

STUART P. GREEN

LA CRIMINALIZACIÓN DEL SEXO

Una teoría liberal unificada

Traducido por José Béguelin,
Leandro Dias y Alejandra Verde

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2024

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	17
AGRADECIMIENTOS	19
INTRODUCCIÓN	21
I. DIVERGENCIA HISTÓRICA	21
II. ENFOQUE DEL ESTUDIO.....	25
III. HOJA DE RUTA.....	28
PARTE I. HERRAMIENTAS CONCEPTUALES	
CAPÍTULO 1. DELITO SEXUAL Y CONDUCTA SEXUAL	41
I. ¿QUÉ CUENTA COMO UN DELITO SEXUAL?	41
A. El delito sexual como una categoría paraguas.....	42
B. Las relaciones sexuales en la definición de los delitos.....	43
C. ¿Por qué considerar la gama de delitos sexuales como un todo?.	45
II. DEFINIR LA CONDUCTA SEXUAL.....	47
A. Enfoques anteriores.....	47
B. Un enfoque subjetivo.....	50
C. Relaciones sexuales sin placer	52
III. CONDUCTA SEXUAL EN LOS DELITOS SEXUALES	53
IV. «SEXO» COMO FORMA DE IDENTIDAD.....	54
CAPÍTULO 2. AUTONOMÍA Y CONSENTIMIENTO	59
I. AUTONOMÍA SEXUAL	59
A. Desglose de la autonomía sexual	60

	Pág.
B. ¿Por qué importa la autonomía sexual?.....	63
C. La autonomía sexual y el derecho.....	65
II. CONSENTIMIENTO Y AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO ...	66
A. El carácter transformador del consentimiento	66
B. Los tres sentidos del consentimiento	67
C. Redefinir el concepto de consentimiento.....	71
CAPÍTULO 3. CRIMINALIZACIÓN Y LIBERALISMO	79
I. EL DERECHO PENAL Y SUS ALTERNATIVAS.....	79
II. FUNDAMENTOS DE LA CRIMINALIZACIÓN	81
A. Retributivismo negativo	81
B. Los elementos de la reprochabilidad	83
III. LIBERALISMO.....	85
A. Principios generales.....	86
B. Neutralidad liberal.....	88
C. El liberalismo frente al moralismo jurídico y al feminismo.....	89
 PARTE II. RELACIONES SEXUALES NO CONSENTIDAS Y NO DESEADAS 	
PARTE II. A LA PRUEBA DE LA AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO	
CAPÍTULO 4. LOS PUNTOS EN COMÚN DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA VIOLACIÓN.....	99
I. EVOLUCIÓN DEL DERECHO SUSTANTIVO DE LA VIOLA- CIÓN	100
II. VIOLACIÓN Y <i>ABUSO SEXUAL</i> COMO TIPOS PENALES	103
III. EL REQUISITO DE UN ACTO FÍSICO EN LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA VIOLACIÓN	106
A. Enfoques representativos para definir el acto físico.....	106
B. Las partes del cuerpo y la gradación de los delitos	109
C. La expansión de la definición del acto físico más allá de las partes específicas del cuerpo	112
IV. EL RETO DE GRADUAR LA VIOLACIÓN	116

	Pág.
CAPÍTULO 5. VIOLACIÓN COMO RELACIONES SEXUALES NO CONSENTIDAS	119
I. DEFINICIÓN DE AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO	121
A. Violación mediante uso de la fuerza	121
B. «No significa no»	124
C. Consentimiento afirmativo	128
II. EL PROBLEMA DE LAS LEYES SOBREINCLUSIVAS	133
A. El ajuste entre el problema percibido y la solución propuesta	134
B. Insuficiente ilicitud	136
III. <i>MENS REA</i> Y ERROR.....	142
A. Tres modelos de <i>mens rea</i>	143
B. La elección de un requisito de <i>mens rea</i>	145
 CAPÍTULO 6. VIOLACIÓN MEDIANTE ENGAÑO	 147
I. LA VIOLACIÓN MEDIANTE ENGAÑO EN EL <i>COMMON LAW</i>	148
II. ¿CUÁNDO DEBE TRATARSE COMO DELITO A LAS RELACIONES SEXUALES OBTENIDAS MEDIANTE ENGAÑO?	151
A. Argumentos a favor y en contra de la expansión del delito de violación mediante engaño	151
B. El problema de la expansión general	153
C. El engaño como un concepto escalar.....	154
D. ¿Qué debería contar como un engaño sobre un asunto esencial?	155
III. LOS PRINCIPALES CANDIDATOS A LA VIOLACIÓN MEDIANTE ENGAÑO	157
A. Procedimientos médicos fraudulentos.....	157
B. Hacerse pasar por un cónyuge	158
C. Mentiras sobre enfermedades de transmisión sexual.....	162
 CAPÍTULO 7. VIOLACIÓN MEDIANTE COACCIÓN PSICOLÓGICA	 165
I. RELACIONES SEXUALES INDUCIDAS POR COACCIÓN EN EL DERECHO POSITIVO	166
II. COACCIÓN PSICOLÓGICA Y FALTA DE CONSENTIMIENTO	169

	Pág.
III. DISTINCIÓN ENTRE RELACIONES SEXUALES MANTENIDAS POR MEDIO DE COACCIÓN NO VIOLENTA CRIMINALIZABLES Y NO CRIMINALIZABLES.....	172
IV. UTILIZACIÓN DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA EXTORSIÓN COMO MODELO PARA LA CRIMINALIZACIÓN.....	176
V. RELACIONES SEXUALES POR MEDIO DE OFERTAS COACTIVAS.....	180
VI. RELACIONES SEXUALES POR MEDIO DE EXPLOTACIÓN.....	183
PARTE II. B PRESUNCIONES DE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO	
CAPÍTULO 8. INCAPACIDAD PARA CONSENTIR.....	189
I. DIFERENCIAS EN LA LEGISLACIÓN.....	189
II. LA ILICITUD DE MANTENER RELACIONES SEXUALES CON UNA PERSONA QUE CARECE DE CAPACIDAD PARA CONSENTIR.....	191
III. INCAPACIDAD POR DISCAPACIDAD MENTAL.....	195
A. La «imprecisión» de la discapacidad mental.....	195
B. Historia.....	198
C. Equilibrio entre derechos negativos y positivos de los discapacitados mentales.....	199
IV. INCAPACIDAD POR INTOXICACIÓN.....	205
CAPÍTULO 9. ABUSOS DE MENORES (ESTUPRO).....	211
I. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN.....	211
A. La regulación jurídica del abuso de menores.....	212
B. El fundamento tradicional de la responsabilidad objetiva.....	214
II. ¿ESTÁ EXIMIDA LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA?.....	215
A. La paradoja del abuso de menores.....	216
B. ¿Reformulación del abuso de menores como un delito <i>mala prohibita</i> ?.....	218

	Pág.
CAPÍTULO 10. ABUSO DE POSICIÓN DE PODER	221
I. REGULACIÓN JURÍDICA DEL ABUSO DE POSICIÓN DE PODER.....	222
A. Comparación entre el enfoque estadounidense y el inglés	222
B. Clases de relaciones jerárquicas contempladas.....	224
II. JUSTIFICACIÓN DE LAS PROHIBICIONES DE RELACIONES SEXUALES EN RELACIONES JERÁRQUICAS.....	227
A. Los objetivos de las disposiciones legales sobre el abuso de posición de poder	227
B. Aplicación a clases específicas de relaciones jerárquicas.....	231
III. CUESTIONES PENDIENTES.....	236
 PARTE II. C RELACIONES SEXUALES NO DESEADAS 	
CAPÍTULO 11. ACOSO SEXUAL COMO DELITO	243
I. LA NATURALEZA DEL ACOSO SEXUAL	245
A. El acoso sexual tal como lo define la ley de los Estados Unidos ..	245
B. ¿En qué se diferencia el acoso sexual de la agresión sexual y otros delitos sexuales?	246
C. Acoso que también constituye (o no) abuso.....	249
D. Ordenamientos jurídicos en los que el acoso sexual ha sido criminalizado	251
II. ¿CUÁNDO DEBE CRIMINALIZARSE EL ACOSO SEXUAL?	253
 PARTE II. D ASUNCIÓN DE RIESGOS 	
CAPÍTULO 12. VOYERISMO	257
I. DEFINIENDO VOYERISMO	257
A. Trastornos psiquiátricos	257
B. Voyerismo como delito	259
C. Sentidos culturales.....	262
II. UNA RAZÓN PARA LA CRIMINALIZACIÓN	264
A. Los ilícitos en el voyerismo	264
B. Voyerismo y principio de daño.....	274
C. Expectativas de privacidad.....	279

	Pág.
CAPÍTULO 13. EXHIBICIONES OBSCENAS	291
I. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS EXHIBICIONES OBSCENAS.....	292
II. EL CONTENIDO MORAL DE LAS EXHIBICIONES OBSCENAS.....	294
A. Daños.....	294
B. Ilícitos.....	296
C. Exhibicionismo como causa de ofensa.....	299
D. Susceptibilidad especial de la víctima ante la ofensa y variación cultural.....	315
 PARTE III. SEXO SUPUESTAMENTE CONSENTIDO 	
CAPÍTULO 14. INCESTO	319
I. INCESTO COMO TABÚ, INCESTO COMO REPUGNANCIA.....	321
II. TRATAMIENTO DEL INCESTO EN EL DERECHO PENAL.....	328
A. Criminalización del incesto en diversos sistemas jurídicos.....	328
B. Definición del incesto en el derecho de los Estados Unidos.....	329
III. BASES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL INCESTO JUVENIL.....	332
IV. BASES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL INCESTO CONSENTIDO ENTRE ADULTOS.....	335
A. Violación del derecho <i>prima facie</i> a elegir una pareja sexual (voluntaria).....	336
B. Prevención de malformaciones congénitas.....	337
C. Protección de la integridad familiar.....	341
D. Prevención de relaciones sexuales coactivas.....	343
 CAPÍTULO 15. AGRESIÓN SADOMASOQUISTA	 349
I. LA PSICOLOGÍA Y LA INCIDENCIA DE LA CONDUCTA SADOMASOQUISTA.....	350
II. REGULACIÓN JURÍDICA DEL SADOMASOQUISMO SEXUAL.....	352
III. PERSPECTIVAS EN CONFLICTO.....	354
A. Liberalismo.....	354
B. Moralismo jurídico.....	355

	Pág.
C. Paternalismo	357
D. Positivismo sexual y teoría <i>queer</i>	358
E. Dominación feminista.....	359
IV. ¿DEBERÍA DISTINGUIRSE EL SADOMASOQUISMO DEL DEPORTE, LA CIRUGÍA, EL <i>BODY PIERCING</i> Y LA FLAGELACIÓN RELIGIOSA?.....	360
A. El valor de la conducta subyacente.....	360
B. El riesgo de que la violencia se vaya de las manos.....	361
C. La causación de dolor como propósito de la actividad.....	363
V. DISTINCIÓN ENTRE EL SADOMASOQUISMO CONSENTIDO Y EL NO CONSENTIDO.....	365
 CAPÍTULO 16. PROSTITUCIÓN	 369
I. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR PROSTITUCIÓN?.....	370
A. <i>Prostitución</i> en el lenguaje ordinario.....	371
B. La prostitución definida en la ley	373
II. DEFINICIÓN DE LA ACTIVIDAD SEXUAL	375
A. Casos que implican contacto sexual sin penetración entre el comprador y el vendedor	376
B. Casos que no incluyen contacto físico entre el vendedor y el comprador o un tercero.....	377
C. Casos que incluyen contacto físico entre el vendedor y un tercero..	378
III. INTERCAMBIO POR UN VALOR	381
A. Requisito <i>quid pro quo</i>	381
B. Intercambio de sexo por bienes de valor económico que no son dinero	382
C. Sexo a cambio de bienes no patrimoniales.....	383
D. Intercambios de sexo entre esposos y otras parejas sexuales exclusivas.....	384
E. Sexo terapéutico	388
IV. FUNDAMENTOS PARA PROHIBIR LA PROSTITUCIÓN	389
A. Metodología.....	390
B. Cinco fundamentos a favor de que la prostitución es incorrecta o debería ser criminalizada	392
C. Una reflexión final sobre la definición de la prostitución	400

PARTE IV. SEXO ACONSENTIDO

CAPÍTULO 17. BESTIALISMO	405
I. CONSIDERACIONES DE FONDO	406
II. EL BESTIALISMO COMO DELITO PENAL	409
A. Clasificación	409
B. El requisito de la penetración	411
III. JUSTIFICACIÓN DE LA CRIMINALIZACIÓN DEL BESTIALIS- MO	413
A. El estatus moral de los animales	413
B. Los animales considerados como terceros en el sentido del prin- cipio de daño	414
C. Daños causados a animales mediante bestialismo	417
D. Bestialismo como violación de derechos de animales	419
IV. EL BESTIALISMO COMO FORMA DE CRUELDAD ANIMAL ...	427
A. Leyes anticrueldad contemporáneas	427
B. El bestialismo como forma de crueldad animal	429
 CAPÍTULO 18. NECROFILIA	 433
I. INCIDENCIA Y PSICOLOGÍA	433
II. EL TRATAMIENTO DE LA NECROFILIA EN EL DERECHO	434
III. ¿UN FUNDAMENTO PARA LA CRIMINALIZACIÓN?	437
A. Daño, ilícito y ofensa contra terceros	437
B. Daño e ilícito al difunto	438
 CONCLUSIÓN	 445
1. ACLARAR LAS PREMISAS NORMATIVAS	445
2. RECONOCER LAGUNAS EN EL CONOCIMIENTO EMPÍRICO ..	445
3. PENSAR COMPARATIVAMENTE	446
4. RECONOCER QUE LOS FINES COMUNES PUEDEN SER AL- CANZADOS POR DIFERENTES MEDIOS	446
5. PRESTAR ATENCIÓN A LAS ETIQUETAS	447

PRÓLOGO

En 2013, asistí por casualidad a dos conferencias que me dejaron pensando. Una era sobre la violación y el abuso sexual y la otra sobre «delitos de vicio», como la prostitución y el incesto entre adultos. En ambas reuniones había gente inteligente que elaboraba sofisticadas teorías. Pero me sorprendió la total desconexión entre las conversaciones de ambas conferencias.

Un año antes, había publicado un libro sobre la teoría de la regulación jurídica del hurto, la segunda entrega de lo que ha resultado ser un esfuerzo a lo largo de toda mi carrera por trazar el contenido moral de la parte especial del derecho penal, esto es, la parte que define los delitos específicos. Tras asistir a las dos conferencias decidí que los delitos sexuales ofrecerían un tema convincente para un tercer libro. Pero estaba decidido a abordarlos como un todo unificado y no como una colección de delitos esencialmente inconexos.

La etapa intermedia de la década de 2010 fue una época especialmente turbulenta para reflexionar sobre la regulación jurídica de las relaciones sexuales. Importantes instituciones sociales se vieron sacudidas por escándalos sexuales. La administración Obama había empezado a adoptar una postura más agresiva contra la conducta sexual incorrecta en los campus universitarios. El American Law Institute lanzó su proyecto para revisar las disposiciones sobre violación y abuso sexual del Código Penal Modelo. Y el movimiento *#MeToo* se convirtió en un fenómeno mundial, suscitando un flujo prácticamente interminable de denuncias de acoso y abuso sexual. Mientras tanto, la Corte Suprema de los Estados Unidos dio su visto bueno al matrimonio entre personas del mismo sexo, las personas trans y no binarias exigieron un nuevo respeto por sus derechos, e internet desempeñó un papel cada vez más importante en la conexión de personas con una gama casi inimaginablemente amplia de prácticas e intereses sexuales.

Un auténtico tsunami de acontecimientos y acusaciones, un torbellino de cambios sociales y decisiones judiciales y más «datos» de los que uno podría llegar a procesar por completo. Quería centrarme menos en los titulares y las

noticias y más en las cuestiones conceptuales subyacentes a las que se refieren los delitos sexuales y que, en última instancia, los unen. Mi formación filosófica me había convencido de que solo a través de un proceso de análisis tan exhaustivo podemos decir con propiedad en qué punto ha ido demasiado lejos la regulación jurídica de los delitos sexuales a la hora de penalizar o despenalizar diversas formas de conducta y en qué puntos no ha ido lo suficientemente lejos. Este libro es la consumación de esta convicción.

AGRADECIMIENTOS

Cuando comencé a escribir este libro, la tecla x de mi antigua notebook se atascó misteriosamente. Tipear esa letra en concreto requería un esfuerzo especial y no pude encontrar a nadie que supiera cómo arreglarla. Dado que estaba escribiendo sobre delitos sexuales, probablemente debería haberme tomado esto como una advertencia. En lugar de eso, me compré una computadora nueva y seguí adelante con lo que resultó ser un proyecto más grande y complicado de lo que jamás podría haber previsto cuando empecé.

Afortunadamente, he contado con el apoyo de muchos amigos y colegas. Doy las gracias, en primer lugar, a los colegas de las numerosas instituciones en las que tuve la suerte de presentar mi trabajo y recibir preguntas y comentarios interesantes, como en talleres, conferencias y charlas en Alabama, Bergen, Bristol, Cambridge, Connecticut, Córdoba, Cornell, Durham, Fordham, Hebrew University, Humboldt, King's College London, LSE, Louisiana State, Minnesota, NYU, Oslo, South Carolina, Torcuato Di Tella, Tufts, UCLA, Villanova y Warwick. También me beneficié de la oportunidad de presentar mis ideas a los estudiantes y recibir sus comentarios en los seminarios sobre delitos sexuales que impartí en Rutgers y la Universidad de Tel Aviv.

Algunas partes de este libro fueron escritas durante mi año sabático en el Corpus Christi College de Oxford y en el Departamento de Derecho de la London School of Economics. Estoy especialmente agradecido a Lucia Zedner y Jeremy Horder por su hospitalidad durante mis visitas y por su continuo interés en el proyecto. Mi agradecimiento también a la Leverhulme Foundation por su apoyo financiero.

También me he beneficiado de los conocimientos, los comentarios y la mirada crítica de muchos otros amigos y colegas generosos. He podido seguir la pista a José Ramón Agustina Sanllehí, Thom Brooks, Rachel Clement, Sherry Colb, Michelle Madden Dempsey, Debbie Denno, Leandro Dias, Tony Dillof, Antony Duff, Matt Dyson, Chad Flanders, Thomas Frøberg, Matt Gibson, David Greenstein, Aeyal Gross, Miri Gur-Arye, Jo-

nathan Herring, Martin Hevia, Tatjana Hörnle, Zach Hoskins, Kyron Huijgens, Jørn Jacobsen, Matt Kramer, Niki Lacey, Ken Levy, Peter de Marneffe, Clare McGlynn, Erin Murphy, Nicola Padfield, Amit Pundik, Eduardo Rivera López, Jonathan Rogers, Galia Schneebaum, Andrew Simester, Julia Simon-Kerr, Ken Simons, John Stanton-Ife, Dan Subotnik, Victor Tadros y Becca Williams.

También agradezco a mis colegas de Rutgers que leyeron borradores y respondieron a las muchas preguntas que les hice. Entre ellos están Carlos Ball, Vera Bergelson, Michael Cahill, Gary Francione, Doug Husak, Margo Kaplan, Suzanne Kim, Dennis Kim-Prieto, Rebecca Kunkel, David Noll, George Thomas, Penny Venetis, Alec Walen y Reid Weisbord. Gracias también a los decanos David López y Ron Chen por su apoyo a mi investigación.

Por último, quiero dar las gracias a Andrew Ashworth, Jamie Berezin, Alex Flach y David Lipp, de Oxford University Press.

Varias partes de este libro ya han sido publicadas anteriormente. Agradezco a las siguientes publicaciones su permiso para utilizar esos materiales aquí: «Incest», en Larry Alexander y Kim Ferzan, eds., *Palgrave Handbook on Applied Ethics and the Criminal Law* (Nueva York: Palgrave Macmillan, 2020), 337-57; «To See and Be Seen: Reconstructing the Law of Voyeurism and Exhibitionism», *4 American Criminal Law Review* 203-258 (2018); «What Counts as Prostitution?», *4 Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* 184-220 (2016); «What Are the Sexual Offences?», en Chad Flanders y Zach Hoskins, eds., *The New Philosophy of Criminal Law* (Nueva York: Rowman Littlefield, 2016), 57-76; y «Lies, Rape, and Statutory Rape», en Austin Sarat, eds., *Law and Lies: Deception and Truth-Telling in the American Legal System* (Nueva York: Cambridge University Press, 2015), 194-253.

Por supuesto, debo reservar unas últimas palabras de gratitud para mis seres más queridos. Mi esposa desde hace más de treinta años, Jennifer Anne Moses, se sorprendió un poco al verme leyendo sobre incesto, exhibiciones obscenas y sadomasoquismo. Pero escuchaba con buen humor mis argumentos y me ofrecía muchas ideas útiles, sobre todo mientras dábamos largos paseos con nuestros perros. Nuestros tres hijos no participaban mucho en estas discusiones, dado que ya abandonaron nuestro hogar y, cuando lo hacían, era con cierta incomodidad comprensible. Aun así, los quiero lo suficiente como para dedicarles este trabajo.

Los traductores quieren manifestar su agradecimiento a Lucía Solavagione y Agustina Szenckman por su ayuda en la revisión del texto.

INTRODUCCIÓN

Desde la última parte del siglo XX, la legislación sobre delitos sexuales, especialmente en Occidente, empezó a reflejar una sorprendente divergencia. Por un lado, la regulación jurídica se volvió significativamente más punitiva en su enfoque sobre la conducta sexual no consentida, como demuestra la importante ampliación de la definición de violación y de abuso sexual y la creación de nuevos delitos como la trata con fines sexuales, el grooming de menores de edad y la pornografía vengativa o revenge porn. Por otro lado, se ha vuelto notablemente más permisiva en el tratamiento de las conductas consentidas, una tendencia que puede observarse, por ejemplo, en la legalización o despenalización de la sodomía, el adulterio y la pornografía entre adultos.

El objetivo de este libro es explorar las implicaciones conceptuales y normativas de esta divergencia. Para ello, partiré de la base de que una función adecuada del derecho penal en un Estado liberal es proteger a las personas en su derecho a no ser sometidas a contactos sexuales contra su voluntad, salvaguardando al mismo tiempo su derecho a participar en conductas sexuales (privadas y consentidas) en las que sí deseen participar. El problema es que, aunque estos objetivos parecen coherentes en el ámbito de los principios abstractos, con frecuencia entran en conflicto en la práctica. Examinaré una amplia gama de casos en los que se producen estos conflictos y mostraré cómo, mediante un análisis y una revisión cuidadosos, pueden conciliarse ambos objetivos.

I. DIVERGENCIA HISTÓRICA

La tendencia hacia un mayor punitivismo con respecto a la conducta no consentida puede observarse, entre otros lugares, en el derecho sustantivo de la violación y el abuso sexual. A partir de los años setenta y ochenta, en gran medida bajo la influencia de académicas y activistas feministas, el derecho le empezó a conceder una nueva importancia al elemento del no con-

sentimiento, eliminó el requisito de la «resistencia» y la exención de la violación marital, y amplió la definición de violación y del abuso sexual más allá del coito vaginal para incluir también otros tipos de relaciones sexuales con penetración (con el resultado de que las víctimas masculinas están ahora por regla general incluidas en la clase protegida).

Desde principios de este siglo, el ritmo de las reformas no ha hecho más que intensificarse. En 2003, Inglaterra y Gales promulgaron una amplia reforma de su legislación sobre delitos sexuales, que incluía una definición más amplia de violación e introducía nuevos delitos de abuso sexual infantil, turismo sexual y trata con fines sexuales. Irlanda del Norte y Escocia introdujeron sus propias reformas de gran alcance de la legislación sobre delitos sexuales en 2008 y 2009, respectivamente. Reformas análogas siguieron en Alemania en 2016 y en Suecia en 2018.

En 2012, el American Law Institute, la principal organización estadounidense de reforma legislativa, emprendió su propio proyecto de revisión de las disposiciones sobre violación y abuso sexual del Código Penal Modelo (CPM). El CPM original contiene disposiciones sobre delitos no consentidos y consentidos, aunque el proyecto de revisión se limita a los primeros. (Por razones que se harán evidentes a lo largo de este libro, creo que habría sido preferible un enfoque más exhaustivo). Cuando esté terminada, será la primera revisión de las disposiciones de derecho penal sustantivo del CPM desde su promulgación original en 1962¹.

En las últimas décadas también se han creado nuevos delitos para responder a nuevas clases de conductas sexuales indebidas, como la trata de seres humanos con fines sexuales, el grooming de menores de edad, la transmisión en enfermedades por medio de relaciones sexuales, la mutilación genital femenina y diversas formas de abuso sexual online, como la pornografía vengativa. Además, las penas y las reglas de ejecución del castigo se han endurecido considerablemente, una tendencia que puede observarse, por ejemplo, en el ámbito de delitos como el abuso sexual infantil y la pornografía infantil y en los severos regímenes de notificación y registro que le son impuestos a una amplia gama de delincuentes sexuales.

Paralelamente a (y, de hecho, impulsando) las reformas en el derecho, ha habido una modificación significativa en la conciencia pública de lo que constituye una conducta sexual no consentida. La manifestación más evidente de este cambio puede encontrarse en el movimiento *#MeToo*, que se convirtió en un fenómeno mundial tras las revelaciones de octubre de 2017

¹ En el momento en que este libro entró en imprenta, la propuesta del ALI era todavía un trabajo en curso. No será posible ofrecer aquí una evaluación exhaustiva, aunque en varios momentos de la discusión ofreceré un análisis de algunos de los aspectos más interesantes y en ocasiones problemáticos desde mi perspectiva, respecto de uno o más de los borradores preliminares.

de supuestos abusos sexuales por parte del magnate del cine Harvey Weinstein. En los meses siguientes, millones de mujeres (en su mayoría) de todo el mundo contaron sus propias historias de abusos sexuales, en muchos casos «avergonzando y culpando» [*shaming and blaming*] a sus presuntos agresores y llamándolos por su nombre. Aunque obviamente se trata de un fenómeno cultural importantísimo, el #MeToo es en sí mismo una manifestación de tendencias sociales que se vienen desarrollando desde hace décadas. Desde mucho antes del comienzo de este siglo ya se les prestaba atención a los abusos sexuales en los campus universitarios, en el ejército, en las prisiones y en el seno de diversas instituciones religiosas, especialmente la Iglesia católica. Las encuestas de opinión realizadas antes y después del movimiento #MeToo sugieren que el público en general es más consciente de la prevalencia de los abusos sexuales y menos tolerante con ellos que hace una generación².

Mientras tanto, y en dramático contraste con la dirección que ha tomado la regulación jurídica de los delitos no consentidos, la regulación jurídica de los delitos sexuales consentidos ha experimentado una importante liberalización. Esto se debe en parte a la labor de los teóricos y reformistas liberales, pero también a cambios subyacentes más amplios en las costumbres sociales, la demografía y la tecnología. Gran parte del mundo es mucho más pluralista, secular y globalizado que hace veinte o treinta años, y en las últimas décadas se ha producido una mayor disponibilidad de métodos anticonceptivos eficaces, una relajación de los tabúes religiosos, la aparición de la cultura del «sexo casual» [*hookup*], el acceso generalizado a la pornografía, un mayor respeto por los derechos de las personas LGBTQ y nuevos medios de comunicación que permiten el contacto entre personas con una amplia gama de prácticas y preferencias sexuales «de nicho».

El resultado ha sido una tendencia lenta pero constante hacia la legalización y despenalización de una serie de conductas sexuales que antes se consideraban «desviadas» y, como tales, merecedoras de castigo, entre ellas la fornicación, el adulterio, el mestizaje y la producción y posesión de pornografía (entre adultos). Sin embargo, quizá el cambio más conocido se ha producido en el ámbito de las conductas homosexuales. Comenzando con la Ley de Delitos Sexuales [*Sexual Offences Act*] de 1967 en Gran Bretaña e incluyendo la decisión de 1981 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Dudgeon*, la decisión de 2003 de la Corte Suprema de los Estados Unidos

² Véase, p. ej., Pew Research Center, «Women and Men in Both Parties Say Sexual Harassment Allegations Reflect “Widespread Problems in Society”», *Pewresearch.org*, 7 de diciembre de 2017, <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2017/12/07/americans-views-of-sexual-harassment-allegations/>; NORC at the University of Chicago, «Most Americans Believe Sexual Assault is a Widespread Problem in Society», *NORC.org*, 25 de octubre de 2018, <http://www.norc.org/NewsEventsPublications/PressReleases/Pages/most-americans-believe-sexual-assault-is-a-widespread-problem-in-society.aspx>.

en el caso *Lawrence v. Texas*, y la decisión de 2018 del Tribunal Supremo de la India en el caso *Navtej Singh Johar*, ha habido un flujo constante de jurisdicciones que han reconocido la conducta homosexual privada y consentida como fuera del ámbito del derecho penal.

Esto no quiere decir que estas tendencias divergentes hayan sido siempre constantes o uniformes. El derecho y las actitudes públicas cambian a través de idas y vueltas. En gran parte del mundo musulmán, en particular, sigue siendo delito practicar la homosexualidad, ver pornografía, mantener relaciones sexuales fuera del matrimonio o relacionarse en público con personas del sexo opuesto sin parentesco. En Irán, Arabia Saudita y Sudán, la «policia de la moralidad» detiene regularmente a las mujeres que no se ajustan a las normas religiosas de decoro.

Incluso en Occidente los cambios han sido desiguales y los ordenamientos jurídicos varían mucho en su enfoque, en particular respecto de la prostitución, el incesto entre adultos y el sadomasoquismo. Algunos han liberalizado considerablemente su legislación, mientras que otros han mantenido un régimen más punitivo. E incluso allí donde se ha producido una liberalización, esta puede seguir siendo frágil. En los Estados Unidos, el derecho constitucional al aborto, por ejemplo, parece correr ahora más peligro que en décadas, debido a los recientes cambios de personal de la Corte Suprema (aunque el derecho al sexo homosexual parecería estar asegurado)*. Del mismo modo, la relajación de las leyes relativas a la pornografía entre adultos sigue estando en el punto de mira tanto para los conservadores sociales como para las feministas radicales. Y a pesar del inmenso impacto cultural del movimiento *#MeToo*, sigue habiendo profundas divisiones en la sociedad sobre exactamente qué tipo de conductas son aceptables y cuáles no, y sobre la forma adecuada de abordar el problema de los abusos.

A pesar de estas complejidades, es justo decir que el amplio arco de la historia se inclina hacia una mayor punición con respecto a la conducta no consentida y una mayor permisividad con respecto a la conducta consentida. De hecho, un importante estudio mundial que analizó la legislación de 145 países durante el período 1945-2005 descubrió una pauta notablemente coherente: durante este período de posguerra, la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de todo el mundo (exceptuando el mundo musulmán) promulgaron leyes que aumentaban la criminalización de la violación y el abuso sexual infantil y disminuían la criminalización del adulterio y la sodomía³.

³ *Nota de los traductores*: durante la traducción del libro, de hecho, la Corte Suprema de los Estados Unidos dejó de lado el clásico caso *Roe v. Wade*, en el que se le reconocía a la mujer embarazada un derecho de privacidad al aborto temprano; la cuestión actualmente depende de la regulación estadual concreta, según el fallo *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* de 2022.

II. ENFOQUE DEL ESTUDIO

El propósito de este libro no es explicar, desde una perspectiva sociológica o histórica, cómo o por qué se ha producido esta divergencia. Más bien, el objetivo es considerar sus fundamentos conceptuales, tanto morales como jurídicos; explicar por qué la expansión y la contracción respectivas son conceptualmente coherentes y consistentes; y articular cómo sería un sistema de delitos sexuales que respetara plenamente los principios liberales.

La clave aquí será la distinción entre la autonomía sexual negativa (que consiste en el derecho a no realizar ni ser sometido a una u otra forma de conducta sexual) y la autonomía sexual positiva (que consiste en el derecho *prima facie* a realizar esa conducta). La autonomía sexual negativa se vulnera cuando una víctima es sometida (normalmente por otra persona) a una conducta sexual en la que no consiente. En virtud de los principios liberales de daño e ilicitud⁴, tales infracciones son en principio susceptibles de criminalización. En la medida en que la ley no prohíbe algunas formas de relaciones sexuales no consentidas, debe ser reexaminada y, en su caso, ampliada (como se hizo, por ejemplo, con la derogación de la exención de la violación marital).

La autonomía sexual positiva se vulnera cuando se le prohíbe a una persona (normalmente por medio del derecho) la realización de una conducta privada consentida o «aconsentida» en la que sí desea participar, siempre que el ejercicio de esa autonomía no afecte negativamente a intereses importantes de otras partes, incluido, entre otros, su interés en la autonomía sexual. Según el enfoque liberal, una conducta sexual de esta clase debería estar en principio fuera del alcance de una criminalización adecuada. Cuando la ley tiene el efecto de someter esa conducta a sanciones penales, tenemos que considerar la posibilidad de despenalizarla o legalizarla (como se hizo, sobre todo, en el caso de la sodomía).

Según mi tesis general, por tanto, un sistema liberal ideal de derecho penal contendría disposiciones que criminalizasen adecuadamente todos los casos en los que un autor somete a una víctima a relaciones sexuales no consentidas, pero sin criminalizar ningún caso de relaciones sexuales genuinamente consentidas o «aconsentidas» que no afectaran negativamente a terceros. En otras palabras, desde el punto de vista liberal, debemos tratar de diseñar un sistema que no sea ni infrainclusivo (en el sentido de que no cu-

David John FRANK *et al.*, «Worldwide Trends in the Criminal Regulation of Sex, 1945-2005», *American Sociological Rev.* 75 (2010): 867.

⁴ *Nota de los traductores*: el término en inglés es *wrong*, de difícil traducción al español; en general se ha optado por la traducción «ilícito» o «ilicitud», pero se trata de una violación a reglas morales, no jurídicas (en especial, de violaciones a derechos morales).

bra algunas conductas que deseamos alcanzar) ni sobreinclusivo (en el sentido de que cubra algunas conductas que no deseamos alcanzar). Es un sistema que, en la frase de Ricitos de Oro, sería «perfecto» [*just right*].

La teoría que desarrollo es «liberal», en el sentido de que hace hincapié en la autonomía y los derechos personales y en la preocupación por prevenir y censurar los daños y las violaciones de derechos [*wrongs*] a los demás, como fundamentación del y como límite al derecho penal. No trataré de articular o defender mi propia teoría liberal básica del derecho penal. Simplemente asumiré una versión de la postura liberal, influenciada por las obras clásicas de John Stuart Mill, H. L. A. Hart y, especialmente, Joel Feinberg, una postura que refleja una fuerte presunción a favor de la libertad personal y la neutralidad liberal y en contra de la interferencia del Estado en los asuntos privados de los ciudadanos⁵. En su lugar, me preguntaré cómo sería un sistema de delitos sexuales regulado por el derecho penal que se esforzara por adherirse, de forma seria y coherente, a dicha teoría.

Mi teoría es «unificada» en el sentido de que busca colocar todos los delitos sexuales —no consentidos, consentidos y aconsentidos— en un único marco analítico. Considera hasta qué punto varios conceptos clave —como conducta sexual, autonomía sexual, consentimiento, ausencia de consentimiento y ausencia de deseo— se utilizan de forma coherente o incoherente en los distintos regímenes. Se pregunta dónde ha ido demasiado lejos la ley a la hora de criminalizar o despenalizar diversas formas de conducta sexual y dónde no ha ido lo suficientemente lejos.

Antes de proporcionar una hoja de ruta para el libro, vale la pena ofrecer algunas observaciones generales sobre su metodología y su alcance. En primer lugar, el libro pretende ser un trabajo de «reconstrucción normativa», en el que, como dijo Neil MacCormick, intentamos «desmantelar» las fuentes jurídicas y hacerlas «comprensibles», «imaginando y describiendo... el orden encontrado» y decidiendo qué encaja en un «todo coherente» y qué necesita ser «descartado o abandonado o, al menos, revisado»⁶. Una de las dificultades con las que tendrá que lidiar este proyecto es que los distintos delitos sexuales son definidos de forma muy diferente en los distintos ordenamientos jurídicos, si es que son definidos. Por tanto, una característica clave de mi análisis será identificar las principales diferencias entre los sistemas,

⁵ Véase John Stuart MILL, *On Liberty* (publicado originalmente, 1859) (Oxford University Press, 2008); H. L. A. HART, *Law, Liberty, and Morality* (Oxford University Press, 1963); y Joel FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, 4 vols. (Oxford University Press, 1984, 1985, 1986, 1988).

⁶ Véase, en general, Neil MACCORMICK, «Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS», *Oxford J. Legal Studies* 10 (1999): 539. Véase también Stuart P. GREEN, *Thirteen Ways to Steal a Bicycle: Theft Law in the Information Age* (Harvard University Press, 2012) (donde se emplea una metodología reconstructiva similar).

cuando existan, aunque no pretendo ofrecer un estudio exhaustivo de las jurisdicciones de todo el mundo.

Aunque espero que parte de mi análisis pueda ser útil para quienes tienen la tarea de reformar el derecho, es importante decir que no pretende ser una propuesta de reformas legislativas específicas. Muchas de las decisiones políticas dependerán en última instancia de cuestiones empíricas que mi experiencia no me permite resolver.

A pesar del ambicioso alcance del libro, hay una serie de delitos y cuestiones importantes que no podré tratar. En primer lugar, no trataré delitos históricos que ya no se consideran parte del derecho penal en Occidente, como la sodomía, la fornicación, el adulterio, el mestizaje, el aborto y la posesión de pornografía entre adultos. En segundo lugar, tendré comparativamente poco que decir sobre los delitos que afectan a víctimas menores de edad, que son tan distintivos y complejos que fácilmente podrían dar lugar a un libro autónomo. Por consiguiente, aunque ofrezco un análisis del abuso de menores y el incesto con menores de edad, no intento tratar el *grooming* de menores, la pornografía infantil, la mutilación genital femenina ni la trata de menores de edad con fines sexuales.

Además, el libro no tiene casi nada que decir sobre los procedimientos que rodean la investigación, el enjuiciamiento y el castigo de los delitos sexuales en los tribunales penales o en los campus universitarios o sobre las preocupaciones de «justicia informal» [*rough justice*] o ausencia de un «debido proceso» asociadas con el movimiento #MeToo. Tampoco analizo el fenómeno de los sistemas de notificación y registro de delincuentes sexuales.

En general, no discuto la incidencia, las causas o la prevención de los delitos sexuales, especialmente en el ámbito de la violación y el abuso sexual. Mi interés se centra casi exclusivamente en cómo se conceptualizan y definen estos delitos en el derecho sustantivo. Sin embargo, sí ofrezco algunos datos empíricos sobre la incidencia de delitos cometidos con menos frecuencia, como el voyerismo, las exhibiciones obscenas, la agresión sadomasoquista, el bestialismo y la necrofilia, principalmente como forma de establecer su importancia en el mundo real.

Por último, tendré muy poco que decir sobre el abuso sexual de personas LGBTQ o sobre cómo la raza, la etnia o el estatus socioeconómico influyen en los índices de delitos sexuales, victimización, procesamiento o castigo. Esto no se debe a que no sean temas importantes en el mundo real, sino más bien a que quedan fuera de mis preocupaciones conceptuales específicas.

En la mayoría de los casos hipotéticos que imagino intervienen variables incorporadas a las que me refiero, aburridamente, como A y B, en las que A es un acusado varón y B una denunciante mujer (a veces también utilizo los términos autor y víctima, respectivamente, dependiendo del contexto).

Esto no significa negar, por supuesto, que las conductas sexuales inapropiadas puedan ser realizadas en otras combinaciones binarias y no binarias. La convención se mantiene, sin embargo, tanto para evitar confusiones conceptuales como para reconocer el hecho de que la gran mayoría de las conductas sexuales inapropiadas implican de hecho a agresores masculinos y víctimas femeninas.

III. HOJA DE RUTA

El libro se divide en cuatro partes. La parte I constituye lo que denomino una caja de herramientas conceptuales, en la que se exponen brevemente seis conceptos clave que figurarán en el análisis de los delitos específicos que se exponen a continuación.

El capítulo 1 se centra en los conceptos de delito sexual y conducta sexual. En mi opinión, un delito es sexual si las relaciones sexuales desempeñan un papel en cómo aquel se define en una ley (es decir, como tipo penal), más que en cómo se lleva a cabo en un caso concreto (es decir, a nivel simbólico). Por tanto, no sería un delito sexual participar en infracciones al derecho de los partidos políticos o mentir bajo juramento, con el fin encubrir una aventura extramatrimonial (como supuestamente hicieron Donald Trump y Bill Clinton, respectivamente), a menos que un legislador definiera tales delitos e incluyese un motivo sexual como elemento. Hay tres medios superpuestos por los que las relaciones sexuales pueden desempeñar un papel en la determinación de un tipo penal: pueden prohibir la conducta sexual directamente (pensemos en la violación y el incesto entre adultos), prohibir la conducta preparatoria de una futura conducta sexual ilícita (por ejemplo, el delito inglés de administrar un estupefaciente sin la voluntad de la víctima, con la intención de someter a una persona a relaciones sexuales), o prohibir conductas que vulneran el derecho de otra persona a la autonomía sexual (por ejemplo, las exhibiciones obscenas). La conducta sexual, a su vez, se define fenomenológicamente, lo que significa que un acto se considerará sexual si y solo si es la clase de acto que tiende a satisfacer el deseo de placer sexual de un agente y suele ir acompañado de indicadores fisiológicos de deseo sexual.

El capítulo 2 analiza la autonomía sexual y el consentimiento. La autonomía sexual se concibe como un conjunto de derechos *prima facie* organizados en torno a la idea de garantizarle al titular diversas formas de autodeterminación sexual. Aquí es fundamental la distinción entre autonomía sexual negativa y positiva, mencionada anteriormente. La autonomía sexual se vulnera cuando una persona es sometida a relaciones sexuales no consentidas (algo que, normalmente, lleva a cabo otra persona) o cuando se le impide mantener relaciones sexuales consentidas (normalmente, por medio del de-

recho). Consentir en el contacto sexual es, en esencia, renunciar al derecho a no tener ese contacto. El consentimiento también exime a aquellos a quienes les es otorgado de la obligación de abstenerse del contacto. Describo al consentimiento como un juicio binario que refleja varias cualidades escalares (lo que significa que es un juicio de la clase sí/no que normalmente depende de la existencia de una propiedad que es una cuestión de grado). La distinción entre consentimiento y mera falta de deseo es especialmente importante en este caso. También se hace una distinción fundamental entre el consentimiento en un sentido actitudinal o mental (un estado mental de aquiescencia), el consentimiento en un sentido comunicativo (el consentimiento que se transmite a otro con palabras o acciones) y el consentimiento en un sentido prescriptivo (el consentimiento que se considera normativa o jurídicamente válido). Además, para que el consentimiento sea prescriptivamente válido, debe ser voluntario, consciente y competente.

El capítulo 3 analiza los conceptos de criminalización y liberalismo. Las sanciones penales son solo uno de los diversos medios con los que la sociedad puede responder a las conductas sexuales inapropiadas, pero son un método especialmente importante a la luz de sus efectos estigmatizadores y de su potencial para privar de libertad a las personas. Mi teoría parte de la base de que es intrínsecamente injusto castigar a los autores que carecen de culpabilidad y también es injusto castigar a los autores culpables por encima de lo que se merecen. Uno de los elementos más importantes de la culpabilidad es la ilicitud, que es entendida como una violación de los derechos de la víctima. Mi enfoque es liberal en el sentido de que hace hincapié en la libertad del individuo. Reconoce que el Estado tiene la obligación de proteger a los individuos de ser dañados por otros, pero también que el propio Estado puede suponer una amenaza para la libertad. Una característica clave de este enfoque es la neutralidad liberal, la idea de que el Estado no debe recompensar ni castigar determinadas concepciones de la «vida buena», sino proporcionar un marco neutral en el que los ciudadanos puedan perseguir su propia concepción del bien⁷.

En este punto, el libro comienza el proyecto de lo que se describió anteriormente como la reconstrucción normativa de los delitos sexuales específicos, es decir, con el núcleo de la discusión. La parte II se centra en un conjunto de delitos que tipifican el someter a otras personas a conductas sexuales, o relacionadas con las relaciones sexuales, no consentidas o no deseadas. Se divide, a su vez, en cuatro subapartados. El objetivo general de las dos primeras subpartes es diferenciar los distintos paradigmas bajo los cuales pueden cometerse la violación y el abuso sexual. El Subapartado II. A considera tres paradigmas en los que la ausencia de consentimiento debe probarse

⁷ Esto no quiere decir que el Estado no tenga la obligación de garantizar ciertos requisitos mínimos o básicos para el desarrollo humano.

caso por caso. El subapartado II.B examina tres paradigmas adicionales en los que se presume la ausencia de consentimiento sobre la base de determinadas condiciones marco.

El capítulo 4 funciona como preludeo de los subapartados II. A y II. B, centrándose en una serie de cuestiones comunes a los seis paradigmas. Comienzo con una breve reseña histórica, y observo una expansión significativa en la definición de violación y abuso sexual a lo largo de dos ejes: las clases de contacto sexual abarcados y los medios por los cuales se manifiesta la ausencia de consentimiento. A continuación, examinamos las distintas formas en que se han utilizado las etiquetas «violación» y «abuso sexual». Luego, examinamos cómo se ha definido el requisito del acto físico en la violación y el abuso sexual, antes de referirnos brevemente a algunos de los retos que plantea la clasificación de los delitos.

A partir del subapartado II. A propiamente dicho, el capítulo 5 considera la violación en su forma más básica, a la que me refiero como violación como relaciones sexuales no consentidas. En teoría, un legislador podría simplemente definir la violación como «relaciones sexuales con penetración no consentidas» y dejar que los encargados de las investigaciones determinen si las pruebas presentadas son suficientes para fundamentar la acusación. Pero es casi seguro que una definición de esta clase sería demasiado abierta como para darles a quienes pretenden tener relaciones sexuales, a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y a los tribunales la información y la orientación adecuadas; y por esta razón, se ha intentado articular condiciones más específicas en las que se produce la violación como relaciones sexuales no consentidas. La cuestión es cómo hacerlo de una manera que no sea ni infrainclusiva, ni sobreinclusiva. Considero tres formas en que la ley ha tratado de definir tal delito: como obtenido por la fuerza, como actuación a pesar de un «no», y actuación en ausencia de consentimiento afirmativo, y le presto especial atención a las preocupaciones sobre excesiva infrainclusión y sobreinclusión. Este capítulo también incluye un breve análisis del requisito de *mens rea* de la regulación jurídica de violación y la disponibilidad de la eximente de error de hecho.

En el capítulo 6 se examina el delito de violación mediante engaño. A diferencia de la violación como relaciones sexuales no consentidas, en este caso el consentimiento se comunica, pero se considera defectuoso en virtud de la falsa creencia de la denunciante. ¿Debe considerarse violación si un acusado se presenta falsamente como libre de enfermedades de transmisión sexual? ¿Y si obtiene el consentimiento comunicativo afirmando falsamente que es soltero? El *common law* era extremadamente restrictivo en lo que reconocía como engaño no permitido. Con la reconceptualización de la violación a partir de la ausencia de consentimiento, los reformadores han empezado a considerar la posibilidad de ampliar la definición de violación