

Recensiones

**“LA CRIMINALIZACIÓN DEL SEXO. UNA TEORÍA LIBERAL UNIFICADA”,
DE STUART GREEN**

Agustina SZENKMAN*

Fecha de recepción: 4 de noviembre de 2024

Fecha de aceptación: 14 de diciembre de 2024

GREEN, Stuart, La criminalización del sexo. Una teoría liberal unificada, trad. de José Béguelin, Leandro Dias y Alejandra Verde, Madrid y otras, Marcial Pons, 2024.

Hace poco tuve el agrado de participar en la revisión de la traducción de un libro muy reciente de Stuart GREEN: *La criminalización del sexo. Una teoría liberal unificada*. Ello me permitió llevar a cabo la lectura de esta obra provocadora que explora la relación entre la ley y la sexualidad. Allí se presenta un análisis crítico sobre la criminalización de ciertos comportamientos sexuales y sus implicancias en la época actual, es decir, en una era en la que las formas de vincularse sexualmente han mutado. De hecho, el autor llega a plantear interrogantes respecto de la legitimidad de la intervención estatal en algunos asuntos vinculados con la actividad sexual de las personas. Green logra transmitir los conceptos y problemas centrales de esta obra de forma clara y, de esta manera, consigue una comunicación efectiva del conocimiento general sobre la regulación de los tipos penales en el derecho estadounidense —y en algunos otros países de occidente— y de su postura en particular.

En esta reseña ofreceré un resumen de las cuatro partes clave en las que se estructura la obra. Luego intentaré proponer algunas reflexiones que nos lleva a realizar la obra, así como también explicitaré algunas cuestiones que parecerían haber quedado pendientes de tratamiento.

* Universidad de Buenos Aires, Argentina. Fundación Alexander Von Humboldt.

Podría decirse que el libro consta de dos grandes secciones. Por un lado, aquella relativa a la conceptualización de algunos términos básicos que serán indispensables para la comprensión del resto de la obra (parte I) y, por el otro, una segunda sección más extensa que se dedica a la reconstrucción de los distintos tipos penales sexuales en particular (partes II, III y IV). Más allá de esta forma de categorizar el contenido del libro, la obra está estructurada en cuatro partes principales que se dividen en subpartes y/o en capítulos.

La primera parte está compuesta por lo que Green denomina “herramientas conceptuales” y contiene tres capítulos breves en los que el autor presenta algunas nociones fundamentales que funcionan como marco teórico para el posterior análisis del resto del libro. En esa sección se examinan los conceptos de delito y conducta sexual (capítulo 1), de autonomía y consentimiento (capítulo 2), y de penalización y liberalismo (capítulo 3).

Green entiende que habrá un delito sexual siempre que así sea establecido por la ley, es decir, cuando la relación sexual defina al tipo penal, independientemente de cómo se lleva a cabo en el caso particular. En cambio, la noción de conducta sexual es establecida fenomenológicamente y será solo aquella que tienda a la satisfacción de un deseo de placer sexual.

En el segundo capítulo, el autor distingue entre autonomía sexual positiva (derecho *prima facie* a participar de conductas sexuales) y negativa (como derecho a no realizar ni ser sometido a una conducta sexual).¹ Respecto del consentimiento, afirma que es esencial diferenciarlo de la mera falta de deseo. También plantea tres formas en las que puede entenderse al consentimiento, ya sea en un sentido actitudinal o mental, en uno comunicativo o en uno prescriptivo.

Como último punto en esta sección, el autor analiza los conceptos de criminalización y liberalismo. Aquí se puede ver cómo surgen, en particular, varios elementos del retribucionismo. En este sentido, su teoría parte de la base de que sería injusto tanto castigar a quienes carecen de culpabilidad como castigar a las personas culpables más allá de lo que se merecen.² Otra característica fundamental de este enfoque es la idea de que, más allá de que el Estado brinde

¹ GREEN, *La criminalización del sexo* (trad. de José Béguelin, Leandro Dias y Alejandra Verde), Marcial Pons, Madrid, 2024, p. 25.

² GREEN, *supra* nota 2, p. 29.

cierto marco de protección, este debe también permitir un amplio ámbito de neutralidad en el que la ciudadanía pueda cumplir sus metas y objetivos en función de la concepción de lo que está bien que cada persona construya.

La segunda parte de la obra aborda el examen de los diversos delitos sexuales. Esta sección se enfoca en las relaciones no consentidas y no deseadas, es decir, en aquellas figuras penales que implican someter a otra persona a participar de una actividad sexual que no consiente o no desea. A su vez, se encuentra dividida en cuatro subapartados. Según Green, “[e]l objetivo general de las dos primeras subpartes es diferenciar los distintos paradigmas bajo los cuales puede cometerse la violación y el abuso sexual”.³ Así, en el punto II.A —capítulos 4 a 7—, ofrece tres paradigmas en los que es necesario probar la falta de consentimiento en cada caso mientras que en el punto II.B —capítulos 8 a 10— enumera otros tres paradigmas en los que se presume la ausencia de consentimiento por diversas condiciones marco.

De acuerdo con lo señalado por el propio autor, el capítulo 4 funciona como preludio de los subapartados II.A y II.B.⁴ Comienza por realizar una breve reseña histórica para luego continuar con un análisis del uso que se le ha dado a las nociones de violación y abuso sexual. Asimismo, expone algunos problemas vinculados con la ampliación del significado de aquellos términos y destaca que resulta esencial poder distinguir entre los distintos actos que se busca criminalizar y castigar legítimamente.

En el capítulo 5 —perteneciente al subapartado II.A propiamente dicho—, Green se refiere a la violación en su forma básica, es decir, a la violación como una relación sexual no consentida. Se centra en dilucidar la manera de tipificar esta conducta sin que sea infrainclusiva ni sobreinclusiva. Para ello, toma en cuenta tres formas en las que se ha intentado de definir al delito en la legislación —como obtenido por la fuerza, como actuación a pesar de un “no” y como actuación en ausencia de consentimiento afirmativo—. ⁵

³ Green, *supra* nota 2, p. 29.

⁴ Green, *supra* nota 2, p. 30.

⁵ Green, *supra* nota 2, p. 30.

El siguiente capítulo trata la cuestión de la violación mediante engaño, supuesto en el que el consentimiento es comunicado pero se lo considera defectuoso en función de la falsa creencia de la víctima. El punto central de esta sección es identificar de qué modo el engaño debe comenzar a ser considerado a los efectos de determinar la existencia de una violación (o de un delito alternativo menos grave), especialmente si se tiene en cuenta que la mayoría de las personas ha participado o ha sido objeto de alguna forma de engaño al mantener relaciones sexuales —por ejemplo, al maquillarse a fin de disimular un defecto facial—.

En el capítulo 7 se trata una cuestión paralela a la señalada en el párrafo precedente. En particular, se evalúa, en el marco de las violaciones mediante coacción, qué tipo de amenazas invalidan el consentimiento comunicado y si, incluso en esos casos, la criminalización estaría justificada. Se hace especialmente hincapié en los supuestos que involucran las amenazas de producción de daños triviales y las ofertas coercitivas o explotadoras.

Con el capítulo 8 se da comienzo a la subparte II.B en la que se examinan los paradigmas de violación en los que se presume la ausencia de consentimiento. Aquí se analizan casos en los que se afirma que la víctima no tenía la capacidad para consentir. Podría decirse que el autor clasifica estos supuestos en dos categorías. En la primera se abarcan los casos en que la persona está dormida, inconsciente o en estado vegetativo, es decir, aquellos en los que se afirma categóricamente que son incapaces de prestar su consentimiento. La segunda aborda situaciones más complejas en las que las personas sufren déficits intelectuales o comunicativos o se encuentran intoxicadas con alguna sustancia. Por su parte, en el capítulo 9 se aboca al tratamiento del abuso de menores, también denominado estupro. Green analiza críticamente la necesidad de presumir la falta de capacidad de consentir en estos casos, especialmente cuando la víctima es un o una adolescente mayor. El capítulo final de este subapartado se centra en las leyes de abuso de posición de poder. Aquí nuevamente el autor sostiene la posibilidad de una criminalización excesiva y advierte la dificultad de determinar qué relaciones jerárquicas son aquellas que deberían fundamentar una presunción de falta de conocimiento.

El subapartado II.C está compuesto por un único capítulo que se enfoca en la falta de deseo o desagrado y no ya en la ausencia de consentimiento (como había postulado en los apartados anteriores). En concreto, se evalúa si correspondería tipificar como delito al acoso sexual, es decir, a otras conductas sexuales para las que actualmente no existe una figura penal.

A continuación, en el subapartado II.D, Green dedica un par de capítulos a la temática del voyerismo y las exhibiciones obscenas, dos delitos respecto de los que, según el autor, la doctrina no ha teorizado mucho, a pesar de que presentan cuestiones interesantes en materia de consentimiento.

La parte III de la obra se refiere a los casos de conductas sexuales supuestamente consentidas, es decir, aquellas en las que resulta sumamente controvertido que el acto haya sido efectivamente consentido. La idea del autor es reconceptualizar y reconfigurar ciertos delitos que encuadran en esta categoría a fin de que sean respetuosos de los principios liberales de daño y de ilicitud, ya que habían sido inicialmente concebidos como tipos penales en función de una lógica de moralismo jurídico.

Comienza por examinar el incesto en el capítulo 14. Allí especifica que resulta complicado, dado el grado de intervención que le corresponde a un Estado liberal moderno, justificar la criminalización del incesto entre personas adultas. Además, aclara que son especialmente preocupantes los supuestos en los que el vínculo sexual comenzó cuando uno de los participantes era menor de edad o cuando entre ambas partes existe una relación jerárquica.

En el capítulo 15 Green aborda el abuso sadomasoquista, conducta que, tal como señala el autor, ha sido penalmente perseguida en función de normas generales (que no tipifican específicamente delitos sexuales). Aquí trata diversas cuestiones, por ejemplo, intenta justificar por qué las relaciones sexuales sadomasoquistas consentidas tienen un mayor contenido de ilícito que otras clases de causación consentida de daños —cirugías, tatuajes, entre otras—, al tiempo que también resalta la problemática sobre cómo distinguir entre un sadomasoquismo consentido de aquel que no lo es.

En el último capítulo de esta parte el autor se enfoca en la prostitución. Sin embargo, al tratar este tema varía la metodología de exposición de sus ideas, pues, a diferencia de los capítulos anteriores, aquí no se centra en la necesidad (o no) de su criminalización, sino en la definición de prostitución.

Finalmente, en la parte IV se examinan los delitos que implican relaciones sexuales aconsentidas —es decir aquellas que no fueron consentidas ni en las que no hubo ausencia de consentimiento—. Green señala que aquellas fueron criminalizadas debido a un razonamiento basado también en el moralismo jurídico. Por ese motivo, nuevamente el autor reflexiona sobre si

esas figuras penales pueden ser reconceptualizadas de manera tal que sean compatibles con los principios liberales de un Estado moderno.

En el capítulo 17 el autor brinda una definición de bestialismo y entiende que la cuestión central gira en torno a determinar si aquella es una conducta constitutiva de maltrato animal. Por último, el capítulo 18 ofrece un análisis de la necrofilia y plantea una serie de interrogantes a nivel conceptual y moral. Aquí cuestiona la criminalización de ese acto de acuerdo con los principios de daño y de ilicitud.

Realizado este breve recorrido por el contenido de cada parte del libro y de sus capítulos en particular, me gustaría exponer algunas observaciones.

El libro ofrece un análisis sobre la criminalización y la forma de regular diversos delitos sexuales y, para ello, abarca una amplia gama de temas. Creo que una de las fortalezas más destacables del texto es su enfoque liberal, que busca equilibrar la protección de la autonomía sexual negativa con la autonomía sexual positiva. Esta perspectiva aparece como relevante en el contexto actual, en el que las discusiones sobre los derechos individuales y las libertades personales son cada vez más prominentes. Además, el texto se beneficia de un enfoque interdisciplinario ya que incorpora elementos de filosofía moral, lo que enriquece el análisis y proporciona un marco más completo para entender la complejidad de los delitos sexuales.

No obstante, también corresponde destacar que Green se centra en un enfoque teórico y filosófico que puede resultar poco accesible para quienes buscan soluciones prácticas a problemas vinculados con esta temática. El mismo autor reconoce la importancia de las cuestiones empíricas pero el libro carece de este tipo de aportes que podrían ser útiles para ejemplificar las discusiones que presenta. Sobre este punto, el lector podría beneficiarse de complementar la lectura.

Green realiza un estudio de las cuestiones básicas de la regulación de estos tipos penales y las diversas problemáticas que su criminalización conlleva. Sin embargo, no se introduce a la discusión de ningún otro aspecto con profundidad, algo que sería muy interesante que ocurriese, ya sea por parte del mismo autor o incluso por alguien que ponga el énfasis en la legislación argentina para expandir la investigación. A su vez, también debe señalarse, y el propio Green lo menciona, la omisión del tratamiento de delitos sexuales significativos como el *grooming*, la pornografía infantil y la trata de personas con fines sexuales. Este es otro punto que podría ser explorado.

Pese a la omisión señalada, el libro nos convoca a reflexionar acerca de los principios que rigen la sociedad actual y sobre los cambios en el ámbito de la comunicación sexual que se fueron asentando. Todo ello nos lleva a pensar hasta qué punto deberían regularse este tipo de conductas, más aun en un contexto como el argentino en el que la legislación es muy antigua y reclama una reforma que se adapte a la realidad.

A modo de ejemplo, cabría preguntarse si el art. 119 del Código Penal argentino —que regula las diversas figuras de abuso sexual— alcanza a capturar todos los comportamientos que hoy en día la sociedad entiende que deberían estar tipificados o si, por el contrario, es demasiado abarcativo.

Asimismo, el texto plantea la necesidad de mantener otro tipo de discusiones sumamente relevantes desde una perspectiva crítica y reflexiva, y que, al menos en Argentina, no parecen haber causado aún un impacto. En este sentido, se puede mencionar la cuestión del consentimiento de personas con capacidades diferentes. De este modo, Green reconoce que las personas con discapacidades intelectuales pueden tener necesidades y deseos sexuales legítimos que merecen protección jurídica. Sin embargo, también señala el riesgo de criminalizar automáticamente las relaciones sexuales con personas que tienen capacidades intelectuales diferentes, al presumir que no pueden prestar un consentimiento válido. La capacidad de consentir puede variar según la complejidad de la conducta, sus posibles consecuencias y la posibilidad de la persona de comprender los hechos, apreciar la naturaleza de la decisión y sopesar riesgos y beneficios al comunicar la decisión deseada. Todo ello sin dejar de tener en cuenta aquellos supuestos especiales que involucran relaciones jerárquicas que pueden implicar un riesgo de coacción psicológica y explotación, como sería el caso de profesionales de la salud y sus pacientes.

En conclusión, creo que “La criminalización del sexo. Una teoría liberal unificada” resulta una contribución valiosa para el debate académico y representa un llamado para repensar cómo la sociedad concibe las conductas sexuales en esta época de modernidad y, en particular, cómo los legisladores regulan este ámbito, especialmente si tenemos en cuenta la necesidad de una reforma legislativa en este sentido.