

# LA CIENCIA PENAL EN LA UNIVERSIDAD DE CHILE

LIBRO HOMENAJE A LOS PROFESORES  
DEL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES  
DE LA FACULTAD DE DERECHO  
DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE

La Ciencia Penal en la Universidad de Chile

ISBN: 978-956-19-0818-5

Registro de Propiedad Intelectual: 228.315

Impreso en Gráfica LOM

Mayo 2013

puedan ser punibles a título de lesiones o de homicidio, no se sigue que se "abra" un nuevo flanco de punibilidad. Tal flanco ha existido siempre.

La particularidad de los casos de causación de lesiones al feto radica en que, a pesar de no existir normas dispuestas directamente a evitarlas, las normas orientadas a la protección del ser humano nacido lo hacen oblicuamente. Es decir: aun cuando a este respecto no existe una protección dispuesta directamente en favor del feto, sí la hay para su proyección como persona. Pero ello tampoco constituye una gran novedad, pues, tratándose de los delitos de resultado, todas las prohibiciones y mandatos están orientados a que sus destinatarios eviten la causación de consecuencias lesivas futuras o inminentes. Cuál sea la extensión de dicha protección en el tiempo, sin embargo, no es algo que pueda ser determinado con cargo al establecimiento de la tipicidad objetiva. Ello sólo puede llevarse a cabo en el único ámbito donde una perspectiva *ex ante* puede reclamar real pertinencia: la imputación subjetiva de la lesión a título de dolo o imprudencia.

## LA INCONSISTENCIA DEL DERECHO PENAL SEXUAL MODERNO

*Antonio Bascuñán Rodríguez*

### I. 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.<sup>1</sup>

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

<sup>1</sup> 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 abstigente 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 abstigente 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 abstigente 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 infantil<sup>2</sup> 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 incomprensible para nosotros esa regulación como derecho penal sexual.

Quizás la superación de esa comprensión sea indispensable para la realización de la autonomía sexual. Esa es una conjetura con la que este 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

<sup>2</sup> *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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup>

## 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),<sup>5</sup> que se clasifican bajo dos consideraciones.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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 raptó. 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,<sup>6</sup> 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).

<sup>6</sup> 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 raptó 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 raptó de la mujer soltera, la víctima de la coacción no es la víctima del acto sexual: el perjudicado por la coacción propia de ese raptó 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 diferenciá 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.<sup>7</sup>

### 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.<sup>8</sup>

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

<sup>7</sup> 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 (= omite resistir) algo, entonces se plantea como cuestión posible la evaluación deontológica 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 deontológica del comportamiento realizado por la víctima en sentido prescriptivo.

<sup>8</sup> 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).<sup>9</sup> 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).<sup>10</sup>

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:

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

<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup>

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, enclaustramiento y robo de hombre, las tres formas delictivas básicas distinguidas por Tittmann y recogidas por la codificación alemana.<sup>12</sup>

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*.<sup>13</sup>

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.

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

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup>

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

<sup>15</sup> 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 intrusión 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 intrusión, 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 hecía plausible precisamente por la incongruencia de la propia legislación con su fundamento moral.<sup>16</sup>

#### 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

<sup>16</sup> 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 raptó propio del derecho romano, que consideraba delito incluso el raptó 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.

conveniencia de reforzar con la pena estatal las afirmaciones culturales de la reprochabilidad de la lujuria. Este cambio de perspectiva, que implica una distancia respecto de la corrección de la afirmación de reprochabilidad, se expresó en la consideración moderna de estos delitos como atentados contra un interés colectivo: la vigencia de una moral social sexual.

Lo distintivo de la codificación madura europea frente a la codificación temprana fue una solución de compromiso entre el modelo medieval y el modelo ilustrado. Contextualmente, este compromiso implicó la consolidación de la concepción moderna del abuso sexual, pero en un marco general que revalidó el remanente medieval, aunque conforme a la concepción moderna (indirecta) del objeto de protección. La codificación madura rechazó el quiebre sistemático ilustrado y reunió todos los delitos de significación sexual en una misma categoría. En el Código Penal prusiano de 1851 esa categoría recibió la denominación de "delitos contra las buenas costumbres" (*Sittlichkeit*) (segunda parte, título xii), manteniéndose así en el Código Penal del imperio alemán de 1871 (segunda parte, párrafo xiii). En el Código Penal belga de 1867 la categoría fue denominada como "delitos contra la moralidad pública" (título vii) y en la codificación española, como "delitos contra la honestidad" (Código Penal de 1848, libro ii, título x y Código Penal de 1870, libro ii, título xii). Dentro de esta categoría común los delitos de abuso sexual configuraron una subclase específica, marcada por su consideración como delitos de víctima. En la codificación española esta especificidad fue incluso remarcada por el propio texto legal.

Estos rasgos son compartidos por el Código Penal chileno de 1875, cuyo libro segundo combina los criterios sistemáticos de la codificación belga con las disposiciones de la codificación española. Tratándose de los delitos de significación sexual, el título vii en su versión originaria los denominaba "delitos contra la moralidad pública", tratando conjuntamente los delitos de víctima (rapto, violación, estupro, abusos deshonestos) y los delitos de mera inmoralidad (incesto, sodomía, corrupción y prostitución de menores, ultrajes a las buenas costumbres).

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

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

A fines del siglo XX, el punto de vista liberal celebró en Alemania y España lo que pareció ser su victoria definitiva sobre los casi doscientos

años de ambigüedad del derecho penal sexual moderno. En Alemania, la regulación heredada del viejo Código Penal del imperio experimentó una liberalización radical con la 4ª ley de reforma del derecho penal, de 1974, que expresivamente cambió el epígrafe del título respectivo, sustituyendo la antigua tematización por su denominación liberal: "delitos contra la autodeterminación sexual". La 29ª ley de modificación del Código Penal, de 1994, terminó con el último residuo de discriminación penal por orientación sexual, sustituyendo la prohibición de las relaciones homosexuales masculinas con menores púberes por una regla general de protección de la juventud frente al abuso de su inexperiencia sexual.

En España, el proceso de reformas sucesivas del Código Penal de 1944 (en lo esencial, el viejo código de 1870) que caracterizó la legislación de la democracia de la época posterior a Franco tuvo su expresión en el ámbito de los delitos sexuales con la ley orgánica 3/1989, que entre otras reformas sustituyó la antigua rúbrica "delitos contra la honestidad" por la denominación de "delitos contra la libertad sexual", y culminó con el nuevo Código Penal de 1995, que dio a los delitos sexuales una de las regulaciones más estrictamente vinculada al principio liberal de todo el derecho penal occidental del siglo XX.

En ambos casos, la decisión del legislador siguió criterios elaborados previamente por el discurso de profesores universitarios que se comprendían a sí mismos como los reivindicadores de la política legislativa de la Ilustración, postergada por la influencia de la cultura sexual cristiana en la legislación de los siglos XIX y XX. El principio de política legislativa afirmado por estos autores era simple y drástico. Toda norma penal que reforzara una prohibición moral del ejercicio de la sexualidad debía someterse a una disyuntiva fuerte: o bien se la reformulaba como norma que prohíbe un atentado contra la libertad de otro, o bien debía derogarse.<sup>17</sup>

Este discurso liberal se caracterizó no sólo por la impugnación del paternalismo y el perfeccionismo, sino también por su compromiso con una versión exigente del principio de proporcionalidad. De acuerdo con este compromiso, el ámbito de lo punible y la magnitud de la pena deben ser mantenidos en el nivel mínimo necesario para la adecuada obtención del fin de protección que se persigue con el establecimiento y aplicación de las normas penales. Las reformas de la segunda mitad del siglo XX,

<sup>17</sup> En el caso alemán, las obras más significativas son la tesis doctoral de Herbert Jäger, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, 1957, y el informe elaborado por Ernst-Walter Hanack para el 47º congreso alemán de juristas, *Empfielt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?*, 1968. El equivalente español se encuentra en la primera parte de la tesis doctoral de José Luis Díez Ripollés, *El derecho penal ante el sexo*, 1981. En ambos casos, el discurso académico tuvo expresión en propuestas regulativas que antecedieron y guiaron las modificaciones legales, el tomo iii del Proyecto Alternativo de Código Penal (1968) en Alemania, y la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal (1983) en España. La gran diferencia entre uno y otro proceso consiste en que el Código Penal español de 1995 fue mucho más lejos que la propuesta de 1983 en su reformulación liberal de la regulación.

especialmente la introducida por el Código Penal español de 1995, satisficieron ambas exigencias: la del principio disyuntivo y la del compromiso minimalista.

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

Cuatro aspectos de esta expansión son particularmente visibles desde un punto de vista simbólico: (i) la ampliación del ámbito de aplicación del delito de violación, el más grave de los abusos sexuales, a comportamientos distintos de la penetración genital de la vagina, (ii) la derogación de la exención marital, es decir, la inclusión del contacto sexual abusivo entre cónyuges dentro de los delitos de abuso sexual, (iii) el surgimiento del derecho penal sexual en el contexto del derecho penal internacional y (iv) el desarrollo de un derecho penal sexual relativo a los menores de edad provisto del máximo potencial coercitivo, fomentado por el derecho internacional de los derechos humanos.

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

Esa posibilidad de justificación contextual no obsta, sin embargo, a la consideración del fenómeno como consolidación e intensificación de la vigencia latente del modelo regulativo medieval. La lectura revertida puede advertir en los cuatro aspectos mencionados esa dimensión simbólica.

i) A primera vista la ampliación del ámbito de aplicación del delito de violación mediante la equiparación de la penetración genital de la boca y el ano, e incluso de la penetración no genital, a la penetración genital de la vagina, pareciera ser fácilmente justificable como eliminación de una

diferenciación carente de sentido.<sup>18</sup> El tratamiento diferenciado del coito heterosexual vaginal ha sido impugnado como un remanente medieval, vinculado a una idea de posesión masculina de la sexualidad femenina, contra la cual sólo un hombre podía atentar, contraviniendo el orden de la posesión legítima, la del marido o padre. Desde esta perspectiva, la equiparación entre esa hipótesis y las demás formas de penetración significa hacer valer el atentado a la voluntad de la víctima contraria al contacto sexual como única razón de la punición.

La afirmación de la existencia de una relación histórica entre la tematización diferenciada del coito y el derecho paterno o marital sobre la mujer es enteramente correcta. La interpretación del cambio legal como superación de esa relación, sin embargo, es apresurada. El argumento interpretativo sería concluyente si la penetración genital de la vagina hubiera sido equiparada a los otros actos sexuales, es decir, si el cambio hubiera consistido en una reducción de su significación simbólica. Pero el hecho es que fueron los otros actos sexuales los equiparados a la penetración genital de la vagina, a los cuales se transfirió toda la carga simbólica del horror legal y cultural al coito vaginal forzado. Con ello se desconoció, además, la relevancia específica de una de las pocas razones para agravar la pena del abuso sexual culturalmente neutras al modelo regulativo medieval, como es el riesgo para la mujer de un embarazo no consentido.

(ii) Algo semejante cabe decir de la inclusión del contacto sexual abusivo entre cónyuges dentro de los delitos de abuso sexual. Este es un fenómeno que supone la existencia previa de un tratamiento diferenciado de ese caso; esa suposición no se cumplía en España, pero sí en Alemania, y, famosamente, en el derecho inglés. La exención marital fue considerada por los tribunales ingleses como obsoleta<sup>19</sup> y por la Corte de Estrasburgo como incompatible con el derecho europeo de los derechos humanos.<sup>20</sup> El legislador alemán, por su parte, derogó en el delito de violación la exigencia de tratarse de un coito extramatrimonial.<sup>21</sup> Este cambio es considerado como una conquista liberal, como el desprendimiento de un remanente medieval gravemente discriminatorio en contra de la mujer casada por su total desprotección legal frente al marido. Tal interpretación es, de nuevo, apresurada. La impunidad de la coacción marital a título de delito sexual es de origen medieval: el coito vaginal entre cónyuges —orientado a la reproducción— por definición no puede ser considerado como un pecado de lujuria. Pero lo importante en el contexto del modelo regulativo medieval es que el hecho de que este comportamiento no sea pecado de lujuria significa que constituye un ámbito de legitimidad indiscutible de la sexualidad, en

<sup>18</sup> La equiparación se encuentra establecida en el art. 179 del Código Penal español y en el § 177-(2)-1 del Código Penal alemán.

<sup>19</sup> *Regina v. R.* [1991] UKHL 12, decisión de 23 de octubre de 1991.

<sup>20</sup> *S.W. v. The United Kingdom*, Aplicación N° 20166/92, y *C.R. v. The United Kingdom*, Aplicación N° 20190/92, ambas sentencias de 22 de noviembre de 1995.

<sup>21</sup> La derogación de esa exigencia fue obra de la 33ª Ley de modificación del Código Penal, de 1 de enero de 1997.

el sentido preciso de un ámbito libre del imperativo de abstinencia sexual. Leído el cambio legal contra este trasfondo, se hace evidente su sentido inverso: ya no existe modo de definir consensualmente un ámbito al margen de la cultura sexual represiva, por una expectativa fiable de accesibilidad sexual. Para nuestros contactos sexuales todos debemos presumir siempre la vigencia de un imperativo de abstinencia respecto de los demás. Ninguna práctica sexual previa y compartida puede alterar ahora la vigencia de ese imperativo. Las posibles diferencias entre los sexualmente próximos y los sexualmente distantes quedan abolidas: todos somos recíprocamente extraños.

iii) El surgimiento del derecho penal sexual en el contexto del derecho penal internacional se expresa ejemplarmente en la inclusión en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de los delitos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada y violencia sexual entre los delitos contra la humanidad (art. 7-1-g) y entre los crímenes de guerra (arts. 8-2-b-xxii, 8-2-e-vi). Desde luego, este derecho penal sexual internacional reproduce íntegramente la asimetría del derecho penal sexual moderno, pero esta consideración tiene un peso comparativo menor al que habría tenido la inexistencia de normas punitivas del abuso sexual en el contexto del nuevo derecho penal internacional. Por una parte, esa asimetría no excede las coordenadas usuales del derecho penal estatal, y por otra parte en su propio contexto se trata de una asimetría eventualmente susceptible de atenuación, dado el sistema de asignación estatutaria de una penalidad general, con remisión a su determinación judicial para cualquier tratamiento diferenciado (arts. 77 y 110). Si los delitos contra la humanidad y los crímenes de guerra del derecho penal internacional tenían que definirse por un criterio de identificación de los principales atentados contra las personas conforme al común denominador del derecho penal estatal occidental, entonces la exclusión de los abusos sexuales resultaba inexplicable. En el contexto de los crímenes de guerra la situación es algo distinta. Los convenios de Ginebra se caracterizan por adoptar respecto de los abusos sexuales la perspectiva ilustrada radical: no los tematizan, sino que debe entenderse incluidos en el concepto general de inflicción deliberada de grandes sufrimientos a las personas protegidas o atentado grave contra su integridad física o su salud, para el caso de conflicto internacional (art. 8-a-iii), o bajo el concepto de tratos crueles, suplicios o atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, para el caso de conflicto que no sea de carácter internacional (art. 8-c-i, ii). Como es bien sabido, lo característico del nuevo derecho penal internacional consistió en atribuir a los abusos sexuales, como definición normativa adicional a la regulación de Ginebra, el carácter de modo ilícito de conducción de las hostilidades. En otras palabras, atribuyó a la comisión de abusos sexuales en el contexto de un conflicto armado la condición de uso de armas ilegítimas. En la dimensión simbólica de esta decisión del derecho penal internacional —el sexo como arma— se concentran todas las razones que son aducidas para justificar la asimetría del derecho penal sexual: el carácter de maltrato corporal que es exclusivo del contacto sexual abusivo,

la disponibilidad operativa incomparablemente mayor del contacto sexual abusivo como modo de agresión, la distribución asimétrica entre géneros del patrón de contacto sexual abusivo como modo de agresión (agresores masculinos, agredidas femeninas) y la peculiar idoneidad de la experiencia traumática del contacto sexual forzado como base para el ejercicio del poder mediante intimidación.

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

iv) ¿Qué pena corresponde en el contexto del sistema de los abusos sexuales al contacto sexual con impúberes? La respuesta de Feuerbach era simple: una pena equiparable al abuso sexual no violento, que debe ser en todo caso inferior a la pena del abuso sexual violento. Ese no fue sin embargo el punto de vista de la codificación penal madura. El derecho penal sexual de mediados del siglo XIX asignó la misma pena del abuso violento al abuso no violento, e incluso una más severa al simple contacto sexual con impúberes.<sup>22</sup> La historia reciente del Código Penal alemán ha replicado de modo exacto esta fluctuación: de un tratamiento diferenciado y atenuado de la pena del abuso sexual no violento y el contacto sexual con el menor impúber, impuesto por las reformas liberales de fines del siglo XX, se ha

<sup>22</sup> Comparten estos rasgos los Códigos Penales españoles de 1848 (arts. 354, 355) y 1870 (arts. 453, 454), el Código Penal belga de 1867 (arts. 372 y 375), el Código Penal prusiano de 1851 (art. 144) y parcialmente el Código Penal del imperio alemán de 1871 (§§ 176, 177). Pese a su condición ilustrada, el Código Penal español de 1822 compartió también estos rasgos (arts. 664 a 671). La demostración más concluyente de la fuerza cultural del modelo regulativo medieval se encuentra sin embargo en Francia. En su tenor literal, la codificación penal francesa optó radicalmente por la supresión de la sanción penal de los abusos sexuales no coercitivos. Siguiendo en esto al Código Penal del 6 de octubre de 1791, el Código Penal de 1810 sólo sancionó la violación, calificándola explícitamente como un abuso cometido "con violencia contra las personas" y extendiendo la regla a los demás atentados al pudor (arts. 331, 332, con agravación en caso de ser cometido contra muchacha menor de quince años). A pesar de esta decisión legal, la jurisprudencia francesa no vaciló en extender el concepto de violencia a los casos de abuso no coercitivos y declarar por definición violento todo contacto sexual con impúberes.

vuelto al tratamiento del siglo XIX.<sup>23</sup> El caso español presenta una oscilación en el mismo sentido, pero aun más violenta.<sup>24</sup>

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

Las modificaciones experimentadas por el Código Penal chileno en las dos últimas décadas corresponden a las dos experiencias del derecho comparado recién descritas. Entre 1875 y 1999, esto es, durante más de cien

<sup>23</sup> Conforme al § 176-(3) del Código Penal alemán, según la 4ª Ley de Reforma del Derecho Penal, de 23 de noviembre de 1973, el coito vaginal (*Beischlaf*) con una persona menor de 14 años constituía un caso grave de abuso sexual infantil, tal como la realización de la acción sexual acompañada de maltrato corporal grave, y era sancionado con una pena privativa de libertad de 1 a 10 años. Por contraste, el delito de violación (§ 177), que supone el empleo de violencia o amenaza con peligro actual para el cuerpo o la vida, era sancionado con pena privativa de libertad de 2 a 15 años. Los actuales §§176-a y 177 del Código Penal alemán establecen la pena privativa de libertad de 2 a 15 años para el coito vaginal o la realización de acciones sexuales semejantes que impliquen la penetración en el cuerpo, tanto si se emplea violencia o amenaza con peligro actual para el cuerpo o la vida (§ 177-2-1), como si la víctima es menor de 14 años (§ 176-a-2-1). En ambos casos, si la víctima sufre maltrato corporal grave o si su vida es puesta en peligro, la pena es de 5 a 15 años de privación de libertad (§§ 176-a-4, 177-4-2).

<sup>24</sup> El Código Penal español de 1995 estableció la pena de prisión de 6 a 12 años para el atentado contra la libertad sexual cometido con violencia o intimidación que consistiere en el acceso carnal, la introducción de objetos o penetración bucal o anal (art. 179). Por contraste, los actos atentatorios contra la libertad sexual realizados sin violencia o intimidación, dentro de ellos, los realizados sobre menores de 12 años, eran sancionados con pena de prisión de 4 a 10 años. En uno y otro caso, el hecho de ser la víctima una persona especialmente vulnerable por razón de su edad agravaba la pena: 12 a 15 años en el primer caso (art. 180 N° 3) y la mitad superior de la pena en el segundo caso (art. 182 inciso segundo N° 2). Ratificando la tendencia a la exasperación de las penas que se había manifestado en las leyes orgánicas 11/1999, 11/2003 y 15/2003 la Ley Orgánica 5/2010, de 23 de junio, creó un nuevo capítulo ii bis, dedicado a "los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años", donde estableció la pena de 12 a 15 años para el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal al menor o la introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, si es cometido con violencia o intimidación, y la pena de 8 a 12 años de prisión en caso de no emplearse esos medios (art. 183-3). La pena del delito del art. 179 –ahora denominado "violación"– sigue siendo de 6 a 12 años de prisión.

años, los arts. 358 a 381 del Código Penal chileno sufrieron escasas modificaciones. Además, salvo por una de esas modificaciones –la introducida por la Ley N° 19.335, de 1994, que derogó el delito de adulterio–, todas confirmaron e incluso profundizaron el modelo regulativo originario del siglo XIX.<sup>25</sup>

La Ley N° 19.617, publicada en el Diario Oficial del lunes 12 de julio de 1999, fue el equivalente a la contracción modernizadora experimentada por el derecho comparado. Esta ley introdujo modificaciones en prácticamente todas las disposiciones del Código Penal relacionadas con la regulación de los delitos de significación sexual. Sin embargo, ella no pretendió transformar el modelo regulativo de la codificación del siglo XIX; muy por el contrario, el núcleo de la reforma consistió precisamente en hacer explícito ese modelo, estableciendo con mayor nitidez y precisión las relaciones sistemáticas que existían entre los delitos de violación, estupro y abusos deshonestos (ahora "abusos sexuales") conforme a la estructura normativa adoptada por el Código Penal de 1875. Esta idea regulativa fue adoptada por el Senado, basándose en la reconstrucción racional del Código Penal de 1875 desarrollada en la cátedra de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile de Sergio Yáñez Pérez, a ese entonces Director del Departamento de Ciencias Penales. Además de esa explicitación sistemática, la Ley N° 19.617 introdujo modificaciones puntuales que constituyen claros –aunque tímidos– progresos desde el punto de vista de la política criminal liberal. Ese fue el caso de:

i) la limitación expresa del ámbito de los abusos sexuales a acciones que satisficieran ciertos requisitos específicos (nuevo art. 366 ter); antes de la reforma, la acción típica consistía lisa y llanamente en "abusar deshonestamente de persona de uno u otro sexo";

ii) la moderación del grado inferior de la pena de la violación de menores de doce años (nuevo art. 362); originariamente, esta hipótesis compartía el marco penal de todas las demás hipótesis de violación (presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio); en 1979 su pena ascendió a presidio mayor en sus grados medio a máximo; la reforma no alcanzó a devolverle su penalidad originaria, pero al menos fijó su mínimo en un grado inferior (presidio mayor en su grado mínimo);

iii) el sometimiento del abuso sexual de varones menores de catorce pero mayores de doce años a las mismas reglas de los delitos de estupro y

<sup>25</sup> Así: (i) la Ley N° 17.727, de 1972, introdujo un segundo inciso en el art. 365, para sancionar como tipo calificado de sodomía, con una pena idéntica a la del delito de violación, el caso de su comisión en menores de catorce años o concurriendo las circunstancias del delito de violación; (ii) el D.L. 2.967, de 1979, aumentó la penalidad de la violación de una mujer menor de doce años (art. 361, inciso final) y la sodomía de un varón menor de catorce años (art. 365 inciso final); este Decreto Ley introdujo también un tipo calificado de violación o sodomía con resultado de muerte (art. 372-bis); y (iii) la Ley N° 19.409, de 1995, que introdujo el delito de proxenetismo internacional (art. 367-bis), el cual sanciona no sólo casos de abuso, sino incluso el favorecimiento de la prostitución consentida por una persona adulta.

de los abusos sexuales correlativos (nuevos arts. 363 y 366 N° 2); antes de la reforma, en la medida en que el abuso fuera calificable de "hacerse reo de sodomía" (antiguo art. 365), la pena era la de presidio mayor en sus grados medio a máximo;

iv) la derogación de la regla especial de punición del *iter criminis* del delito de violación (art. 362); antes de la reforma, se sostenía —aunque no sin controversia— que la disposición originaria del Código Penal imponía al tribunal el deber de punir la tentativa de violación como violación consumada;

v) la derogación de la hipótesis de corrupción de menores (art. 367), sancionada por el Código Penal originario (por error de su comisión redactora) con la exorbitante pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados;

vi) la restricción del ámbito de aplicación y del efecto agravatorio de la circunstancia agravante especial de los delitos sexuales (art. 368); antes de la reforma, esta regla se aplicaba indiscriminadamente a todas las hipótesis de violación, estupro, sodomía y abusos sexuales, imponiendo el grado máximo de la pena prevista por la ley; actualmente, sólo se aplica a algunas hipótesis, produciendo el efecto de excluir el grado mínimo de la pena legal.

La parte más llamativa de las reformas introducidas por la Ley N° 19.617 no siguió sin embargo la orientación liberal antedicha. Tal es el caso, principalmente de la ampliación del ámbito típico del delito de violación al coito anal heterosexual y al coito oral (nuevos arts. 361 y 362); hasta la reforma, estas conductas eran constitutivas de abusos deshonestos (art. 366), discutiéndose en todo caso si el coito oral homosexual masculino era más bien constitutivo de sodomía (art. 365); esta ampliación del ámbito típico de la violación implica la extensión del ámbito de aplicación de una pena desproporcionadamente severa, particularmente en lo que se refiere a la violación de impúberes. También es ése el caso de la previsión de un supuesto para un menor de dieciocho pero mayor de doce años como víctima en el nuevo delito de involucramiento en una acción de significación sexual (nuevo art. 366 quáter inciso final), en circunstancias que este delito sólo tiene justificación sistemática como protección de menores impúberes; esto implica extender la regulación penal del comportamiento sexual más allá del límite tradicionalmente impuesto incluso por el modelo de la codificación.

Esa tendencia a la intensificación de la represión penal del comportamiento sexual que caracteriza la política jurídica chilena alcanzó una dimensión inusitada con la Ley N° 19.927, publicada en el Diario Oficial de 14 de enero de 2004, que representa para Chile la expansión represiva experimentada por el derecho comparado. Originada en un proyecto que pretendía establecer normas sobre pornografía infantil, la Ley N° 19.927 exasperó el derecho penal sexual chileno en todas las direcciones imaginables:

i) aumentó las penas de los delitos de violación (art. 361), estupro (art. 363), de todas las hipótesis de abusos sexuales de impúberes (arts. 366, 366 bis), y del delito de interacción abusiva de significación sexual con menores (art. 366 quáter), cancelando la moderación punitiva introducida por la Ley N° 19.617;

ii) creó un nuevo delito de abuso sexual para las acciones sexuales realizadas mediante la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o la utilización de animales en ello, con las mismas penas de la violación y el estupro (art. 365 bis);

iii) aumentó la edad para la consideración de una persona como impúber, de 12 a 14 años, infantilizando la condición de las personas de 12 y 13 años cumplidos al declarar irrelevante su consentimiento en materia de comportamiento sexual;

iv) introdujo un nuevo delito de participar en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, confundiendo con ello la interacción de significación sexual con un menor y la representación de su persona en una situación de significación sexual (art. 366 quinquies);

v) eliminó los requisitos de habitualidad, abuso de confianza o autoridad o engaño como elementos del delito de favorecimiento o promoción de la prostitución de menores de edad (art. 367);

vi) introdujo el delito de obtención de servicios sexuales por parte de personas mayores de catorce pero menores de dieciocho años de edad a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro (art. 367 bis);

vii) introdujo una nueva pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad (arts. 39 bis, 372);

viii) autorizó medidas excepcionales de intromisión en la privacidad para la investigación de estos delitos e introdujo modificaciones en las reglas sobre procedimiento penal, medidas alternativas a las penas privativas de libertad, libertad condicional, indultos particulares y registro de condenas;

ix) estableció una regla de jurisdicción extraterritorial, bajo los principios de personalidad activa y pasiva, para la pornografía infantil (art. 6° N° 10 del Código Orgánico de Tribunales).

A esta expansión punitiva introducida por la Ley N° 19.927 hay que agregar la Ley N° 20.357, publicada en el Diario Oficial del 18 de julio de 2009, que tipificó como delitos contra la humanidad la violación, los abusos sexuales calificados y los abusos sexuales simples (arts. 6° N° 8 y 8° N° 3°), y la Ley N° 20.480, publicada en el Diario Oficial de 18 de diciembre de 2010, que eliminó el tratamiento diferenciado introducido por la Ley N° 19.617 para la violación y abusos sexuales cometidos entre cónyuges o convivientes (art. 369 inciso cuarto).<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Asimismo, con fecha 16 de diciembre de 2010 el Congreso aprobó un proyecto de ley que amplía el ámbito típico de los arts. 366 quáter y 366 quinquies (Boletín 5837-07), y a la fecha de cierre de este artículo —junio de 2011— se encuentra pendiente ante el Senado, en segundo trámite constitucional, un proyecto de ley para agravar las consecuencias de la pena de inhabilitación para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad (Boletín 6952-07).

## 5. LA HIPÓSTASIS, LA CONSTATACIÓN Y LA RESISTENCIA

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

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

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

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

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

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

Quizás sea posible ofrecer una respuesta naturalista a esta pregunta, pero su costo sería reducir el alcance del concepto de trauma exclusivamente al trastorno del sistema nervioso y dejar en una “caja negra” la explicación de la relación causal entre el contacto sexual y el trastorno nervioso. Ese es un costo que no puede asumir una teoría que pretende manejar un concepto amplio de trauma. Y tampoco es un costo aceptable desde el punto de vista de la legitimación del derecho penal. Una teoría que afirma la idoneidad única de modos específicos de comportamiento para producir un resultado dañino, y que hace valer esa afirmación como razón para justificar la selección legal exclusiva de esos modos como comportamientos punibles, no puede eludir la demostración de la verdad de su afirmación.<sup>27</sup>

<sup>27</sup> La más grave de las consecuencias de la teoría del bienestar sexual para el desarrollo de un discurso racional acerca de la legitimación del derecho penal sexual es, precisamente, el encubrimiento de la relevancia de la significación sexual del ataque bajo un falso naturalismo. El pasaje más representativo de esta estrategia de encubrimiento conceptual se encuentra en la siguiente afirmación del juez Alito, consignada en su conocida disidencia a *Kennedy v. Louisiana* 552 U.S. 407, 128 S. Ct. 829 (2008), donde la Corte Suprema federal norteamericana declaró inconstitucional la imposición legal de pena de muerte por la violación de un menor de edad, si no se comete o se intenta cometer homicidio: “I have little doubt that, in the eyes of ordinary Americans, the very worst child rapists –predators who seek out and inflict serious physical and emotional injury on defenseless young children– are the epitome of moral depravity” (sección II-C-2, tercer párrafo del voto disidente). El modo como Alito caracteriza el daño causado por un violador de niños, esto es, una “seria lesión física y psíquica”, omite cuidadosamente toda referencia a la significación sexual del contacto corporal entre el violador y su víctima. Pero es evidente que de no ser por esa significación no sería plausible la equiparación de la violación al homicidio en el contexto de la jurisprudencia constitucional sobre la validez de la pena de muerte bajo la VIII Enmienda. A la luz de esa jurisprudencia, por definición ningún daño físico o psíquico, naturalistamente considerado,

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

Desde la perspectiva liberal resulta a primera vista contraintuitivo considerar la cultura sexual como base para una comprensión del abuso sexual alternativa al naturalismo, que además permita explicar la asimetría que lo caracteriza y que sea compatible con la consideración de la protección de la autonomía sexual como fundamento del derecho penal sexual. Pero si se distingue entre reglas constitutivas y reglas regulativas, puede advertirse que la objeción liberal se refiere a la consideración de estas últimas, o sea, de las prohibiciones culturales de realización de la sexualidad, como objeto de protección. En la base de la postulación de la autonomía personal como fundamento último de justificación del derecho penal sexual se encuentra el auténtico argumento moderno, cuyo desempeño no consiste primariamente en validar, sino en impugnar: ninguna prohibición cultural de ejercicio de la sexualidad, por más asentada que se encuentre en la comunidad, vale sin más como razón legitimatoria de la coacción estatal. El reconocimiento del derecho individual a la configuración autónoma del plan personal de vida tiene prioridad sobre el interés colectivo en reforzar la vigencia de la moral social.

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

es equiparable a la muerte. El equivalente al encubrimiento conceptual del juez Alito en la jurisprudencia chilena se encuentra en el voto de mayoría del Tribunal Constitucional en su sentencia de 4 de enero de 2011 (Rol N° 1683-10), redactado por la Ministra Marisol Peña Torres. Este voto se refiere al posible efecto de consolidación de la identidad homosexual de un menor de 18 pero mayor de 14 años como "daños o perjuicios al desarrollo psicosocial" del joven, para justificar la punición del acceso carnal consentido por él (considerando 28°, y también los considerandos 31° y 33°).

de un contacto corporal como "sexual" es una cuestión de sentido, definida por las reglas de la cultura sexual.

Obviamente, el hecho de la asimetría se explica como efecto de una regla cultural. La cultura sexual dominante en Occidente define el contacto sexual como discreto, en el sentido de que se encuentra *prima facie* excluido, requiriendo su admisión un levantamiento de esa exclusión. Los procesos históricos susceptibles de ser caracterizados como tránsito de una cultura sexual represiva a otra no represiva, o viceversa, no han consistido en la desaparición o surgimiento de la regla de exclusión, sino en una variación del modo socialmente reconocido de levantamiento de esa exclusión. Así, la liberación sexual de las dos primeras décadas del siglo XX y la de la década de los sesenta son un tránsito del matrimonio heterosexual a la decisión individual de la persona adulta como modos socialmente reconocidos de levantamiento de la exclusión *prima facie* del contacto sexual. La asimetría se explica precisamente como preponderancia de la (permanente) regla de exclusión respecto de las (fluctuantes) reglas relativas al modo de levantamiento. Quien se arroga, contra las reglas vigentes, una prerrogativa de levantamiento de la exclusión *para infringir* la regla de exclusión recibe un tratamiento mucho más severo que el tratamiento que recibe quien, *para hacer valer* la regla de exclusión, desconoce contra las reglas vigentes la prerrogativa de levantamiento de otro(s).

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

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

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

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

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

Ninguna de las propuestas de la comprensión del delito sexual como atentado a la libertad de abstención sexual es capaz de satisfacer una exigencia (incluso moderada) de neutralidad moral. Una teoría normativa —es decir, no naturalista— del trauma, por ejemplo, no puede desentenderse de esa dimensión de reproche cultural por la intervención en la realización de un acto sexual. Eso es aplicable particularmente a su versión más sofisticada, la teoría de la cosificación de la persona que es objeto de abuso sexual, es decir, la consideración de la denegación del estatus de persona como razón de la punición diferenciada del abuso sexual. Esta versión de la teoría tampoco puede desentenderse de la correspondencia entre la cosificación y la inocencia, y por lo mismo, del reproche cultural medieval. Y desde luego tiene que dar cuenta de la peculiar relevancia de la cosificación sexual frente a toda otra forma de trato social denegatorio de la dignidad de la persona. Por último, la consideración de la mayor disponibilidad operativa del contacto sexual abusivo como modo de agresión, que es relevante en contextos de urgencia, como la guerra, pierde relevancia en contextos de

proyección temporal indefinida, a menos que se asigne al contacto sexual una potencialidad agresiva (dañina) superior, caso en el cual la tesis se remite a una consideración como la de las dos teorías anteriores, que no son inmunes al imperativo cultural de abstención sexual.

Siempre queda en pie la consideración del abuso sexual como un delito de desplazamiento, en el sentido advertido en la construcción de Feuerbach de 1801. Es decir, que no representa un atentado simplemente dañino para la víctima, sino un acto útil para el autor del delito, un acto de aprovechamiento del cuerpo de otro. Los abusos sexuales se diferenciarían así de los demás atentados a la libertad sexual de un modo análogo a como el hurto (equivalente a los abusos no coercitivos) y el robo (equivalente a los abusos coercitivos) se diferencian del daño a las cosas. Quizás haya aquí una clave aún no suficientemente explorada, común a los delitos sexuales y a los delitos contra la propiedad, para la comprensión de la transformación del material del antiguo régimen en el sistema regulativo de la codificación. Una consideración de este tipo atenuaría considerablemente el papel hasta ahora asignado a lo que Feuerbach denominaba el criterio objetivo-externo de determinación de la proporción entre el delito y la pena. Este es un criterio que sólo puede ser admitido *ceteris paribus* por una teoría utilitarista del derecho penal como la del propio Feuerbach, y precisamente la consideración del impulso sexual o la codicia altera ese presupuesto.<sup>28</sup>

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

Así se llega al dilema: desconocer la significación ofensiva para el afectado por el abuso sexual es inviable y reconocerla es validar el imperativo cultural de abstinencia sexual. Porque no hay modo de atribuir gravedad ofensiva al abuso sexual sin incorporar su dimensión de sentido y esa dimensión está constituida por ese imperativo, aun en la manera debilitada de una regla de exclusión *prima facie*.

<sup>28</sup> El argumento es antiguo. Tomás de Aquino lo usa para explicar el hecho de que el decálogo no tematice la intención homicida pero sí la de cometer adulterio y hurto: "El homicidio no es deseable en sí mismo, sino más bien detestable, porque no tiene ninguna razón de bien en sí. En cambio, el adulterio tiene alguna razón de bien, la del bien deleitable. A su vez, el hurto tiene la razón de bien útil. Pero todo bien es por sí mismo apetecible. Por lo cual tuvo que prohibirse por preceptos especiales el deseo del hurto y del adulterio, pero no del homicidio" (*Suma de Teología*, II-II, q. 122, a. 6).

Frente a este dilema, la única estrategia posible para el discurso liberal es replantear un naturalismo reflexivo como herramienta de crítica cultural y como fuente de criterios limitativos del despliegue del potencial sancionatorio estatal del comportamiento sexual. O sea, en vez de presuponer una comprensión naturalista inverosímil –como lo hacía Feuerbach– y en vez de encubrir la constitución cultural del concepto de daño a la víctima de un abuso sexual –como lo hace la teoría del bienestar sexual–, apelar a ese naturalismo como una manera de reducir discursivamente la personalización superlativa de la sexualidad, que es el modo como el imperativo de abstinencia domina actualmente las concesiones liberales.

Los principios derivados de este naturalismo reflexivo, aun aceptando la definición asimétrica del abuso sexual, son bastante obvios y pueden resumirse en el siguiente decálogo:

- i) la pena más grave asignada a las lesiones corporales constituye el límite máximo de la pena asignable a un abuso sexual;
- ii) el abuso coercitivo mediante violencia o amenaza grave es el caso más grave de abuso sexual;
- iii) el abuso no coercitivo debe ser tratado de modo diferenciado, como caso menos grave de abuso sexual;
- iv) el abuso coercitivo sólo merece una pena equivalente a la pena de la lesión corporal más grave cuando la acción a cuya tolerancia se es constreñido es portadora de un peligro para la autonomía reproductiva de la víctima y la mejor técnica legislativa para sancionar este caso es dejarlo a cargo de una regla sobre concurso entre el delito de abuso sexual (coercitivo o no coercitivo) y un delito contra la autonomía reproductiva configurado con independencia de cualquier significación sexual;
- v) la edad de la irrelevancia del consentimiento del menor debe ser fijada de modo que no haga irrelevante la incipiente autonomía sexual del menor púber; el reconocimiento de su autonomía exige un trato diferenciado respecto del impúber;
- vi) la “exención de Romeo y Julieta”, esto es, la impunidad excepcional de la/del compañera/o sexual por su escasa diferencia de edad con el menor, no es correctivo suficiente para una regulación que no efectúe la diferenciación señalada en el punto v); pero sí tiene sentido definir modos de abuso menos graves que sean relevantes a partir de una determinada diferencia de edad con el menor;
- vii) para que el contacto sexual con el menor impúber pueda ser equiparado al abuso sexual coercitivo es necesario que se trate de un contacto cometido coercitivamente; si atendida la escasa capacidad de voluntad del menor esa exigencia carece de sentido, la equiparación exige comisión del contacto sexual con un grave maltrato del menor; de otro modo, sólo corresponde equipararlo al abuso no coercitivo;
- viii) la sanción de la explotación requiere constatar el aprovechamiento de una situación de necesidad, en el sentido de un recorte considerable de posibilidades alternativas al comportamiento sexual; la condición de extranjero no satisface por sí sola el requisito aludido; la minoría de edad puede satisfacerlo, por infracción a la prohibición del trabajo infantil, pero

ello exige expresión con independencia de la significación sexual de ese trabajo;

ix) sólo la producción de pornografía infantil con empleo presencial de menores de edad, bajo los mismos criterios de merecimiento de pena del abuso de los menores de edad (edad, medios o circunstancias de comisión), puede ser legítimamente considerada como constitutiva de delito; la legitimidad de sanción penal de la comercialización de esa pornografía depende de la satisfacción de condiciones fácticas que la hagan análoga al proxenetismo punible viii) como fuente de peligro para la autonomía del menor o al exhibicionismo legítimamente merecedor de pena como ofensa;

x) la punición de la mera posesión de pornografía infantil es tan injustificable como la punición de la posesión de cualquier clase de pornografía.