineludiblemente de un cambio legal: bastaría con que los órganos jurisdiccionales –los Jueces de Vigilancia Penitenciaria– aprovecharan la institución de la libertad condicional, para hacer de ella una auténtica libertad “condicional”, esto es, sometida al cumplimiento de una serie de reglas de conducta, controlado por el personal adecuado para ello⁴³. Expresado de otro modo, que aprovecharan la habilitación legal del art. 90.2 CP (“podrán”) para imponer, al decretar la libertad condicional, una o varias de las reglas del art. 105 CP.

6. Otras medidas, sin embargo, sí requerirían tal reforma legislativa. Así, por ejemplo, la previsión de algún género de medidas de control de la vida en libertad tras el licenciamiento definitivo del penado. O, también, la regulación de medidas de seguridad –como las que reiteradamente ha propuesto entre nosotros Cerezo Mir⁴⁴– para sujetos habituales o peligrosos, desde luego no sujetas a un principio absoluto de proporcionalidad con el hecho cometido, que las anula antes de empezar, pero tampoco absolutamente indeterminadas, ni siquiera condicionadas a la –discutible– reversión del pronóstico de peligrosidad. Por contra, habría de tratarse de medidas regidas por un criterio de proporcionalidad que determine –valorativamente– el momento en que el riesgo de reincidencia pasa a ser asumido por el conjunto de la sociedad, como parece razonable que tenga lugar en el marco de un Estado de derecho que disponga una distribución equilibrada de cargas entre individuo y sociedad.

⁴³ Aunque una reforma legal en este punto, a fin de distinguir entre clases de delitos y proporcionar una base más precisa a las decisiones judiciales sería más satisfactoria.

⁴⁴ Últimamente en Cerezo Mir, “Consideraciones político-criminales sobre el proyecto de Código penal de 1992”, *Lección inaugural del curso académico 1993-1994*, Universidad de Zaragoza, pp. 37 y ss.

7. En realidad, la búsqueda de criterios valorativos de distribución razonable –entre individuo y sociedad– de la carga de la inseguridad habría de ser el criterio rector de la reforma. Una reforma que, por tanto, descartaría cualquier concepción radical de la inocuización, como distribución desequilibrada de cargas en perjuicio del penado⁴⁵. Pues como señalan, con razón, Schall/Schreibauer⁴⁶, “una sociedad que quiere mantenerse en un Derecho penal respetuoso con la individualidad y los derechos fundamentales de la persona, también del delincuente, una sociedad que, por tanto, quiere conceder a todo autor la posibilidad de la resocialización, debe también estar dispuesta necesariamente a soportar un riesgo para la seguridad de la colectividad”.

⁴⁵ Una distribución absolutamente desequilibrada de las cargas entre individuo y sociedad es, por ejemplo, la que se contiene en la Jacob Wetterling Act norteamericana, que implica no sólo una afectación de la intimidad o una dificultad añadida a la reinserción, sino incluso un auténtico peligro para la vida o integridad de los excarcelados tras cumplir su condena.

⁴⁶ NJW 1997, p. 2420.

“Sexual Predators”.
Estrategias y límites del Derecho
penal de la peligrosidad

Ricardo Robles Planas

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Abstract

El trabajo analiza las principales estrategias actuales del "Derecho penal de la peligrosidad sexual", basadas en la incapacitación de delincuentes imputables peligrosos e inspiradas en la "ideología de la seguridad", y reflexiona sobre los límites del Derecho penal ante tales fenómenos.

The article analyzes the main current strategies of the "Criminal Law of the sexual dangerousness", based on the incapacitation and inspired by the "ideology of security", and reflects on the limits of criminal law concerning such phenomena.

Der Beitrag analysiert die wichtigsten aktuellen Strategien des "Strafrechts der sexuellen Gefährlichkeit", die ihre Basis in der "Ideologie der Sicherheit" finden und das Ziel der Neutralisierung der gefährlichen zurechnungsfähigen Täter verfolgen. Dabei werden einige Grundgedanken über die Grenzen des Eingriffs des Strafrechts solchen Phänomenen gegenüber dargestellt.

Title: "Sexual Predators". Strategies and limits of the Law of the criminal dangerousness.

Keywords: Sexual Offenders, Dangerousness, Castration, Commitment, Incapacitation

Sumario

I. Introducción

II. El internamiento (indeterminado) de imputables peligrosos

III. La "castración química" y los registros públicos

IV. El proyecto de reforma del Código Penal: el endurecimiento del régimen de cumplimiento de la pena de prisión y la libertad vigilada

V. Balance: posibilidades y límites del "Derecho penal de la seguridad"

Bibliografía

"To condemn more and to understand less"
JOHN MAJOR (*The Sunday Times*, 21-2-1993)

"Wegschließens – und zwar für immer"
GERHAD SCHRÖDER (*Bild am Sonntag*, 8-7-2001)

"Il ne devait pas sortir. Ce n'est pas une question de moyens"
NICOLAS SARKOZY (*Le Monde*, 21-08-2007)

I. Introducción

Los delitos contra la libertad sexual representan alrededor del 1 por ciento de los delitos que se cometen en España (al igual que en el resto de los países europeos) y la tasa de reincidencia se mueve en una franja moderada, esto es, entre el 10 y 15 por ciento. En los últimos años, el número de condenados a una pena de más de cuatro años de prisión por un delito contra la libertad e indemnidad sexual¹ no ha superado los 204 al año. De entre ellos, el número de condenados a una pena de entre 4 y 6 años de prisión se mueve entre los 106 del año 2000 y los 162 del año 2004. En esos mismos años se alcanzó la cota mínima y máxima del número de condenados a más de 10 años de prisión por delitos de esta naturaleza: 26 y 44, respectivamente².

1. La cuestión del tratamiento de los delincuentes sexuales peligrosos hace tiempo que está entre las principales exigencias que la sociedad dirige al sistema de justicia penal. Éste también conoce una vieja respuesta: la inocuización de tales delincuentes³, si bien su presencia en el Derecho penal posterior a la segunda guerra mundial –por lo que a Europa se refiere, tanto en los distintos Ordenamientos como en la reflexión teórica– había sido muy limitada. El pensamiento de la inocuización, no obstante, ha experimentado un auge inusitado en las legislaciones penales actuales⁴. Así, tanto los países anglosajones –en los que siempre tuvo un mayor eco– como en la mayoría de los de la Europa continental, vienen desarrollando desde hace poco más de una década mecanismos inocuizadores (específicos y diferenciados con respecto al resto de delincuentes) con la explícita finalidad de “proteger a la sociedad” del peligro que representan aquellas personas que manifiestan una tendencia a la repetición de delitos graves y,

¹ La violación prevista en el artículo 179 CP se castiga con una pena mínima de 6 años. Las agresiones sexuales agravadas no consistentes en violación del art. 180 CP se castigan con una pena mínima de 4 años. La misma con la que se castigan los abusos sexuales con acceso carnal, por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, del art. 182.1 CP.

² Fuente: *Instituto Nacional de Estadística*

Año	Condenados entre 6 m. y 4 años	Condenados + 4 años	Condenados entre 4 y 6 años	Condenados + 10 años
2005	691	198	162	36
2004	703	204	160	44
2003	649	180	140	40
2002	584	178	146	32
2001	520	135	107	38
2000	514	132	106	26

³ Pionero en el pensamiento de la inocuización (¡exclusión!) para los incorregibles, VON LISZT, “Der Zweckgedanke im Strafrecht” (1882), en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. I, 1905, pp. 126 y ss.

⁴ Véase, SILVA SÁNCHEZ, “El retorno de la inocuización”, en *Estudios de Derecho penal*, 2000, pp. 233 y ss.

particularmente, de delitos violentos contra la libertad sexual. En el Derecho comparado, en términos generales, la lucha contra este peligro se ha articulado principalmente desde la lógica de la prolongación de la privación de libertad durante el tiempo que dure la situación de peligrosidad. En países como los Estados Unidos o Inglaterra, la naturaleza de esta prolongación no constituye una preocupación, sino que la finalidad preventiva lleva a justificar en muchos casos la imposición de la privación de libertad por tiempo indeterminado como *pena* en tanto estrategia de neutralización. En Alemania, por su parte, la privación de libertad con fines exclusivamente inocuidadores se articula mediante el recurso a las *medidas de seguridad* cuya duración tras las últimas reformas del *StGB* también puede llegar a ser indeterminada. En ambos casos, la situación de *imputabilidad* del delincuente peligroso no es obstáculo a la imposición de la pena prolongada o a la adopción de la medida de seguridad de internamiento.

Ello, de entrada, sienta las bases para afirmar que las –tan aclamadas– diferencias entre los sistemas de sanciones monistas (en los que se conoce una única sanción penal, como sucede en los Estados Unidos) y dualistas (donde junto a la pena se prevén medidas de seguridad, como sucede en la mayor parte de países de la Europa continental) desaparecen desde la *óptica de la inocuidación*⁵.

En cambio, el Derecho penal español, donde también las medidas de seguridad son el instrumento llamado a responder a la peligrosidad criminal del autor, en la actualidad, no contempla la posibilidad de imponer medidas de seguridad privativas de libertad a *sujetos imputables* que manifiesten dicha peligrosidad. Por el contrario, en el Código Penal español, las (limitadas, en comparación con otros Ordenamientos⁶) reacciones a la peligrosidad criminal para delincuentes plenamente imputables se reconducen a ciertos efectos en el ámbito del cumplimiento de las penas (endurecimiento del régimen de sustitución y suspensión); a la imposición de penas accesorias privativas de derechos y a las agravaciones generales por reincidencia. En el *apartado II* se profundizará sobre la figura del internamiento –sea como pena, sea como medida– de delincuentes imputables peligrosos prevista en otros países. Y en el *apartado IV* se volverá sobre los recursos que ofrece el Código penal a la luz del Proyecto de reforma que actualmente está en trámite parlamentario.

2. Pese a que el internamiento es la principal estrategia del Derecho penal de la peligrosidad en la actualidad, se han desarrollado también otras reacciones que pueden funcionar como alternativas o instrumentos complementarios a la prolongación de la privación de libertad para combatir la peligrosidad. El debate sobre tales medidas es muy reciente en Europa, de manera que hoy por hoy desempeñan un papel marginal. En el *apartado III* se analizan las principales características de dos de ellas que funcionan desde hace algún tiempo en los países anglosajones: la denominada “castración química” y los registros públicos.

⁵ Así, KUNZ, “Die Sicherung als gefährlich eingestuftter Rechtsbrecher: Von der Strategie der Inklusion zur strafrechtlichen Exklusion”, en “... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!”, 2006, p. 74, añadiendo que «las necesidades de seguridad de las sociedades postmodernas exigen de la praxis jurídico-penal en ambos lados del Atlántico “tomar todas las precauciones” en caso de duda, esto es, practicar una gestión del riesgo que sitúe el umbral de la potencial peligrosidad social en un nivel bajo y que prevenga de la repetición de hechos delictivos mediante la imposibilidad de alcanzar la libertad condicional incluso en casos de riesgos residuales mínimos».

⁶ Muy crítico con el instrumental del Código Penal español, recientemente, SANCHEZ LÁZARO, “Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, *Revista Penal*, núm 17, 2006, pp. 142 y ss, con ulteriores referencias.

3. Todo lo anterior pone de manifiesto dos aspectos de importancia. Por un lado, que al Derecho penal se le dirige hoy la pretensión de que actúe inocuizando la peligrosidad criminal. Por otro lado, que esa respuesta inocuizadora puede tener muy diversas configuraciones. Ante ello, no puede obviarse la cuestión de la legitimidad del Derecho penal para llevar a cabo el objetivo de la prevención frente a peligros que provienen de sujetos imputables más allá de la reacción a su culpabilidad que supone la pena. Además, no resulta evidente cómo –en caso de dar una respuesta afirmativa a la pregunta por la legitimidad– debe articularse en un Estado de Derecho tal misión. En el *apartado V* se ensayará una breve respuesta a ambas cuestiones como punto de partida para la construcción del Derecho de la peligrosidad criminal.

II. El internamiento (indeterminado) de imputables peligrosos

1. Hasta los años 90 en los *Estados Unidos* el Derecho penal sexual se caracterizaba por los principios de rehabilitación y tratamiento del delincuente sexual. Es en la década de los 90 cuando la situación da un giro radical: se desconfía de la eficacia de las terapias, se deja de correr los riesgos de las “*parole*” y se apuesta por la tolerancia cero y el apartamiento en lo posible del delincuente (no sólo el sexual) por tendencia de la vida en sociedad. Particularmente, en el ámbito de la delincuencia sexual se van aprobando progresivamente en casi todos los Estados de los Estados Unidos las denominadas “*Sexual Violent Predators-Laws*”⁷ –repárese en la denominación de la ley, literalmente “predator” significa “depredador”–. Pionero en este sentido fue el Estado de Washington, que en el año 1990 aprobó la “*Community Protection Act*” –repárese, de nuevo, en el nombre de la ley– y estableció, junto a la creación de registros para delincuentes sexuales, la medida denominada “*civil commitment*” o “*involuntary commitment*”. Con este nuevo instrumento, aunque el delincuente sexual hubiera cumplido su condena, éste debía permanecer privado de libertad por su peligrosidad para la comunidad por tiempo indeterminado hasta que dejara de representar un peligro para aquella. En la actualidad el modelo de las “*Sexual Violent Predators-Laws*”, con la medida de internamiento por tiempo indeterminado, se ha generalizado en los Estados Unidos.

También en Inglaterra la ideología de la “*Incapacitation*”⁸ dejó su huella en la *Criminal Justice Act de 1991*, primero, y en la actual *Criminal Justice Act de 2003*, después. Según esta última, la comisión de dos delitos sexuales, unida al riesgo de repetición futura, provoca que al delincuente se le imponga una “*extended sentence*” o bien una “*indeterminate sentence*”. La primera modalidad implica el sometimiento del sujeto a un periodo de seguridad tras el cumplimiento de la pena. La segunda modalidad, prevista para los supuestos más graves, comporta desde una “*sentence for public protection*” (cuya duración mínima no puede ser inferior a los diez años de prisión) hasta una pena a cadena perpetua (“*life sentence*”).

⁷ Véase un panorama general en LIEB/MATSON, *Sexual Predator Commitment Laws in the United States: 1998 Update*, 1998; LIEB/QUINSEY/BERLINER, “Sexual Predators and Social Policy”, *Crime & Justice* 23 (1998), pp. 43 y ss.

⁸ EASTON/PIPER, *Sentencing and Punishment*, 2005, p. 126; ZIMRING/HAWKINS, *Incapacitation*, 1995, pp. 42 y ss.

2. La *Sicherungsverwahrung* (custodia de seguridad)⁹ existe en el *StGB* desde que se introdujeron en él las medidas de seguridad en el año 1933 y ha sido y sigue siendo el principal instrumento del Ordenamiento penal alemán para combatir la reincidencia en delincuentes violentos peligrosos. Sin embargo, tras el derrumbe del régimen nacionalsocialista esta medida se mantuvo prácticamente inaplicada hasta que en 1998 la Ley para la lucha contra los delitos sexuales¹⁰ reformó los presupuestos de su imposición, ampliando sus posibilidades de aplicación. Posteriormente, la custodia de seguridad ha sido reformada en dos ocasiones más para extender su ámbito de operatividad a casi todas las situaciones en las que la peligrosidad del delincuente resulta una “amenaza para la sociedad”.

En esencia, la custodia de seguridad se contempla actualmente en el § 66 del *StGB* como una prolongación de la privación de libertad, esto es, a cumplir tras la pena de prisión, bien con carácter obligatorio para el juez en supuestos de delincuencia grave reincidente o bien con carácter facultativo cuando, pese a no existir condenas anteriores, se esté ante sujetos que han manifestado una tendencia hacia el delito a través de la comisión de diversos delitos dolosos. El requisito material que en todo caso debe concurrir es la tendencia o propensión a la comisión de delitos de gravedad (en la actualidad ya no sólo contra la vida y la integridad, sino también de carácter económico -¡!-) y la existencia del correspondiente “peligro para la sociedad”. Inicialmente la custodia podía tener una duración máxima de diez años. No obstante, la reforma de 1998 eliminó el límite máximo, de manera que ahora puede tener una duración de por vida, si bien se puede declarar extinguida tras el transcurso de diez años de internamiento si ha dejado de existir el peligro de comisión de delitos graves. La custodia de seguridad, hasta el año 2002, debía decretarse en la misma sentencia condenatoria, lo que implicaba que en muchos supuestos el pronóstico de peligrosidad fuera incierto y, por consiguiente, no se ordenara la medida. Por este motivo en dicho año se introdujo la posibilidad de reservarse en la sentencia la imposición de la medida (*vorbehaltene Sicherungsverwahrung*)¹¹. Así, cuando el pronóstico de peligrosidad es incierto en el momento de producirse la condena, el tribunal puede acordar que se reserva la posibilidad de adoptar la medida de seguridad hasta el momento en que el delincuente haya cumplido una parte importante de la pena. Sin embargo, aún tras este relajamiento de los requisitos de imposición de la medida, en el año 2004 se dio un paso más, fundamentalmente para cubrir supuestos de delincuentes sexuales condenados con anterioridad a la reforma del

⁹ De entre la abundante bibliografía alemana, véase, recientemente, BENDER, *Die nachträgliche Sicherungsverwahrung*, 2007, *passim*; PEGLAU, “Das Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung”, *NJW* 2007, pp. 1558 y ss.; KREUZER, “Nachträgliche Sicherungsverwahrung - rote Karte für gefährliche Gefangene oder für den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz?”, *ZIS* 4/2006, pp. 145 y ss.; KINZIG, “Die Sicherungsverwahrung - von einer vergessenen zu einer boomenden Massregel”, en BARTON (Hrsg.), “... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!": *Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung*, 2006, pp. 143 y ss.; ALBRECHT, H.-J., “Antworten auf Gefährlichkeit. Sicherungsverwahrung und unbestimmter Freiheitsentzug”, en *FS-Schwind*, 2006, pp. 191 y ss. En lengua española, una detallada exposición de su regulación puede verse en, CANO PAÑOS, “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (Sicherungsverwahrung) en el derecho penal alemán”, *CPC* 2007, pp. 205 y ss., manifestándose muy crítico con esta medida. Véase también, SÁNCHEZ LÁZARO, “Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la custodia de seguridad”, *Revista Penal*, núm. 17, 2006, pp. 142 y ss., quien se muestra favorable a la adopción de la custodia de seguridad por el Derecho penal español.

¹⁰ “Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten” (BGBl. I., p. 160)

¹¹ “Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung” (BGBl. I., p. 3344).

1998, con la introducción de imposición de la custodia de seguridad posterior al cumplimiento de la pena (*nachträgliche Sicherungsverwahrung*)¹². De esta manera, se prescinde ahora completamente de la obligación de dictar la medida o su reserva en la sentencia condenatoria, pudiendo el tribunal decretar la custodia con posterioridad a la sentencia y antes de que el sujeto alcance la libertad cuando así lo aconseje una valoración global de las circunstancias del delincuente a la luz de su peligrosidad. En la actualidad existe un proyecto de ley para introducir la custodia de seguridad impuesta con posterioridad en el ámbito del Derecho penal juvenil¹³.

En Suiza se ha dado un paso más allá al aprobar por iniciativa popular una modificación de la Constitución¹⁴ (pendiente en la actualidad de ratificación parlamentaria) en virtud de la cual a un delincuente violento o sexual que sea definido como extremadamente peligroso y no susceptible de tratamiento pueda imponérsele la medida de internamiento en custodia de seguridad *perpetua* y *sin posibilidad de revisión* por su elevado riesgo de reincidencia¹⁵.

4. Existe acuerdo en la doctrina alemana para calificar a esta medida como “el último recurso de la política criminal”¹⁶. Sin embargo, se muestra profundamente dividida en torno a la constitucionalidad de por lo menos algunas de sus modalidades de imposición. Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán ha declarado en dos ocasiones que la custodia de seguridad es compatible con la Ley Fundamental¹⁷. Por otro lado, no debe olvidarse que en Alemania el internamiento en centro psiquiátrico como medida de seguridad para delincuentes inimputables también puede tener una duración indeterminada y que además existe la condena a cadena perpetua¹⁸ ¹⁹. Todo ello ha llevado a buena parte de la doctrina a afirmar que en la actualidad no

¹² “Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung” (BGBl., I, p. 1838).

¹³ Véase, críticamente, OSTENDORF/BOCHMANN, “Nachträgliche Sicherungsverwahrung bei jungen Menschen auf dem internationalen und verfassungsrechtlichen Prüfstand”, *ZRP* 2007, pp. 146 y ss.

¹⁴ Art. 123a BV.

¹⁵ Sólo cuando mediante nuevos descubrimientos científicos se acredite que el delincuente puede ser tratado, de manera que deje de existir peligro para la sociedad, podrá emitirse un nuevo informe en virtud del cual las autoridades podrán dejar en suspenso la medida de custodia. Véase, críticamente, KUNZ/STRATENWERTH, “Zum Bericht der Arbeitsgruppe ‘Verwahrung’”, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 123, 2005, pp. 2 y ss.

¹⁶ La expresión proviene del primer informe de la comisión para la reforma del sistema de sanciones (BT-Druck V/4094, p. 19); calificándola como la variante alemana de la regla americana “*Three strikes and you are out*”, KREUZER, “Nachträgliche Sicherungsverwahrung – rote Karte für gefährliche Gefangene oder für den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz?”, *ZIS* 4/2006, p. 145.

¹⁷ Así, BVerfG, *NJW* 2004, p. 739 (p. 744); BVerfG, *NJW* 2006, p. 3483 y s. En esta última sentencia el Tribunal ha declarado la constitucionalidad de la custodia de seguridad impuesta con posterioridad a la sentencia siempre que la peligrosidad del sujeto resulte de circunstancias nuevas que no fueron tenidas en cuenta en la sentencia condenatoria.

¹⁸ En Alemania la cadena perpetua está únicamente prevista para el asesinato y su constitucionalidad está supeditada a que tras 15 años de privación de libertad el sujeto quede en libertad condicional si no representa un peligro para la sociedad.

¹⁹ Algunos datos relevantes: en el año 2003 se impuso la medida de internamiento en centro psiquiátrico por tiempo indeterminado a 876 sujetos y la custodia de seguridad a 66. A fecha de 31.3.2004 en Alemania permanecían un total de 5390 sujetos internados en centros psiquiátricos por tiempo indeterminado y un total de 324 sujetos sometidos a custodia de seguridad. Estos datos contrastan con el número de sujetos condenados a cadena perpetua en el mismo año 2003: 80; y con el número de sujetos condenados a una pena de entre 10 y 15 años de prisión: 160. Asimismo, a fecha de 31.3.2004 en Alemania estaban cumpliendo cadena perpetua 1794 personas y 1051 lo hacían bajo una condena de entre 10 y 15 años de privación de libertad (los datos los ofrece

puede sostenerse seriamente la existencia de una estricta separación entre la pena privativa de libertad y las medidas de seguridad privativas de libertad²⁰. En particular, la rápida y desmedida expansión²¹ de la custodia de seguridad ha encontrado en la doctrina un importante rechazo, que se ha ocupado de denunciar la preocupante ausencia de límites y la contradicción de la regulación que de esta medida hace el *StGB* con principios fundamentales del Estado de Derecho²². Así, se ha afirmado que

«la pena y la medida de seguridad conminan, (y en el caso concreto) se imponen y se ejecutan con finalidades preventivas tanto desde el punto de vista general como individual. El proceso penal es el mismo. La peligrosidad del autor opera agravando la pena. Ambas sanciones se vinculan con hechos delictivos cometidos. Ambas se ubican según el Tribunal Constitucional dentro de la misma competencia legislativa penal del Estado. En la ejecución de la pena de prisión se trata también de la protección de la sociedad. La ejecución de ambas sanciones tiene lugar en los mismos establecimientos o departamentos. Ambas formas de ejecución deben prever el tratamiento. En definitiva, los custodiados experimentan la ejecución de la misma manera a como la experimentan los presos, si bien con perspectivas mucho más vagas acerca de su puesta en libertad. Si, por consiguiente, los aspectos comunes preponderan, entonces el constructo teórico (ampliamente desconectado de la empiria), por no decir sofista, de una diferenciación fundamental entre pena y medida de seguridad no debería justificar una separación radical del ámbito de protección de las garantías de la libertad del art. 103.2 y 3 GG [principio de legalidad penal; non bis in idem], sino en todo caso su matización gradual»²³.

III. La "castración química" y los registros públicos

1. La medicación consistente en anti-andrógenos (en el lenguaje corriente conocida como "castración química") reprime los instintos sexuales y reduce la producción de testosterona²⁴. En

ALBRECHT, H.-J., "Antworten auf Gefährlichkeit. Sicherungsverwahrung und unbestimmter Freiheitsentzug", en *FS-Schwind*, 2006, p. 196-197). Véase también la referencia bibliográfica contenida *infra* en la nota 21.

²⁰ Se habla de "intercambiabilidad funcional" (ALBRECHT, H.-J., "Antworten auf Gefährlichkeit. Sicherungsverwahrung und unbestimmter Freiheitsentzug", en *FS-Schwind*, 2006, p. 203).

²¹ Véanse las elocuentes cifras sobre la evolución de su aplicación en los últimos, tras las reformas legales, en KINZIG, "Die Sicherungsverwahrung - von einer vergessenen zu einer boomende Maßregel-", en "... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!": *Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung*, 2006, pp. 143 y ss.

²² Denunciándose incluso la infracción del art. 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos (así, RENZIOWSKI, "Die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die Europäische Menschenrechtskonvention", *JR* 2004, pp. 271 y ss; KINZIG, "Umfassender Schutz vor dem gefährlichen Straftäter? - Das Gesetz zur Einführung der nachträgliche Sicherungsverwahrung", *NStZ* 2004, pp. 655 y ss.; LAUBENTHAL, "Die Renaissance der Sicherungsverwahrung", *ZStW* 116 (2004), p. 750.) Entiende que no se produce tal vulneración, HÖRNLE, "Verteidigung und Sicherungsverwahrung", *StV* 2006, p. 383 y ss.

²³ KREUZER, "Nachträgliche Sicherungsverwahrung - rote Karte für gefährliche Gefangene oder für den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz?", *ZIS* 4/2006, p.147-148.

²⁴ Véase, FITZGERALD, "Chemical Castration: MPA Treatment of the Sexual Offender", *American Journal of Criminal Law* 18 (1990), p. 6; RUCKNELL, "Abuse It and Lose It: A Look at California's Mandatory Chemical Castration Law", *Pacific Law Journal* 28 (1997), p. 559; WINSLADE, "Castrating Pedophiles Convicted of Sex Offenses Against Children: New Treatment or Old Punishment?", *SMU Law Rev.* 51, 1998, p. 371.

este sentido, tiene los mismos efectos que la castración quirúrgica, pero ofrece la ventaja de ser reversible y resulta un procedimiento considerablemente más barato que el mantenimiento del sujeto en prisión²⁵. Los compuestos químicos más utilizados son el Acetato de Medroxiprogesterona (MPA) –comercializado bajo el nombre de *Depo-Provera*– y el Acetato de Cyproterona (CPA). Ambas drogas operan enviando al cerebro la falsa señal de que el organismo dispone de suficiente testosterona, de manera que aquel deja inmediatamente de producirla. Se deben administrar periódicamente (por regla general, semanalmente). Los resultados de estos tratamientos sobre el comportamiento sexual parecen ser altamente efectivos²⁶. Sin embargo, en la medida en que la medicación cesa, vuelve a manifestarse el comportamiento sexual anterior del sujeto. Por otro lado, los efectos secundarios son muy importantes²⁷ y los daños que puede producir una dosificación incorrecta son también considerables. Con todo, al respecto existe un cierto debate entre los científicos. En todo caso, sobre lo que existe acuerdo general es que la castración química sólo se muestra efectiva en los casos de criminalidad asociada a parafilias, esto es, a supuestos de instinto sexual extremadamente anormal vinculado a fantasías, como sucede en la gran mayoría de pedofilias²⁸. Otras desviaciones sexuales y, particularmente, la predisposición a la violencia sexual no resultan modificadas mediante los tratamientos hormonales, cuya administración en tales supuestos puede tener incluso efectos contraproducentes²⁹.

2. En la actualidad aproximadamente un tercio de los estados que forman los Estados Unidos de América tienen en vigor leyes de castración. De nuevo fue durante la década de los 90 cuando apareció por vez primera en tiempos recientes la posibilidad de usar medicamentos para luchar contra el peligro que representan los delincuentes sexuales. En esta ocasión fue California el primer Estado en dotarse de una ley de castración química en el año 1996. En términos generales la castración química en los Estados Unidos constituye una medida de tratamiento que posibilita que no se ejecute la totalidad de la privación de la libertad del condenado, esto es, opera como una condición para obtener la libertad condicional (*parole*). Así sucede en California, Florida, Colorado, Georgia, Louisiana, Montana, Texas, Oregon y Wisconsin. Más allá de ello, las

²⁵ Se estima que el coste del tratamiento es de unos 160 dólares mensuales (Cfr. HARRISON, "The High-Risk Sex Offender Strategy in England and Wales: Is chemical castration an Option?", *The Howard Journal of Criminal Justice*, vol. 46, n. 1, 2007, p. 20).

²⁶ Véase, WINSLADE, "Castrating Pedophiles Convicted of Sex Offenses Against Children: New Treatment or Old Punishment?", *SMU Law Rev.* 51, 1998, p. 373 y ss.; HANSEN/LYKKE-OLESEN, "Treatment of dangerous sexual offenders in Denmark", *Journal of Forensic Psychiatry*, 8, 1997, pp. 195 y ss.

²⁷ Véase, por ejemplo, RUCKNELL, "Abuse It and Lose It: A Look at California's Mandatory Chemical Castration Law", *Pacific Law Journal* 28 (1997), p. 559; MEYER/COLE/EMORY, "Depo-Provera treatment for sex offending behavior: An evaluation of outcome", *Bulletin of the American Academy of Psychiatry and Law*, 20, (1993), pp. 249 y ss. Se mencionan como efectos secundarios: aumento de peso, sudores fríos, pesadillas, debilidad muscular y fatiga, disfunciones de la vesícula biliar y diverticulitis, atrofia testicular, diabetes mellitus, flebitis, dolores de cabeza, insomnio, náuseas, disnea, hiperglucemia, calambres en las extremidades, pérdida de pelo e incremento de la temperatura corporal. No existen evidencias respecto del cáncer ni tampoco se conocen los efectos a largo plazo de un tratamiento prolongado.

²⁸ En este sentido, FLACK, "Chemical castration: An Effective Treatment For The Sexually Motivated Pedophile or an Important Alternative to Traditional Incarceration?", *Journal of Law in Society* 7 (2005), p. 182 y ss.; BERLIN, "Chemical Castration" for Sex Offenders", *New Eng. J. Med.* 336, 1997, p. 1030.

²⁹ Cfr., FARKAS/STICHMAN, "Sex Offender Laws: Can Treatment, Punishment, Incapacitation, and Public Safety be Reconciled?", *Criminal Justice Rev.* 27, 2002, p. 278; FLACK, "Chemical castration: An Effective Treatment For The Sexually Motivated Pedophile or an Important Alternative to Traditional Incarceration?", *Journal of Law in Society* 7 (2005), p. 184.

regulaciones de cada Estado divergen considerablemente. Así, en Florida la ley autoriza al juez a imponerla incluso ya en el primer delito sexual, siendo obligatoria a partir del segundo. En California el juez debe imponerla necesariamente a partir del segundo delito sexual. En otros estados, en cambio, el juez goza de mayor discrecionalidad. En cuanto a su duración ésta también varía en función del estado. En Florida, por ejemplo, es el Juez quien debe determinarla y puede llegar a ser de por vida. En otros estados (California, Oregon) la duración de la medida queda en manos del correspondiente Departamento de Corrección. Sólo en California está expresamente previsto un procedimiento de consentimiento informado para el sujeto que recibe el tratamiento.

3. Las “leyes de castración” han venido acompañadas de un intenso debate en los Estados Unidos, que aún hoy sigue vivo. En realidad, puede afirmarse que no existe todavía claridad sobre si las leyes de castración son o no conformes a la Constitución americana³⁰. Asimismo se constata una carencia de doctrina jurisprudencial al respecto. Los detractores de la castración química esgrimen que se trata de un castigo cruel e inusual (“*cruel and unusual*”), prohibido por la Constitución americana en su octava enmienda. Sus partidarios sostienen que no se trata de un castigo, sino de un tratamiento considerado una necesidad médica³¹. Sin embargo, la idea de que la castración química constituya un auténtico “tratamiento” ha sido seriamente puesta en duda³². En cualquier caso, con independencia de que constituya un castigo o no, lo cierto es que la Corte Suprema de los Estados Unidos tiene establecida una doctrina desde 1972 con una serie de características para calificar un castigo como contrario a la octava enmienda, características que parecen *no concurrir* en el caso de la castración química³³: un castigo es cruel y excepcional si su aplicación es arbitraria, desaprobada por la comunidad y desproporcionado respecto de los fines que persigue el legislador³⁴.

Igualmente, en contra de la castración química se argumenta con el derecho a la autonomía personal y el derecho a la procreación. Sin embargo, por lo que hace a la posible afectación segundo, no se ha considerado estar ante un argumento convincente, pues este derecho no quedaría eliminado definitivamente, sino sólo en suspenso mientras dure la medicación (si bien debe tenerse en cuenta que en algún estado éste puede prolongarse durante toda la vida del sujeto). Respecto al derecho a la autonomía personal en su vertiente de autodeterminación sobre el propio cuerpo, ciertamente, la castración química no voluntaria lo lesionaría abiertamente, aunque podría considerarse –como se ha hecho en otras ocasiones por la Corte Suprema de los Estados Unidos– que tal lesión debe quedar justificada porque en la correspondiente ponderación pesan más las razones de seguridad pública que la injerencia en el derecho de autodeterminación del sujeto peligroso. En todo caso, parecería que la castración *voluntaria* sí sería compatible con el mencionado derecho. Ello es especialmente importante para la aplicación de la medida de castración química como condición para la reducción del tiempo de privación de libertad o su

³⁰ Véase una exposición en, WONG, “Chemical castration: oregon's innovative approach to sex offender rehabilitation, or unconstitutional punishment?”, *Oregon Law Review*, vol. 80, 2001, pp. 267 y ss.

³¹ Así, por ejemplo, FLACK, “Chemical castration: An Effective Treatment For The Sexually Motivated Pedophile or an Impotent Alternative to Traditional Incarceration?”, *Journal of Law in Society* 7 (2005), p. 190.

³² Así, PALERMO/FARKAS, *The dilemma of the sexual offender*, 2001.

³³ Véase *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972)

³⁴ Sobre ello véase, WONG, “Chemical castration: oregon's innovative approach to sex offender rehabilitation, or unconstitutional punishment?”, *Oregon Law Review*, vol. 80, 2001, pp. 283 y ss.

sustitución o suspensión. No obstante, tampoco aquí puede hablarse de la existencia de un consenso pacífico, pues existe quien niega la auténtica “libertad” del consentimiento prestado por el sujeto que se halla ante la amenaza de cumplir una pena privativa de libertad de larga duración. Este argumento, pese lo atendible de sus intenciones, ha sido contrarrestado por quienes opinan que, en todo caso, se trata de una situación de elección entre dos opciones, que de no existir la posibilidad de la castración química, quedaría reducida a una sola (el cumplimiento de la pena de prisión), de modo que se amplía el espacio de libertad del sujeto³⁵.

En definitiva, se advierte un mínimo consenso en los Estado Unidos relativo a que la castración química es preferible a la pena de prisión de larga duración y que es admisible siempre y cuando se sepa que va a ser efectiva para tratar el concreto desorden sexual del sujeto, que la administración de la sustancia se haga contando con el consentimiento informado del sujeto y que éste muestre la suficiente disposición para tratar de corregir su comportamiento sexual³⁶, vinculándose, además, a una terapia psiquiátrica convencional³⁷.

4. En Europa la castración química como método moderno para combatir la delincuencia sexual reiterada y grave ha irrumpido muy recientemente en el debate político de algunos países, particularmente en Francia y en Inglaterra, donde se advierte cierta simpatía por la medida³⁸, sin que en ninguno de ellos se haya previsto por el momento la adopción de procedimientos concretos. En Alemania, por su parte, no se plantea como una opción político-criminal en la actualidad, si bien debe recordarse que en este país está vigente una ley de castración voluntaria desde el año 1969, sobre la base de la cual tan sólo tienen lugar entre 10 y 12 castraciones por año³⁹.

5. Un mecanismo largamente ensayado en los Estados Unidos es el de ofrecer información a la sociedad de la ubicación de ciertos delincuentes sexuales ya en libertad para que de este modo los ciudadanos puedan adoptar las medidas que consideren oportunas, entre otras cosas⁴⁰. Inicialmente las “*Registration-Laws*” sólo obligaban al delincuente sexual a registrarse ante ciertas autoridades administrativas, que debían ejercer el oportuno control sobre ellos. Sin embargo, en la década de los noventa aquellas derivaron en “*Community Notification-Laws*”, del cariz descrito.

³⁵ Véase al respecto, FITZGERALD, “Chemical castration: MPA treatment of the sexual offender”, *American Journal of Criminal Law*, 18, 1990, p. 22.

³⁶ No sólo la aceptación del tratamiento, sino la implicación y cooperación del sujeto en el mismo, parece ser una de las claves del éxito de la medicación, véase, BRODY/GREEN, “Washington states unscientific approach to the problem of repeat sex offenders”, *Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 20, 1994, pp. 343 y ss.

³⁷ Así, FARKAS/STICHMAN, “Sex Offender Laws: Can Treatment, Punishment, Incapacitation, and Public Safety be Reconciled?”, *Criminal Justice Rev.*, 27, 2002, p. 274. Véase también, CARPENTER, “Belgium, Germany, England, Denmark and the United States: The Implementation of Registration and Castration Laws as Protection against Habitual Sex Offenders”, *Dickinson Journal of International Law*, 16, 1998, pp. 435 y ss. y 454, quien además considera que en Europa se da la misma tendencia (!); resignadamente, WONG, “Chemical castration: oregon's innovative approach to sex ofender rehabilitation, or unconstitutional punishment?”, *Oregon Law Review*, vol. 80, 2001, p. 298.

³⁸ Véase, favorable a su introducción en Inglaterra y Gales, recientemente, HARRISON, “The Hig-Risk Sex Offender Strategy in England and Wales: Is chemical castration an Option?”, *The Howard Journal of Criminal Justice*, vol. 46, n. 1, 2007, pp. 16 y ss.

³⁹ GAENSLEN, *Die Behandlung rückfallgefährdeter Sexualstraftäter*, 2005, p. 91.

⁴⁰ Véase, ampliamente, HERRERA MORENO, *Publicidad y control penal*, 2002, pp. 79 y ss.

Estas leyes son conocidas como *Megan's Laws*, en referencia a la niña de siete años asesinada por motivos sexuales en 1994 por un vecino que ya había sido condenado dos veces por abusos a menores. En la actualidad el sistema se ha extendido por casi todos los estados y se ha generalizado el modelo de clasificar a los delincuentes peligrosos en tres niveles según el grado de su peligrosidad para proceder a la comunicación pública. El principio rector es éste: cuanto más peligroso sea el delincuente, mayor es el número de destinatarios de la información. Así, respecto de un delincuente clasificado en el nivel I (riesgo moderado), sólo las autoridades públicas pueden tener acceso a la información. En el nivel II (riesgo medio), en cambio, cualquier organización de interés general puede informarse sobre el delincuente. Finalmente, todos los ciudadanos tienen derecho a recibir información sobre delincuentes clasificados en el nivel III (riesgo elevado)⁴¹. En la Europa continental el mecanismo de los registros públicos o de otras reacciones similares (las llamadas "penas o medidas vergonzantes o humillantes"⁴²) carece de presencia en la actualidad.

IV. El proyecto de reforma del Código Penal: el endurecimiento del régimen de cumplimiento de la pena de prisión y la libertad vigilada

Ninguna de las anteriores estrategias parece ser el camino seguido por el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código penal. En cambio, en él se prevé una serie de medidas para atacar la delincuencia reincidente y habitual⁴³ en general (por consiguiente, no específicamente vinculada a los delitos contra la libertad sexual) en una nueva rúbrica situada entre la regulación de las penas y la de las medidas de seguridad en el CP. En primer lugar, según el Proyecto en el nuevo art. 94 se establecerá que en casos de reincidencia y habitualidad los jueces *no podrán* dejar en suspenso la ejecución de la pena privativa de libertad, salvo que de las circunstancias del hecho y del autor se valore la oportunidad de su concesión -hasta la fecha el art. 87.2 obliga a valorar en todo caso la oportunidad de la concesión, si bien sólo admite el posible beneficio para los reincidentes-. En el caso de los habituales *no podrán* sustituirla por otra, de manera que se cierra completamente la puerta a las medidas alternativas a la prisión. En segundo lugar, conforme al Proyecto el nuevo artículo 94 establecerá la *obligación* al Juez de imponer en la sentencia condenatoria *alguna* de las siguientes cinco medidas:

- 1.^a Que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no pueda efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta;

⁴¹ La aludida información está disponible en internet y consiste en ofrecer nombre y apellidos, fotografía, domicilio, datos de la condena, etc.

⁴² Véase, críticamente, PÉREZ TRIVIÑO, "El renacimiento de los castigos avergonzantes", *Isonomía*, núm 15, 2001, pp. 193 y ss.

⁴³ Según el Proyecto «se consideran reos habituales los que al delinquir hayan sido anteriormente condenados por tres o más delitos dolosos o el mismo número de delitos de homicidio o lesiones cometidos por imprudencia en un plazo no superior a cinco años, no debiendo ser tenidos en cuenta los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo. No obstante lo anterior, la habitualidad también podrá ser apreciada aunque los delitos que la integren sean todos ellos objeto de enjuiciamiento en la misma sentencia». Esta importante modificación del concepto de habitualidad, en realidad, implica equipararla a la antigua noción de reiteración delictiva del CP de 1973 al desvincularla de la exigencia de que los delitos anteriores posean la propiedad de estar comprendidos en el mismo capítulo del Código penal.

- 2.^a Que para la concesión de la libertad condicional se hayan extinguido las cuatro quintas partes de la condena impuesta;
- 3.^a El sometimiento a programas de tratamiento terapéutico o educativo de hasta dos años;
- 4.^a Cumplida la condena, decretar libertad vigilada por tiempo de hasta dos años;
- 5.^a Cumplida la condena, decretar la medida de expulsión regulada en el artículo 89.

Como puede observarse las *dos primeras medidas* suponen un endurecimiento muy relevante del *régimen de cumplimiento* de la pena de prisión, pese a que se contemple la previsión de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria pueda acordar la aplicación del régimen general de cumplimiento, si se produjera una evolución favorable. Ambas previsiones (la *ampliación del denominado "periodo de seguridad"* y la aproximación al *cumplimiento íntegro de la pena*) van en la misma línea que la reforma operada por la LO 7/2003, con la importante diferencia de que en aquella reforma el endurecimiento del régimen de cumplimiento se aplicó únicamente a delitos graves, mientras que ahora se pretende generalizar a toda clase de reincidencia y habitualidad. Por su parte, el *sometimiento a programas de tratamiento terapéutico o educativo*, pese a que no se indique, necesariamente ha de tener la naturaleza de medida de seguridad (puesto que no se menciona en el catálogo de penas y tampoco estamos aquí ante una regla de conducta o condición como en los casos de sustitución o suspensión). Siendo así, estamos ante una medida de seguridad (cumulativa o complementaria a la pena) cuyo presupuesto de imposición nada tiene que ver con la inimputabilidad o imputabilidad disminuida del sujeto, sino exclusivamente con la peligrosidad futura que manifiesta el reincidente. Esto es, se trata de una medida de seguridad para imputables. Por lo demás, nada se menciona respecto al régimen de su cumplimiento, lo que abre una serie de importantes interrogantes. Finalmente, la *libertad vigilada* constituye una medida similar a la *Führungsaufsicht* prevista en el *StGB*⁴⁴ y ya se conoce en el Derecho español en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor. Consiste en imponer la obligación al penado de facilitar de manera efectiva y constante su localización y el juez puede acordar que su control se realice mediante medios electrónicos. En el Proyecto de reforma del CP esta medida, en general,

⁴⁴ En Alemania desde 1975 el *StGB* incluye entre el catálogo de medidas de seguridad la *Führungsaufsicht*. Esta medida puede imponerse cuando, estando especialmente prevista para el delito de que se trate, el sujeto resulte condenado a una pena de prisión superior a seis meses de duración y subsista el peligro de comisión de hechos futuros. El sujeto sometido a vigilancia está a disposición de un ente especial, que colabora con el tribunal sentenciador y se le designa a un asistente que velará por su conducta y por el cumplimiento de las órdenes que se le hayan impuesto. Entre ellas destacan la obligación de no abandonar el lugar de domicilio o residencia o una determinada área sin el permiso del ente de vigilancia; la obligación de no acudir a determinados lugares, desempeñar determinadas actividades o poseer determinados objetos relacionados con la posible comisión de delitos futuros o la obligación de presentarse periódicamente ante una determinada autoridad. La duración mínima de la medida es de dos años y la máxima de cinco, pudiendo llegar a ser mayor e incluso indeterminada cuando el sujeto no consienta o incumpla determinadas órdenes judiciales y exista peligro de comisión de delitos futuros.

Por su parte, en ciertos estados de los Estados Unidos se contempla el instrumento de la "*lifetime supervision*". Tras el cumplimiento de la pena privativa el sujeto queda sometido al control de las autoridades de persecución penal, control que puede llegar de por vida, cuando ello es necesario. En caso de que no lo sea, el juez puede acordar una duración determinada. La medida consiste en que el sujeto debe dar cuenta de su situación, movimientos, cambios profesionales y otras actividades a un *parole officer*, quien, por ejemplo, tendrá que autorizar al sujeto los cambios de domicilio fuera del estado en cuestión. En el marco de la "*lifetime supervision*" suelen acordarse diversas medidas complementarias a cuyo cumplimiento queda obligado adicionalmente el sujeto vigilado: prohibición de poseer pornografía, de consumir alcohol, sometimiento a determinados programas, etc.

puede tener la naturaleza de pena privativa de derechos (calificada como menos grave y con una duración de entre seis meses a un año) o de medida de seguridad (nuevo número añadido al art. 96.3 CP). En el contexto que ahora nos ocupa, pese al silencio del prelegislador, debe entenderse que tiene el carácter de medida de seguridad complementaria a la pena, pues expresamente se menciona su procedencia tras el cumplimiento de la *condena*. Su duración, a diferencia de cuando funciona como pena, puede alcanzar los dos años. De nuevo, pues, se trata de una medida de seguridad para sujetos imputables.

V. Balance: posibilidades y límites del “Derecho penal de la seguridad”

1. Desde hace más de cien años se discute en Europa si y hasta qué punto el Derecho penal puede y debe intervenir contra los delincuentes peligrosos. El debate se inició en torno a la idea de si la pena debía ser el instrumento idóneo para prestar la necesaria seguridad o bien si otras medidas eran las que debían estar llamadas a tal efecto⁴⁵. Como es sabido, el resultado del debate siempre fue inestable: se conservó el carácter esencialmente retributivo de la pena y se añadió al sistema de consecuencias jurídicas del delito la medida de seguridad, dando lugar así a la llamada “doble vía”. Junto a ello se admitió que la medida de seguridad pudiera sustituir a la pena en determinados casos (“sistema vicarial”). Surgió así el convencimiento de que era irrenunciable una cierta presencia de finalidades preventivo-especiales en el Derecho penal fundamentalmente por las “necesidades de protección de la sociedad” frente a “sujetos peligrosos”. Las medidas de seguridad debían ser las reacciones penales adecuadas frente a tales sujetos en tanto se tratan de instrumentos –en principio– diferentes a la pena. La prevención especial, pues, podía lograrse con el Derecho penal, si bien por una vía distinta a la de la pena. Ello supuso abrir el paso a la decisiva cuestión –aún no resuelta– relativa a la legitimidad de cargar al Derecho penal con la misión de proteger a la sociedad frente a los delincuentes peligrosos y al problema de los límites de esa protección. Para estos últimos sigue sin existir hoy un anclaje autónomo, independiente a la fundamentación de los límites que presiden la pena.

Así, por ejemplo, buena parte del debate en España lo acaparó la cuestión –relativa a los límites y siempre en torno a la discusión, más amplia, de la preferencia por el monismo o el dualismo– de si la proporcionalidad de la medida (esencialmente proyectada sobre su duración) debía medirse sobre la base del hecho cometido (con el correspondiente límite de la duración de la pena prevista para tal delito, maximizando así la seguridad jurídica) o bien en relación con la peligrosidad del sujeto (con la correspondiente tendencia hacia la indeterminación de la duración)⁴⁶.

⁴⁵ Al respecto, por todos, JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho penal español*, 1976; SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, 2003.

⁴⁶ Véanse las diversas perspectivas de JORGE BARREIRO, EN COBO DEL ROSAL (DIR.) *Comentarios al Código penal*, tomo IV, 2000, pp. 131 y ss.; MUÑOZ CONDE; “Monismo y dualismo en el derecho penal español”, en *Estudios penales y criminológicos*, VI, 1983 pp. 215 y ss.; EL MISMO, “Vorschlag eines neuen Massregelsystems”, en HASSEMER (hrsg.), *Strafrechtspolitik*, 1987, pp. 117 y ss.; CEREZO MIR, *Derecho Penal. Parte general I*, 2004, pp. 38 y ss.; ROMEO CASABONA, *Peligrosidad social y Derecho penal preventivo*, 1986, pp. 75 y ss.; GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal español de 1995, 1997*, pp. 132 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, “La regulación de las medidas de seguridad (artículo 6)”, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997 pp. 15 y ss.; SANZ

En el contexto del déficit histórico de legitimación y ausencia de limitaciones intrínsecas de las medidas de seguridad así como de la función preventiva de la pena, suceden una serie de transformaciones –desde la década de los noventa– que marcan un cambio de paradigma –culminando con el nuevo milenio–. El cambio de paradigma se produce con la irrupción de la *seguridad* en el discurso político-criminal y su manifestación inmediata en la legislación penal: del Estado de Derecho basado en libertades y del correspondiente Derecho penal de la culpabilidad al Estado de la seguridad y al correlativo Derecho penal de orientación preventiva y policial⁴⁷. De lo que ahora se trata es exclusivamente de la efectiva y eficaz protección a la víctima. La pena y la medida de seguridad dejan de dirigir su atención al delincuente en tanto persona resocializable para pasar a satisfacer la exigencia ilimitada de seguridad en las víctimas potenciales. Siendo ello así, cae por su propio peso el establecimiento de una nueva relación entre pena (y medidas de seguridad) y fines de la pena y límites a la intervención del Derecho penal: a mayor inseguridad, más necesidad de intervención. En este proceso, la proporcionalidad cambia de objeto de referencia: el delincuente debe tolerar una intromisión en su libertad hasta el punto necesario para garantizar la seguridad de la sociedad frente a él. En cierta medida puede afirmarse que la rudimentaria noción de la peligrosidad criminal (y de los inseguros criterios para su determinación individual) se ha quedado anticuada para fundamentar la reacción penal. Más bien la tendencia parece ser la de que sólo la *garantía de no peligrosidad* impide la intervención coactiva⁴⁸. La suficiente seguridad sólo queda garantizada si la puesta en libertad del autor sólo acontece cuando no exista ningún riesgo (más) de reincidencia⁴⁹. Por ello, no debe extrañar que lo que antes se entendían como manifestaciones de los límites del *ius puniendi* empiecen a concebirse como “lagunas de seguridad”⁵⁰ de la legislación penal.

2. Las estrategias del Derecho penal de la peligrosidad sexual que se han desarrollado páginas atrás responden en gran medida a esta lógica de la seguridad. La previsión de cláusulas legales específicas que habilitan al Juez penal a imponer una privación de libertad de larga duración, sea en forma de pena o de medida de seguridad constituye, como se ha podido comprobar, la reacción protagonista en el panorama internacional. Junto a ella, la imposibilidad de alcanzar la libertad hasta el cumplimiento del total de la condena mientras persista la peligrosidad del sujeto

MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, 2003, pp. 120 y ss. y pp. 179 y ss.; GRACIA MARTÍN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., 2004, pp. 385 y ss.; URRUELA MORA, “Los principios informadores del derecho de medidas en el Código penal de 1995”, en *RDPC*, núm. 8, 2001, pp. 167 y ss. y 179 y ss.

⁴⁷ Cfr. el análisis de HAFKKE, “Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?”, en *Kritische Justiz*, núm. 1, 2005, p. 20. Véase, también, la descripción de Díez RIPOLLÉS, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *RECPC*, 07-01, 2005.

⁴⁸ A algo muy similar, según creo, alude la descripción e intento de legitimación que efectúa ahora JAKOBS (“Zwang und Personalität. Überlegungen zu einer Theorie der strafergänzenden Maßregeln”, conferencia pronunciada en la Universitat Pompeu Fabra, junio de 2007 –en prensa–) cuando afirma que la persona tiene la obligación de prestar la suficiente seguridad cognitiva (“*Bringschuld*”). El modelo puede recordar, en su estructura, al presentado por los partidarios de la Escuela Moderna del Derecho penal y, muy especialmente, a las tendencias “sintomáticas” del delito. Ciertamente, hay similitudes notables pero la gran diferencia estriba en el mantenimiento de los conceptos de culpabilidad y reproche, modificando su objeto de referencia.

⁴⁹ BALTZER, *Die Sicherung des gefährlichen Gewalttäters –eine Herausforderung an den Gesetzgeber–*, 2005, p. 62.

⁵⁰ Esta expresión la utiliza, por ejemplo, BALTZER, *Die Sicherung des gefährlichen Gewalttäters –eine Herausforderung an den Gesetzgeber–*, 2005 p. 62.

parece imponerse frente al principio de la progresiva reintegración de la libertad. Sin embargo, no parece que el Juez penal ni, más en general, el Derecho penal estén en condiciones de practicar coherente e inocuamente estas estrategias. Además, puede ponerse seriamente en duda que ellas puedan aportar, en realidad, la reclamada seguridad. Por un lado, ya porque resulta ajena a la propia esencia del sistema de justicia penal el emitir sentencias condenatorias a un largo o indeterminado periodo de tiempo de privación de libertad sobre la base de *pronósticos sobre la conducta futura del autor*⁵¹. Ello no es casual. El Derecho penal perdería gran parte de credibilidad como sistema de transmisión normativa de valores y pautas de conducta si abandonara el principio del merecimiento y basara sus decisiones condenatorias en hipótesis de futuro. La posible obtención de una mayor dosis de “seguridad” se llevaría a cabo a costa del valor ético-expresivo de la pena. Por lo demás, la prolongación de la pena implica lógicamente anticipar el objeto del reproche a un estadio previo a la culpabilidad por el hecho⁵². Por otro lado, en cuanto a las medidas de seguridad, los *métodos de pronóstico* de la peligrosidad criminal tienen limitaciones considerables que dejan importantes márgenes de incertidumbre frente a los que la lógica de la seguridad responde con el “principio de precaución”. El legislador adopta cada vez más decisiones normativas abstractas e indiferenciadas acerca de la estimación de riesgos que resultan vinculantes para el Juez. Éste, por su parte, tampoco se halla en condiciones de adoptar decisiones excesivamente gravosas para el individuo en vista de la inseguridad inherente a las predicciones sobre el comportamiento humano, sean éstas de base estadística, ya lo sean intuitivas o incluso clínicas⁵³. La conjunción de ambos factores nos aboca, una vez más, al simbolismo penal.

Un estudio reciente en Alemania⁵⁴ ha puesto de manifiesto que, de hecho, los jueces no adoptan la decisión basada en un pronóstico de *peligrosidad potencial*, sino que siguen orientándose a partir del hecho cometido, de los antecedentes y la perturbación de la personalidad del sujeto. En consecuencia, los jueces no imponen las medidas legalmente previstas –en particular, la custodia de seguridad de larga duración o indeterminada– pese a que el sujeto formalmente cumpla con los requisitos para ello, por carecer de base material para determinar el comportamiento futuro del sujeto. El que el pronóstico de peligrosidad siga emitiéndose sobre la base de la conducta pasada y de datos actuales en el momento de emitir la sentencia implica, en la práctica, la limitación temporal de la privación de libertad, por un lado, y la existencia de condenados que tras ella siguen manifestando peligrosidad potencial, por el otro. Todo ello conduce a pensar que la previsión genérica de medidas de seguridad privativas de libertad de larga duración

⁵¹ Cfr. las consideraciones parcialmente críticas al respecto de VON HIRSCH, “La prolongación de la pena para los delincuentes peligrosos”, en CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (coords.), *La delincuencia violenta ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, 2005, pp. 200 y ss.

⁵² Esta conclusión me parece forzosa, pese a los esfuerzos últimamente de KÖHLER, “Die Aufhebung der Sicherungsmassregeln durch die Strafgerechtigkeit”, en *FS-Jakobs*, 2007, pp. 273 y ss. y pp. 279 y ss.

⁵³ Sobre las dificultades y déficits de legitimación de los denominados “métodos de pronóstico criminal”, véase, por todos, STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2002, n. marg. 619 y ss.; FRISCH, *Prognoseentscheidungen im Strafrecht*, 1983, p. 22 y ss.; el mismo, “Prognostisch fundierte Entscheidungen im Strafrecht”, *Recht und Psychiatrie*, 1992, pp. 110 y ss.

⁵⁴ BALTZER, *Die Sicherung des gefährlichen Gewalttäters –eine Herausforderung an den Gesetzgeber–*, 2005 p. 258, quien sin embargo no extrae las conclusiones que siguen en el texto.

como estrategia está más orientada a lograr efectos de prevención general negativa, simbólicos por tendencia, que a la efectiva producción de seguridad.

Otras estrategias tampoco parecen exentas de problemas. Así, la consistente en poner a disposición de la sociedad registros públicos donde poder consultar informaciones acerca del pasado de los ciudadanos, deja en manos de los particulares el procesar el alcance y significado de tales datos, lo que unido al alarmismo inherente de la lógica de la seguridad lleva necesariamente a la estigmatización y exclusión permanente de la vida social de quienes ya han cumplido su condena. Toda una invitación a las llamadas “reacciones informales” que están muy lejos del pretendido ideal de seguridad. Tampoco aquí parece, pues, que el Estado de Derecho disponga de una vía transitada para lograr mayor seguridad. La estrategia de la intervención psíquica y/o corporal presenta características peculiares. Así, la administración de ciertos medicamentos para el tratamiento de determinados trastornos sexuales –el empleo del término “castración” puede implicar el riesgo de impedir un análisis racional– puede ser útil en algunos casos como complemento a una terapia psiquiátrica convencional. Sin embargo, sus posibilidades de legitimación como medida (alternativa a la privación de libertad) dependen en gran parte de, por lo menos, tres extremos. Por un lado, de su uso cuidadosamente seleccionado para aquellas situaciones en la que se conoce con certeza su eficacia. Por otro lado, de los efectos secundarios que aún hoy resultan alarmantes. Finalmente, del carácter voluntario o forzoso de su administración. Esta última consideración, pone sobre el tapete la necesidad de una discusión urgente sobre las posibilidades y límites de las terapias forzadas⁵⁵. En cualquier caso, no parece que las consistentes en la administración de medicamentos que aquí se han considerado puedan alcanzar sus objetivos sin la predisposición y colaboración del sujeto y la asistencia psiquiátrica correspondientes.

El proyecto de reforma del Código penal no ofrece vías por las que pueda fluir un desarrollo admisible del vigente Derecho de medidas de seguridad. Sigue anclado en la utilización de la agravación por reincidencia, que ahora se articula a través del endurecimiento generalizado del régimen de cumplimiento de la pena privativa de libertad y a través de medidas complementarias a la pena. Por un lado, no todos los supuestos definidos allí como de reincidencia merecen idéntico tratamiento, de manera que se echa en falta un abordaje del problema desde la óptica específica de los delitos violentos y contra la libertad sexual, separándola de, por ejemplo, los casos de delincuencia patrimonial leve reiterada. Así, el endurecimiento del régimen de cumplimiento de la pena privativa de libertad no se vincula a la existencia de un pronóstico, siquiera rudimentario, de peligrosidad del sujeto, de manera que ésta se presume *ex lege* –en la línea de lo ya afirmado–, lo que puede comportar que se den situaciones de reincidencia sin peligrosidad y de peligrosidad sin reincidencia, en los que deba imponerse la medida innecesariamente o no pueda imponerse cuando ello sea necesario, respectivamente. Por otro lado, la parca configuración de la libertad vigilada y de la obligación de someterse a terapia augura su fracaso. En tanto medidas de seguridad tampoco se vinculan a la situación de peligrosidad del sujeto (sino siempre a la reincidencia), lo que las hace totalmente

⁵⁵ Llama la atención al respecto, HAFFKE, “Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?”, en *Kritische Justiz*, núm. 1, 2005, p. 27.

innecesarias cuando aquella no exista y quizás insuficientes cuando exista. La terapia parece recibir aquí un carácter forzoso, lo que implica una quiebra con el principio de voluntariedad del tratamiento en sujetos imputables que ha inspirado siempre la legislación penitenciaria española. En suma, cabe esperar que tampoco las –escasas y parciales– modificaciones previstas en el Proyecto aporten instrumentos adecuados para satisfacer las diversas necesidades implicadas.

3. No resulta sencillo, pese a los esfuerzos, contrarrestar o efectuar objeciones al aludido cambio de paradigma, pues resulta en todo caso *formalmente* amparado por el principio democrático. Contra éste sólo cabe oponer la primacía de la libertad propia de un Derecho penal de un Estado liberal de Derecho. La garantía de ésta como Derecho individual cobra especialmente sentido frente a los abusos de la mayoría. Sin embargo, mantenerse en este nivel de abstracción puede resultar insuficiente. Y ello porque pareciera que un Derecho penal liberal no puede atender a las peticiones de una sociedad preocupada por su seguridad. En forma de pregunta: ¿hasta qué punto puede un Derecho penal liberal dar respuestas a la peligrosidad criminal? Con la brevedad que exige el presente contexto:

En primer lugar, el Derecho penal no puede abandonar la primacía de la libertad. Esta es la principal garantía contra el totalitarismo y la arbitrariedad estatal. El precio de este primado de la libertad no es la *renuncia total a la seguridad*, sino la *renuncia a la seguridad total*. En palabras de FRISCH: «la tan esperada por muchos seguridad frente a delitos mediante el Derecho penal no la puede ofrecer ningún Derecho penal del mundo (...) No puede reclamarse para uno mismo la libertad frente a controles y vigilancias de todo tipo, hablar de igualdad de todos los ciudadanos y a la vez esperar que se omitan conductas que pueden reprimirse con ayuda del Derecho penal mediante la permanente vigilancia. Quien quiere libertad debe estar dispuesto a pagar también el precio que va a ella unido de un Derecho penal sólo limitadamente eficiente»⁵⁶. Ello significa, en concreto, la relativa presencia en la sociedad de “riesgos residuales” de peligrosidad.

En segundo lugar, la principal consecuencia del dominio de la libertad para el Derecho penal es el principio de culpabilidad. Es muy probable que ciertos aspectos de este principio deban ser revisados y que hasta la fecha no sepamos exactamente qué significa la culpabilidad y hasta qué punto es capaz de limitar la intervención penal. Sin embargo, sí sabemos que su reconocimiento tiene que ver con la consideración del otro como sujeto autónomo, como co-ciudadano, como persona autorresponsable y como coautor de reglas y normas.

En tercer lugar, el Derecho penal no debe pretender más de lo que puede lograr como mecanismo de estabilización normativa que es: la negación repetida de ciertas pautas de conducta que de manera generaliza e indiscutible rechaza la sociedad⁵⁷. En el marco de esta orientación eminentemente retributiva –pero no absoluta– de la pena, la prevención general tiene un espacio limitado: aquel que permita el merecimiento de pena sobre la base del principio de culpabilidad. El terreno de la resocialización es, en cambio, mucho más amplio. Ésta no se halla opuesta en

⁵⁶ FRISCH, “Sicherheit durch das Strafrecht?”, en *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter*, 2002, p. 686.

⁵⁷ Así, FRISCH, “Sicherheit durch das Strafrecht?”, en *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter*, 2002, p. 686.

absoluto al principio de culpabilidad, sino que en buena medida constituye su correlato⁵⁸. En efecto, la mayor o menor corresponsabilidad social en el sistema de producción-mantenimiento-garantía de la libertad mediante el Derecho penal determina la solidaridad para con el delincuente y la prestación de lo necesario para su integración social. En ciertos casos, esta exigencia ética del Estado puede conceptualizarse como un deber de solidaridad mínima. Para evitar equívocos debe advertirse que, pese a que la resocialización tiene un amplio espacio en tanto misión del Estado, ésta sólo puede llevarse a cabo de forma limitada en el marco de la pena. Principalmente y en el contexto que ahora nos ocupa ello hablaría, de nuevo, a favor de la tolerancia de ciertos riesgos en el proceso de reinserción de los penados.

En cuarto lugar, la primacía de la libertad, el principio de culpabilidad y la pena como reparación y expresión normativa de reprobación, sólo excluyen el uso indiscriminado, generalizado y mecánico del *Derecho de la pena* como instrumento de “combate” frente a conductas peligrosas futuras de los ciudadanos –en vez de cómo reacción al ejercicio defectuoso de la libertad y de las limitadas consecuencias preventivas que de esta reacción se derivan–, pero no impide el desarrollo de un *sistema de intervención individual* que implique diversos grados de heterotutela. Este es el principal campo de juego de la resocialización, en definitiva, de la *prevención individual*. En este sentido, el Derecho de medidas de seguridad debería experimentar una importante transformación, desvinculándose completamente del Derecho de la pena y orientándose al tratamiento, reeducación y reintegración en mayor medida de lo que lo ha hecho hasta ahora⁵⁹. Expresado en forma tajante: si de lo que trata es de la individualización, entonces el Derecho *penal* no es el instrumento idóneo para lograr ese objetivo. Naturalmente, esta “radical separación” de penas y medidas de seguridad no tiene por qué comportar una relajación para éstas últimas de los límites del Estado de Derecho, sino una configuración propia de un sector autónomo del ordenamiento desde finalidades totalmente ajenas a las de la pena y con los correspondientes controles y garantías a que toda intervención estatal restrictiva de derechos viene obligada⁶⁰. Sólo mediante la articulación de tales límites, necesariamente externos a la lógica de las medidas⁶¹, se supera la principal objeción que cuestiona su legitimidad⁶². Contamos ya con construcciones doctrinales que han aportado grandes avances para su trazado⁶³.

⁵⁸ Así, HAFKE, “Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?”, en *Kritische Justiz*, núm. 1, 2005, p. 32; KLESCZEWSKI, “Auswirkungen von Umbruch und Krise einer Bürger-Gesellschaft auf das Strafrecht –eine Hegelianische Perspektive”, en *ARSP*, 71, 1997, p. 152. Igualmente, centrado en la responsabilidad penal de los menores, véase, SILVA SÁNCHEZ, “El delito ¿responsabilidad individual o responsabilidad social?”, *Iter Criminis*, núm 2, Méjico, 2002, pp. 93 y ss.

⁵⁹ Ello es especialmente aplicable a la actual configuración vicarial de las relaciones entre pena y medida de seguridad que efectúa el Código penal español.

⁶⁰ Si se toma en serio la noción de Estado de Derecho debe dejarse de pensar en que sólo las intervenciones restrictivas de Derechos que se efectúan en el seno del Derecho penal quedan sometidas a las necesarias garantías individuales. Desde luego, nada obstaría al control jurisdiccional distinto al estrictamente penal de un Derecho de medidas individuales de intervención.

⁶¹ Y que no tienen necesariamente que coincidir con los determinados por y para la pena y el merecimiento de pena del hecho, véase la nota 60.

⁶² Y que recientemente ha vuelto a formular contra la existencia de las medidas de seguridad, VON HIRSCH, “La prolongación de la pena para los delincuentes peligrosos”, en CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (coords.), *La delincuencia violenta ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, 2005, p. 198, n.8.

⁶³ Especialmente, FRISCH, “Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem”, *ZStW* 102 (1990), pp. 343 y ss. (existe traducción al español a cargo de Patricia Ziffer, “Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal”, *InDret Penal*, 3/2007, pp. 1 y ss.). En

En quinto lugar, pese a las dificultades para depurar del pensamiento de la seguridad el componente emocional a él inherente, resulta no menos preocupante que la reacción de un Estado frente a la cuestión de la peligrosidad criminal de un sujeto consista en limitarse a facilitar las condiciones para un largo internamiento, a introducir todos los obstáculos para que alcance la libertad condicional o a simplemente facilitar mecanismos de control⁶⁴. Más bien la propia idea de protección –necesariamente relativa y limitada– de las víctimas potenciales exige una intervención mucho más intensa –y probablemente más costosa– sobre el origen del problema individual⁶⁵. En este sentido, resulta aconsejable transitar la vía de la puesta en práctica de medidas que combinen la terapia con la vigilancia y el seguimiento por parte de instancias especializadas⁶⁶, en la línea de las experiencias llevadas a cabo en otros países⁶⁷ y a la que insuficientemente parece apuntar la noción de “libertad vigilada”.

Finalmente, un Derecho de medidas desvinculado del Derecho de la pena podría dar respuesta a determinados supuestos excepcionales en los que la peligrosidad actual de una persona supusiera una amenaza inminente, grave y suficientemente concreta y probable (no siendo bastante la mera posibilidad). La intervención coactiva en esos casos viene amparada por la lógica del estado de necesidad (defensivo) y puede alcanzar la privación de libertad como mal necesario para conjurar el peligro. Queda limitada, no obstante, a su empleo aislado –como toda intervención en “situación de necesidad”– y condicionada a la continuada presencia del peligro inminente, grave y determinado. La cuestión –esencial en este punto– de cómo debe articularse el correspondiente juicio de pronóstico emitido *por instancias especializadas*, no puede ser objeto de este trabajo. No obstante, son también consideraciones directamente vinculadas al respeto de las garantías y derechos individuales las que deben presidirlo. Las posibilidades de prestación de seguridad mediante el Derecho de la peligrosidad criminal son, de nuevo, limitadas.

Bibliografía

España, por todos, SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, 2003, *passim*, con ulteriores referencias a las aportaciones fundamentales de, entre otros, JORGE BARREIRO, RODRÍGUEZ MOURULLO, CEREZO MIR, ROMEO CASABONA, MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, OCTAVIO DE TOLEDO, QUINTERO OLIVARES, MIR PUIG y SILVA SÁNCHEZ en esta materia.

⁶⁴ Así, con énfasis, SCHALL/SCHREIBAUER, “Prognose und Rückfall bei Sexualstraftätern”, *NJW* 1997, p. 2412.

⁶⁵ Así, BÖHM, “Opferschutz und Strafvollzug: Neue Wege zum Schutz vor gefährlichen Gewalt- und Sexualstraftätern”, *ZRP* 2007, pp. 41 y ss.; SCHÜLER-SPRINGORUM y OTROS, “Sexualstraftäter im Massregelvollzug”, *MschKrim* 79 (1996), pp. 147 y ss. y p. 188; afirmando que la terapia implica una reducción de los costes de la administración de justicia, GODERBAUER, “Die Nachsorge: wirksamere Resozialisierung durch Kooperation mit Trägern der Straffälligenhilfe”, *Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe*, 2005, pp. 338 y ss.

⁶⁶ Apunta decididamente hacia esta dirección, STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2002, pp. 414-416.

⁶⁷ Diversos estudios recientes en países de influencia germana indican que los índices de reincidencia de delincuentes sexuales que se someten a terapia se reducen entre un 37 y 50 por ciento, véase, SCHMUCKER/LÖSEL, “The effectiveness of treatment for sexuell offenders: a comprehensive meta-analysis”, *Journal of Experimental Criminology*, 2005; pp. 117 y ss., con ulteriores referencias; URBANIOK/STÜRM, “Das Zürcher ‘Ambulante Intensiv-Programm’ (AIP) zur Behandlung von Sexual- und Gewaltstraftätern”, *Schweizer Archiv für Neurologie und Psychiatrie*, 3/2006, p. 105; GODERBAUER, “Die Nachsorge: wirksamere Resozialisierung durch Kooperation mit Trägern der Straffälligenhilfe”, *Zeitschrift für für Strafvollzug und Straffälligenhilfe*, 2005, 338.

ALBRECHT, H.-J., "Antworten auf Gefährlichkeit. Sicherungsverwahrung und unbestimmter Freiheitsentzug", en *FS-Schwind*, 2006, pp. 191 y ss.

BALTZER, *Die Sicherung des gefährlichen Gewalttäters –eine Herausforderung an den Gesetzgeber–*, 2005.

BENDER, *Die nachträgliche Sicherungsverwahrung*, 2007,

BERLIN, "'Chemical Castration' for Sex Offenders", *New Eng. J. Med.* 336, 1997, p. 1030.

BÖHM, "Opferschutz und Strafvollzug: Neue Wege zum Schutz vor gefährlichen Gewalt- und Sexualstraftätern", *ZRP* 2007, pp. 41 y ss.

BRODY/GREEN, "Washington states unscientific approach to the problem of repeat sex offenders", *Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 20, 1994, pp. 343 y ss.

CANO PAÑOS, "El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (Sicherungsverwahrung) en el derecho penal alemán", *CPC* 2007, pp. 205 y ss.

CARPENTER, "Belgium, Germany, England, Denmark and the United States: The Implementation of Registration and Castration Laws as Protection against Habitual Sex Offenders", *Dickinson Journal of International Law*, 16, 1998, pp. 435 y ss.

CEREZO MIR, *Derecho Penal. Parte general I*, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado", *RECPC*, 07-01, 2005.

EASTON/PIPER, *Sentencing and Punishment*, 2005.

FARKAS/STICHMAN, "Sex Offender Laws: Can Treatment, Punishment, Incapacitation, and Public Safety be Reconciled?", *Criminal Justice Rev.* 27, 2002, p. 278.

FITZGERALD, "Chemical Castration: MPA Treatment of the Sexual Offender", *American Journal of Criminal Law* 18 (1990), p. 6.

FLACK, "Chemical castration: An Effective Treatment For The Sexually Motivated Pedophile or an Impotent Alternative to Traditional Incarceration?", *Journal of Law in Society* 7 (2005), p. 182 y ss.

FRISCH, *Prognoseentscheidungen im Strafrecht*, 1983.

FRISCH, "Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem", *ZStW* 102 (1990), pp. 343 y ss. (existe traducción al español a cargo de Patricia Ziffer, "Las medidas de

corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal”, *InDret Penal*, 3/2007, pp. 1 y ss.

FRISCH, “Prognostisch fundierte Entscheidungen im Strafrecht”, *Recht und Psychiatrie*, 1992, pp. 110 y ss.

FRISCH, “Sicherheit durch das Strafrecht?”, en *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter*, 2002, pp. 669 y ss.

GAENSLER, *Die Behandlung rückfallgefährdeter Sexualstraftäter*, 2005.

GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal español de 1995*, 1997.

GODERBAUER, “Die Nachsorge: wirksamere Resozialisierung durch Kooperation mit Trägern der Straffälligenhilfe”, *Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe*, 2005, pp. 338 y ss.

GRACIA MARTÍN (Coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., 2004.

HAFFKE, “Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?”, en *Kritische Justiz*, núm. 1, 2005, pp. 17 y ss.

HANSEN/LYKKE-OLESEN, “Treatment of dangerous sexual offenders in Denmark”, *Journal of Forensic Psychiatry*, 8, 1997, pp. 195 y ss.

HARRISON, “The High-Risk Sex Offender Strategy in England and Wales: Is chemical castration an Option?”, *The Howard Journal of Criminal Justice*, vol. 46, n. 1, 2007, p. 20.

HERRERA MORENO, *Publicidad y control penal*, 2002.

VON HIRSCH “La prolongación de la pena para los delincuentes peligrosos”, en CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (coords.), *La delincuencia violenta ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, 2005, pp. 200 y ss.

HÖRNLE, “Verteidigung und Sicherungsverwahrung”, *StV* 2006, pp. 383 y ss.

JAKOBS, “Zwang und Personalität. Überlegungen zu einer Theorie der strafergänzenden Maßregeln”, conferencia pronunciada en la Universidad Pompeu Fabra, junio de 2007 (en prensa).

JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho penal español*, 1976.

KINZIG, “Die Sicherungsverwahrung – von einer vergessenen zu einer boomenden Massregel”, en BARTON (Hrsg.), “... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!": *Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung*, 2006.

KINZIG, "Umfassender Schutz vor dem gefährlichen Straftäter? – Das Gesetz zur Einführung der nachträgliche Sicherungsverwahrung", *NStZ* 2004, pp. 655 y ss.

KLESCZEWSKI, "Auswirkungen von Umbruch und Krise einer Bürger-Gesellschaft auf das Strafrecht –eine Hegelianische Perspektive", en *ARSP*, 71, 1997, p. 152.

KÖHLER, "Die Aufhebung der Sicherungsmassregeln durch die Strafgerechtigkeit", en *FS-Jakobs*, 2007, pp. 273 y ss.

KREUZER, "Nachträgliche Sicherungsverwahrung – rote Karte für gefährliche Gefangene oder für den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz?", *ZIS* 4/2006, pp. 145 y ss.

KUNZ, "Die Sicherung als gefährlich eingestufte Rechtsbrecher: Von der Strategie der Inklusion zur strafrechtlichen Exclusion", en "... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!", 2006.

KUNZ/STRATENWERTH, "Zum Bericht der Arbeitsgruppe 'Verwahrung'", *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 123, 2005, pp. 2 y ss.

LAUBENTHAL, "Die Renaissance der Sicherungsverwahrung", *ZStW* 116 (2004), p. 750.

LIEB/MATSON, *Sexual Predator Commitment Laws in the United States: 1998 Update*, 1998.

LIEB/QUINSEY/BERLINER, "Sexual Predators and Social Policy", *Crime & Justice* 23 (1998), pp. 43 y ss.

MEYER/COLE/EMORY, "Depo-Provera treatment for sex offending behavior: An evaluation of outcome", *Bulletin of the American Academy of Psychiatry and Law*, 20, (1993), pp. 249 y ss.

MUÑOZ CONDE, "Monismo y dualismo en el derecho penal español", en *Estudios penales y criminológicos*, VI, 1983 pp. 215 y ss.

MUÑOZ CONDE, "Vorschlag eines neuen Massregelsystems", en HASSEMER (hrsg.), *Strafrechtspolitik*, 1987, pp. 117 y ss.

OSTENDORF/BOCHMANN, "Nachträgliche Sicherungsverwahrung bei jungen Menschen auf dem internationalen und verfassungsrechtlichen Prüfstand", *ZRP* 2007, pp. 146 y ss.

PALERMO/FARKAS, *The dilemma of the sexual offender*, 2001.

PEGLAU, "Das Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung", *NJW* 2007, pp. 1558 y ss.

PÉREZ TRIVIÑO, "El renacimiento de los castigos avergonzantes", *Isonomía*, núm 15, 2001, pp. 193 y ss.

RENZIKOWSKI, "Die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die Europäische Menschenrechtskonvention", *JR* 2004, pp. 271 y ss.

ROMEO CASABONA, *Peligrosidad social y Derecho penal preventivo*, 1986.

RUCKNELL, "Abuse It and Lose It: A Look at California's Mandatory Chemical Castration Law", *Pacific Law Journal* 28 (1997), p. 559.

SÁNCHEZ LÁZARO, "Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad", *Revista Penal*, núm 17, 2006, pp. 142 y ss.

SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, 2003.

SCHALL/SCHREIBAUER, "Prognose und Rückfall bei Sexualstraftätern", *NJW* 1997, p. 2412.

SCHMUCKER/LÖSEL, "The effectiveness of treatment for sexuell offenders: a comprehensive meta-analysis", *Journal of Experimental Criminology*, 2005; pp. 117 y ss.

SCHÜLER-SPRINGORUM Y OTROS., "Sexualstraftäter im Massregelvollzug", *MschKrim* 79 (1996), pp. 147 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, "El delito ¿responsabilidad individual o responsabilidad social?", *Iter Criminis*, núm 2, Méjico, 2002, pp. 93 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, "La regulación de las medidas de seguridad (artículo 6)", en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997 pp. 15 y ss.

STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2002.

URBANIOK/STÜRM, "Das Zürcher 'Ambulante Intensiv-Programm' (AIP) zur Behandlung von Sexual- und Gewaltstraftätern", *Schweizer Archiv für Neurologie und Psychiatrie*, 3/2006, pp. 103 y ss.

URRUELA MORA, "Los principios informadores del derecho de medidas en el Código penal de 1995", en *RDPC*, núm. 8, 2001, pp. 167 y ss.

WINSLADE, "Castrating Pedophiles Convicted of Sex Offenses Against Children: New Treatment or Old Punishment?", *SMU Law Rev.* 51, 1998, p. 371.

WONG, "Chemical castration: oregon's innovative approach to sex ofender rehabilitation, or unconstitutional punishment?", *Oregon Law Review*, vol. 80, 2001, pp. 267 y ss.

ZIMRING/HAWKINS, *Incapacitation*, 1995.