

LA INCONSISTENCIA DEL DERECHO PENAL SEXUAL MODERNO

Antonio Bascuñán Rodríguez

1. LA ANOMALÍA

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

Esta asimetría tiene un principio de explicación. No mantenemos una expectativa de realización sexual continua, esto es, de una vida que consista en la práctica ininterrumpida de acciones sexuales. Los constreñimientos

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

fácticos que se oponen a esa expectativa son múltiples, desde las condiciones fisiológicas del individuo humano hasta la satisfacción temporalmente prioritaria de otros intereses o necesidades. En virtud de estos constreñimientos asumimos que la plena realización sexual como parte de un plan personal de vida no es incompatible con la omisión de acciones sexuales durante un tiempo considerable. De ahí que diferir en el tiempo la ejecución de una acción sexual no implique *per se* una frustración significativa de la plena realización sexual. En contraste, la expectativa de abstención sexual sí tiene sentido como ausencia continua, ininterrumpida de contacto sexual. Por esa razón, ser constreñido a tolerar un contacto sexual no puede ser comprendido como diferir en el tiempo la no ejecución de un acto sexual en el mismo sentido anterior, sino que implica una frustración significativa de la expectativa de abstención. Esta asimetría del valor temporal de la preferencia negativa de sexualidad (voluntad de abstención) respecto del valor temporal de la preferencia positiva de sexualidad (voluntad de realización) permite explicar que *ceteris paribus* la coacción puntual a tolerar un contacto sexual indeseado sea considerada como un daño más grave que la coacción puntual a omitir un contacto sexual deseado.

La explicación no basta sin embargo para dar cuenta del abismo que separa una de otra forma de atentado a la libertad sexual en la cultura jurídica y el derecho penal sexual moderno. Ese abismo hace posible, por ejemplo, que un tribunal imponga 200 años de presidio por la mera posesión de 20 imágenes de pornografía infantil² y al mismo tiempo que sea jurídico-penalmente irrelevante que un niño sea sometido a una educación sexual traumáticamente represiva. Ese abismo hace que calificar la asimetría como anomalía resulte incluso contraintuitivo. El derecho penal sexual moderno define el delito sexual como un abuso que es cometido realizando una acción sexual con el cuerpo de otro contra o sin su voluntad (en su formulación originaria), o bien coaccionando a la víctima a tolerar la realización de una acción sexual con su cuerpo (en su formulación más reciente). Esta definición es tan constitutiva de nuestra comprensión del delito sexual como abuso, y de ese abuso como atentado a la autonomía personal, que prescindir de ella en la formulación de las normas legales haría incomprendible para nosotros esa regulación como derecho penal sexual.

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

² *Arizona v. Berger* (Corte Suprema de Arizona, sentencia de 10 de mayo de 2006, N° CR-05-0101-PR); *certiorari* denegado por la Corte Suprema federal el 26 de febrero de 2007.

lectura revertida advierte que el sentido primario de esa regulación no es la protección de la autonomía, sino la restricción de la sexualidad.

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

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

La primera versión de las ideas aquí desarrolladas corresponde a una conferencia que dicté hace más de diez años en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.³ En ese momento, afirmar estas ideas implicó reconocer la tesis defendida por Sergio Yáñez Pérez (1925-2006) en su magisterio, según la cual los delitos sexuales son construcciones irreductiblemente culturales. Nada mejor para rendir homenaje a su memoria que aprovechar esta ocasión para revisar esa tesis.⁴

2. EL REVERSO

El derecho penal moderno se comprende a sí mismo por oposición al modelo regulativo heredado de la teología moral escolástica y el derecho canónico medieval. La formulación más simple de ese modelo se encuentra en la teología moral de Tomás de Aquino. En la sección II-II de la *Suma de Teología*, los comportamientos sexuales prohibidos son concebidos como especies de lujuria (q. 154),⁵ que se clasifican bajo dos consideraciones.

³ Bascuñán, Antonio: "Problemas Básicos de los Delitos Sexuales", *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile*, Número Especial, 1997, pp. 71-94.

⁴ Esta contribución es una versión revisada del artículo publicado como "El derecho penal sexual moderno: ¿Afirma seriamente lo que dice?", en AA.VV., *SELA 2009, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2009, pp. 209-232.

⁵ La lujuria es el vicio (q. 153) opuesto a las virtudes de la castidad y el pudor (q. 151), las cuales son parte de la virtud de la templanza (q. 141). La templanza modera las inclinaciones naturales del hombre comunes con los animales, subordinándolas al orden de la razón. En

La primera consideración atiende a si atentan contra el orden natural del sexo o bien contra su orden racional. Atenta contra el orden natural del sexo todo uso del placer sexual que se aparta de su fin natural reproductivo; a esta clase pertenecen los pecados contra natura, que van desde la masturbación hasta el sexo con animales. Atenta contra el orden racional del sexo todo uso del placer sexual ordenado a la reproducción que tiene lugar fuera del matrimonio monógamo e indisoluble, necesario para asegurar la crianza y educación de la prole; a esta clase pertenecen todas las situaciones extramatrimoniales de coito heterosexual por vía vaginal, desde la simple fornicación hasta el rapto. La segunda consideración atiende a la relación del acto sexual con otras personas, o sea, a su consideración como una injuria o injusticia contra otro. En el tratamiento de Tomás de Aquino, esta consideración sólo se aplica al coito heterosexual vaginal, que puede conllevar injuria a la mujer (incesto o estupro) o injuria a la persona bajo cuyo poder ella se encuentra (padre o marido). En suma, todo uso del placer sexual se encuentra prohibido, salvo la realización del coito vaginal por marido y mujer.

La crítica moderna al modelo regulativo medieval se concentró en la impugnación del imperativo de reforzamiento de las normas morales por la coacción estatal. Aquí no es eso lo que interesa,⁶ sino analizar las consecuencias conceptuales que este modelo acarrea para la definición del delito sexual por el derecho penal.

En primer lugar, *todo delito sexual exige la realización de una acción sexual*. Para una concepción del delito sexual como especie de lujuria no puede haber merecimiento de pena bajo este concepto sin uso del placer sexual. Esto exige, primero, una concreción de la acción en el cuerpo humano; la lujuria es un pecado de tacto (cf. nota 2). Segundo,

tanto virtud especial, la templanza se ocupa de los placeres del tacto, que se refieren o bien al alimento o bien a los actos sexuales. Así como el alimento es el objeto de las virtudes de la abstinencia (comida) y de la sobriedad (bebida), cuyo vicio por exceso es la gula, los actos sexuales son el objeto de la castidad (coito) y del pudor (demás actos venéreos) y el vicio por exceso es, como se ha dicho, la lujuria (q. 143): el uso del placer sexual en contra de la recta razón (q. 154 a.1).

⁶ La caracterización del modelo regulativo de Tomás de Aquino como represivo de la sexualidad es cándida. Para juzgar en ese sentido el modelo de Tomás de Aquino es necesario atender por lo menos a tres consideraciones: (i) en su contexto histórico, la doctrina de Tomás de Aquino corresponde a una postura de validación categórica del coito heterosexual matrimonial por vía vaginal como acto virtuoso, por su conformidad con una inclinación natural conforme al orden de la razón (la reproducción); (ii) las relaciones históricas del modelo teológico con el derecho penal civil (secular) nunca fueron de subordinación completa por parte de éste a aquél; a diferencia del derecho canónico, los estatutos penales europeos de los siglos XIV a XVIII nunca tradujeron todas las prohibiciones de pecados en prohibiciones de delitos; (iii) el propio modelo teológico no exige reforzamiento penal de las prohibiciones morales en toda su extensión: la teología moral tomista acepta márgenes de impunidad civil por razones prudenciales. Finalmente, es claro que la reducción del concepto de represión cultural a un modelo de prohibiciones explícitas no da cuenta de la amplia variedad de modos en que puede desplegarse una cultura represiva de la sexualidad.

esto hace al autor del delito sexual un autor de propia mano, es decir, la intervención del propio cuerpo; el delito sexual no se comete mediante otro.

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

En tercer lugar, por derivación de las dos observaciones anteriores, *los delitos sexuales no son primariamente delitos de víctima*, en el sentido moderno. Es cierto que bajo una consideración las especies de la lujuria atienden a quien recibe injuria. En esos casos puede hablarse de la presencia de una víctima. Pero estas víctimas no lo son porque el acto sexual se realice contra su voluntad. No es su condición de personas coaccionadas a tolerar un contacto sexual lo que las constituye en personas perjudicadas. Allí donde la coacción es relevante para identificar una víctima, en el delito de rapto de la mujer soltera, la víctima de la coacción no es la víctima del acto sexual: el perjudicado por la coacción propia de ese rapto es el padre de la mujer, víctima de la injuria presente en la fornicación con la hija sometida a su potestad, efectuada sin su consentimiento (el del padre). Pero ni siquiera lo es tratándose de la mujer que es forzada al coito vaginal extramatrimonial. La injusticia del coito respecto de la mujer se encuentra en su corrupción, esto es, en la pérdida de su estatus como persona sexualmente intangible, ya sea en términos absolutos (estupro) o relativos (incesto). La posición de la mujer en la realización del coito heterosexual vaginal extramatrimonial es la de partícipe en un delito sexual (como mínimo, fornicación). En eso, su posición no se diferencia de la de cualquier interviniente en la realización de un delito contra natura. Dado que el delito está constituido por la contrariedad del acto al orden natural y racional del uso del placer sexual, en principio, todos los que intervienen en su realización son autores.

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

do con la afirmación de una regla de imputación en cuya aplicación se exculpa la propia infracción de una norma de comportamiento.⁷

3. EL ANVERSO

Los planes de legislación criminal de la Ilustración y la codificación penal temprana rompieron con el modelo regulativo medieval rechazando su matriz metaética. La sustitución de una concepción cosmológica de la fundamentación de los principios de justicia por una concepción instrumental o comunicativa, expresada en las distintas concepciones del contrato social, privó de conclusividad a la idea del imperativo de dominio racional del impulso animal como justificación del merecimiento de pena de los delitos sexuales. Bajo la nueva matriz metaética, sólo un atentado contra los derechos de otro o contra un interés colectivo podía merecer el estatus de delito. La ruptura se expresó en el quiebre de la unidad de la clase sistemática de los delitos carnales (i.e., sexuales) y su división en dos categorías contrapuestas, los delitos de abuso sexual, constitutivos de atentados contra un derecho individual, con el estatus de crímenes, y los delitos contra las buenas costumbres, constitutivos de infracciones a la moral social sexual, con el estatus de delitos menos graves.⁸

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

⁷ El concepto de víctima de un delito es prescriptivo: si una acción u omisión es describible como un atentado contra un estado de cosas cuya preservación interesa a una persona, y si el interés de esta persona es una razón de peso para justificar la prohibición de ese atentado, entonces quien ve afectado su interés por ese ataque es una víctima. Sin embargo, cuando el ataque consiste en una interacción con la víctima, es decir, cuando el ataque implica que la víctima haga, omita o tolere (= omita resistir) algo, entonces se plantea como cuestión posible la evaluación deóntica del comportamiento de la víctima como infracción de una prohibición o imperativo, y la consideración del ataque sufrido por ella como razón para su exculpación por esa infracción. Tal es el caso de los dos modos tradicionales de ataque interactivo, la coacción y el engaño. Manejar un concepto adscriptivo de víctima implica priorizar la calificación deóntica del comportamiento realizado por la víctima en sentido prescriptivo.

⁸ Estos rasgos son compartidos por la codificación francesa (1791, 1810), la codificación austríaca ilustrada (1797), la codificación bávara (1813) y la codificación temprana española (1822). No son compartidos por la codificación temprana prusiana (1794) ni por la codificación temprana austríaca (1803). Los textos que comparten los rasgos ilustrados no lograron, sin embargo, una identificación común del derecho individual lesionado por el abuso sexual. La codificación francesa (1791, 1810) se limitó a calificarlos de delito contra las personas, junto con el homicidio y las lesiones. La codificación austríaca ilustrada (1797) y la codificación bávara (1813) los trataron como delitos contra la libertad, junto con la privación de libertad. La codificación española (1822) los trató como “fuerzas”, también junto con otros atentados contra la libertad individual.

embargo en la definición asimétrica del abuso sexual el dato que desmiente esa pretensión.

El momento crucial en la constitución asimétrica de la clase de los delitos de abuso sexual está en los años 1800 y 1801, que son los años de publicación de la obra fundamental de teoría del derecho penal de Paul Johann Anselm Feuerbach y de la primera edición de su influyente tratado de derecho penal positivo. En la primera obra mencionada, cuando desarrolla los presupuestos abstractos de la pena proporcionada, partiendo de la definición del delito como lesión de un derecho, Feuerbach identifica como primer derecho privado originario de los individuos el derecho al libre uso del cuerpo, y le asigna tres contenidos específicos: (i) el derecho a la posesión del cuerpo (derecho a la vida), (ii) el derecho a la posesión imperturbada de las fuerzas corporales (derecho a la salud) y (iii) el derecho al uso imperturbado de esas fuerzas para los fines propios (derecho a la libertad corporal, física).⁹ En la segunda obra mencionada, cuando aplica este esquema de reconstrucción sistemática al derecho penal común alemán, Feuerbach sostiene que las leyes romano-alemanas conocen tres clases de lesión del derecho a la libre disposición del cuerpo: (i) la lesión mediante ocupación del cuerpo para fines indeterminados (delito de plagio), (ii) la lesión mediante ocupación unida a la sustracción con fines de la satisfacción del impulso sexual (rapto), y (iii) la lesión mediante el uso no autorizado, forzado con violencia de las partes sexuales de una persona (violación).¹⁰

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

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

⁹ Feuerbach, Paul Johann Anselm: *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Segunda Parte, Chemnitz, 1800 (reimpresión Aalen, Scientia, 1966), pp. 235 s.

¹⁰ Feuerbach, Paul Johann Anselm: *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen, 1801, § 289, p. 222.

El efecto de esta acción (violenta) es un hacer o no hacer no querido. No debe atenderse a su efecto más allá del actuar en sí mismo considerado, esto es, el actuar mismo debe valer como lo más importante y no debe considerarse el efecto de ese actuar como la cosa principal.¹¹

En esta precisión de Tittmann se encuentra afirmado el principio de neutralidad moral de la protección de la autonomía personal. Su consecuencia sistemática es exigir simetría en la protección penal de la libertad personal. Sobre esta premisa se configuraron los delitos de coacción, encierro y robo de hombre, las tres formas delictivas básicas distinguidas por Tittmann y recogidas por la codificación alemana.¹²

Los delitos de abuso sexual, sin embargo, no experimentaron esa reformulación. La coacción sexual quedó definida desde la perspectiva de la víctima como sanción del constreñimiento de un contacto corporal indeseado, sin abrirse nunca a la sanción del impedimento de un contacto corporal deseado. La unilateralidad (asimetría) de los delitos de abuso sexual los constituyó en una anomalía por oposición a la bilateralidad (simetría) del delito de coacción, dentro del propio sistema de la parte especial de la codificación penal. En otras palabras: *los delitos contra la libertad sexual no recibieron la forma que el sistema dio a los delitos contra la libertad*.¹³

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

¹¹ Tittmann, Klaus August von: *Beiträge zu der Lehre von den Verbrechen gegen die Freiheit*, Erbsteinische Buchhandlung, Meissen, 1806, p. 3.

¹² La concepción alemana de los delitos contra la libertad, contrapuesta a la francesa, influyó en la codificación italiana a través de su recepción por la codificación toscana. La codificación italiana influyó a su vez en la codificación sudamericana, principalmente a través de su recepción en la codificación argentina. El hecho de que la codificación española haya demostrado tanto en 1822 como en 1848 una estrecha afinidad con la concepción alemana de los delitos contra la libertad constituye un auténtico misterio. Tratándose de los delitos contra la libertad y los delitos sexuales, la tesis de que la clave explicativa para las peculiaridades de la codificación española de 1848 se encontraría en la influencia del Código Penal austríaco de 1803 es falsa: en estas materias el código austríaco de 1803 era premoderno.

¹³ Desde el punto de vista de la historia dogmática del concepto jurídico de coacción el problema que plantea la definición del abuso sexual por la codificación temprana es un caso especial de un proceso evolutivo mucho más amplio y complejo, el del tránsito de una concepción adscriptiva a una concepción prescriptiva de la coacción. Es decir, de su concepción como presupuesto de una regla de imputación a su concepción como el supuesto de hecho de una norma de comportamiento. Sus extremos históricos son identificables. El punto de partida se encuentra en la consideración por el derecho canónico (*Decretum Gratiani*, 1140-1142) de que sólo el padecimiento de *vis absoluta* puede excluir la culpabilidad por la comisión de un delito, porque su padecimiento excluye toda imputación posible. El punto de término se encuentra en la consideración por Friedrich Karl von Savigny (*System des heutigen römischen Rechts*, 1840-1842) de que el padecimiento de *vis compulsiva* permite impugnar la validez de un acto jurídico, porque constituye un comportamiento jurídicamente prohibido. De las intrincadas fases intermedias de estos setecientos años, la constitución del concepto moderno de abuso sexual es uno de los hitos principales.

Es un lugar común afirmar que el punto de inflexión del derecho penal sexual moderno se encuentra en la despenalización de la simple fornicación. Pero esa afirmación pierde de vista que era un hecho histórico asentado la existencia de divergencias entre el derecho penal estatal (secular) y el derecho canónico, y que, además, tratándose del pecado sexual más leve el propio modelo regulativo medieval contaba con razones prudenciales para prescindir de su sanción por la ley penal estatal. El punto de inflexión se encuentra, como se ha dicho, en la definición del delito sexual como un delito de abuso, esto es, como un delito de víctima bajo una concepción prescriptiva de víctima. Esa definición tiene un componente liberal, sin duda, pues pone en entredicho la legitimidad de cualquier sanción penal de un comportamiento sexual no abusivo. En el contexto de los contactos corporales constitutivos de delito sexual, fue esa definición lo que cuestionó la legitimidad de la sanción penal del delito contra natura, la prostitución y el estupro de seducción (la iniciación sexual de personas jóvenes por personas mayores). Como ya se ha dicho, toda la discusión posterior acerca de los límites legítimos del derecho penal sexual ha girado en torno a esta cuestión. Pero para la cultura jurídica de los siglos XIX y XX, tan importante como el componente liberal fue su componente anómalo: la restricción del concepto de abuso al constreñimiento del contacto corporal no deseado.

Tan constitutiva del concepto moderno de delito sexual es esa restricción, que en las dos oportunidades históricas que un texto legal ha ofrecido para ser interpretado como protección irrestricta, es decir, bilateral y simétrica, de la autonomía sexual, no se ha vacilado en interpretar y aplicar esas disposiciones bajo el paradigma del abuso sexual como constreñimiento a un contacto corporal no deseado por la víctima.

El Código Penal español de 1995 prohibió la acción de “atentar contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación” como delito genérico de agresión sexual (art. 178). Difícilmente podría pensarse en una formulación que abarcara de manera más explícita tanto el atentado a la libertad de abstención sexual como el atentado a la libertad de realización sexual. La doctrina y la jurisprudencia españolas, sin embargo, aun advirtiendo esa posibilidad de interpretación simétrica de la protección de la autonomía sexual, en forma prácticamente unánime han considerado que los atentados a la libertad de realización sexual se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de esa norma. El nuevo “atentado a la libertad sexual” no es sino el mismo “abuso sexual” de la codificación, esto es, exclusivamente un contacto sexual no deseado por la víctima.¹⁴

¹⁴ Valga por todos el siguiente pasaje del manual para estudiantes más reciente: “sería erróneo pensar que la totalidad de este contenido [de la libertad sexual] se tutela en los preceptos del Título viii que estamos estudiando. Con éstos se pretende que ninguna persona se vea forzada o inducida por otra a un ejercicio de la sexualidad no querido o no aceptado de manera libre y consciente o aceptado con la voluntad viciada por alguien (menores e incapaces) a cuyo asentimiento no se atribuye relevancia en la mayoría de los casos, y no a amparar o promover la actividad sexual preferida por cada ciudadano”. Vives Antón, Tomás *et al.*: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 213 s.

En 1998, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional prohibió “toda otra forma de violencia sexual de gravedad comparable” como delito residual de significación sexual (art. 7-1-g). Si por “violencia sexual” cabe entender “coacción de la libertad sexual” –y en principio, es una lectura semánticamente correcta–, entonces el impedimento del ejercicio de la sexualidad sería constitutivo de delito bajo el Estatuto de Roma. Sin embargo, los Elementos de los Crímenes no vacilaron en sostener una interpretación restrictiva, exigiendo como primer requisito “[q]ue el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual” (art. 7-1-g-6). Esta definición no deja dudas: impedir a una o más personas la realización de un acto de naturaleza sexual no cuenta como violencia sexual.¹⁵

La definición restringida de los conceptos de “atentado a la libertad sexual” y “violencia sexual” coincide por supuesto con la concepción adscriptiva de víctima. Para la lectura revertida, esa restricción permite conjeturar que el moderno delito de abuso sexual tiene un doble carácter normativo. Formal y explícitamente es una afirmación legal que declara a la persona que padece la coacción como titular de un derecho a la libertad sexual; informal y tácitamente es una afirmación cultural que declara a la persona que padece la coacción como inocente de la infracción de un imperativo de abstención sexual. Por eso, la libertad sexual protegida por el moderno delito de abuso sexual es exclusivamente la libertad de abstención.

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

Las manifestaciones de este nexo cultural en la práctica judicial de la segunda mitad del siglo XX es un hecho bien conocido. La absolución del acusado por consideración del comportamiento de la víctima (falta de resistencia suficiente, insinuación precedente) se basa en definitiva en una imputación del contacto sexual a quien arguye ser víctima de un abuso, en el sentido preciso del concepto adscriptivo de víctima. El punto de vista usual del discurso liberal es criticar esta consideración como una perturbación moralizante de la estructura conceptual del abuso sexual, en el sentido

¹⁵ La edición en español que maneja la Organización de las Naciones Unidas adopta esta interpretación restringida ya en la fijación del texto legal. En vez de la expresión “otra forma de violencia sexual”, el texto usa la fórmula “otros abusos sexuales” (Documento A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998). El uso de la expresión tradicional de la codificación zanja la posible controversia interpretativa.

de la intromisión de una valoración cultural ajena a un espacio constituido con independencia de esa valoración. La hipótesis de la lectura revertida demuestra la superficialidad de esa crítica. Lejos de representar una intromisión, la interpretación del delito de abuso sexual como un delito de víctima en sentido adscriptivo no hace sino explicitar la gramática profunda de la legislación. Desde luego, una gramática incongruente con el fundamento moral de esa legislación, pero hecha plausible precisamente por la incongruencia de la propia legislación con su fundamento moral.¹⁶

4. LA AMBIGÜEDAD, LA CONTRACCIÓN Y LA EXPANSIÓN

Como se dijo en la sección anterior, el modelo ilustrado conservó un remanente explícito del modelo medieval –los delitos contra la moral social sexual–, aunque sometiéndolo a dos transformaciones conceptuales. Por una parte, contrapuso esos delitos a los atentados contra un interés pretendidamente individual y personalísimo. Por otra parte, adoptó una posición de tercera persona respecto del merecimiento y la necesidad de pena. La legislación penal ilustrada no afirmó directamente la reprochabilidad de la lujuria, como lo hacían el derecho canónico y el derecho penal secular subordinado al modelo medieval. La afirmación ilustrada fue indirecta: sostuvo la

¹⁶ El siguiente pasaje de William Blackstone es extraordinariamente expresivo de la pervivencia del modelo medieval en el derecho penal sexual moderno: "...our English law does not entertain quite such sublime ideas of the honour of either sex, as to lay the blame of a mutual fault upon one of the transgressors only: and therefore makes it a necessary ingredient in the crime of rape, that it must be against the woman's will", *Commentaries on the Laws of England. A Facsimile of the First Edition of 1765-1769*, Volumen IV, University of Chicago Press, Chicago, 1984, p. 211. En este pasaje, Blackstone intenta explicar la diferencia entre el concepto de violación propio del derecho inglés y, el concepto de rapto propio del derecho romano, que consideraba delito incluso el rapto consentido por la mujer. Sustituir un concepto de delito sexual mutuamente consentido por un concepto de delito sexual en que uno atenta contra la voluntad de otro es lo característico del derecho penal sexual moderno. Pero, notablemente, Blackstone no explica esa contraposición como el paso de un delito sin víctima a uno con víctima en sentido prescriptivo; por el contrario, lo explica como una reformulación adscriptiva, es decir, como exculpación de uno de los partícipes. En el tratado de Feuerbach la pervivencia no era latente, sino explícita. Ese tratado pretendía ofrecer una reconstrucción racional del material legal premoderno, que explícitamente excluía de la protección legal a personas que por su impudicia no lo merecían (prostitutas, si se trataba de la violación, mujeres con experiencia sexual si se trataba del estupro). Es posible que este nexo conceptual circunstancial haya influido culturalmente en la pervivencia latente del modelo regulativo medieval después de la codificación. En todo caso, la hipótesis de la lectura revertida es más fuerte: no se trata de las consecuencias anómalas de una fase de transición, sino de la anomalía de la propia definición conceptual de la codificación. Esto diferencia la hipótesis de otros estudios que han identificado con claridad el rol desempeñado por el concepto adscriptivo de víctima en la aplicación práctica de las normas punitivas de los delitos sexuales, el más sobresaliente de los cuales es Coughlin, Anne M. "Sex and Guilt", *Virginia Law Review* N° 84, 1998, p. 1. En estos estudios la pervivencia del concepto adscriptivo es asumida como un resabio problemático en vez de un rasgo constitutivo.