

PROBLEMAS BÁSICOS DE LOS DELITOS SEXUALES

*Antonio Bascuñán Rodríguez**

Universidad de Chile

I. INTRODUCCIÓN: CONTRA EL REFORMISMO CONFORMISTA

Es difícil que exista otro ámbito del Derecho penal 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 en nuestra Facultad de Derecho. Mi deuda con el Profesor Sergio Yañez Pérez no es menos importante: en estas páginas reconozco -al menos parcialmente- la reclusión de un punto de vista suyo, que durante años rechazé 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 imputables 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 ineluctables: 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 desmantelamiento 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

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 donde 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 casística, 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:

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

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: *Summa Teológica*, II-II, q. 154 a. 12.

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

⁶ *Summa 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*), entendiendo 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 a 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 a Präjudizien 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 der 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" (*unfreiwillige 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, incorrecta 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 Puniición austriaca (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 123, 140 a 144; Segunda Parte, §§ 61 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 "abuso 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*, §§ 1178-1180.

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 original 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.

incriminación 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 indevido 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 RAMUNDO DI... Rfo: *Derecho Penal*, Tomo III, p. 319, Santiago, 1935.

¹⁹ Así, BASCUNÁN V., ANTONIO: *El delito de abusos deshonestos*, 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 imputables (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 coacción 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 constrangimiento —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* constreñe 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 la 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 reformulista, 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, ¿si 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 construye 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

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".

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 coacción, 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 coercitivos 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 alcanza 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 coacción 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. 296 N° 1, 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 coacción.

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 desliza 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 libertad sexual es una consecuencia de que el sentido y significación de la acción

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 LOPEZ GARRIDO, MERCEDES GARCIA ADAS: *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. Constreñir 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 sexualidad de otro. En el Derecho penal alemán, por ejemplo, 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. Constreñir 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 asentimiento.

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 desamolla 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 incapacidad 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 Jéficit 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

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 inculminable 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 inculminable 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

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.

³¹ Jorge Luis Borges: *Historia Universal de la Infancia* [1935], en: del mismo, *Prusa 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, si 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 imputables. No hay argumentos empíricos que puedan justificar la calificación *a priori* de toda acción sexual con un menor imputable, 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 violación de un menor imputable 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 imputable 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 conarrestar 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 aserción 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 solo 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 reificado 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 inutilidad 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 cientificidad corresponde a la edad de la inocencia de la filosofía de la jurisprudencia. Hoy sabemos que la dogmática es ante todo deficiaria 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

fórmula 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 intimidación sexual es así entendida en el sentido originario, más básico y rudimentario del concepto de intimidación: como un derecho de exclusión.

De todas las fórmulas conceptuales utilizadas para comprender la regulación penal del comportamiento sexual, la de la intimidación sexual es —con mucho— la más adecuada desde un punto de vista operativo. Esta concepción explicita, 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 imputables 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 intimidación 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 intimidación 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 intimidación 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 intimidación sexual que la coerción que tiene lugar en un marco equivoco 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 intimidación hace por otra parte ineludible 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 intimidación —constitucional y penal— se dispensa precisamente de ese modo, concretándola en "ámbitos" o "procesos" específicos de comunicación

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 intimidación 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 intimidación sexual, se puede explicar que la libre expresión del sentimiento sexual tenga un carácter tan conflictivo. Su comprensión como variante de una cuestión de intimidación 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 intimidación 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 éste: 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 intimidación sexual corre, sin embargo, pareja con su indoneidad 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 intimidación 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 intimidación— que conllevan 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

³² E. KANT, *Begriff der Handlung des gemeinen deutschen Strafrechts-Besondere Teil*, 2ª ed., Leipzig, 1902, Tomo I § 21, III-4, p. 31.

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 legítima de marcos intensificados de punibilidad. Estos rasgos, unidos al encubrimiento 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.