

#MeToo ¿IMPLICANCIAS PARA EL DERECHO PENAL?*

Tatjana HÖRNLE**

Fecha de recepción: 3 de marzo de 2019
Fecha de aprobación: 2 de octubre de 2019

I. Introducción

Ha pasado un año desde que el movimiento *#MeToo**** cobró vigor y, por lo tanto, es un momento oportuno para evaluar este movimiento social y sus posibles implicancias para el derecho penal. Dado que es difícil pensar que los lectores no estén familiarizados con el término, las explicaciones sobre el *#MeToo* pueden ser breves: luego de que se hicieran públicas numerosas acusaciones en contra del productor de cine Harvey Weinstein en octubre de 2017, a la actriz Alyssa Milano se le ocurrió usar la frase “*Me Too*” como un *hashtag* para difundir mensajes a través de las redes sociales. La idea era atraer la atención a la prevalencia del acoso sexual y de la agresión sexual. La campaña *#MeToo* rápidamente atrajo la atención de muchas personas que contaron sus propias historias y tuvo un notable impacto en los destinos de muchas personas poderosas en diversos sectores de la sociedad tales como el ambiente artístico, la política, entre otros.¹ La campaña se extendió simplemente con el uso de dos palabras, “*me too*”, como una manera de contabilizar a las víctimas. El objetivo de lo que conocemos como *#MeToo* es que las personas puedan contar sus historias de una manera más exhaustiva y que también puedan nombrar y avergonzar a los individuos que llevan a cabo conductas sexuales inapropiadas. Las acciones nombrar y avergonzar resultaron ser herramientas efectivas que arruinaron las carreras y probablemente perjudicaron las vidas de muchos de los acusados. Wikipedia ahora contiene una entrada llamada “*Efecto Weinstein*”, que es definido como una tendencia global donde se hacen públicas las denuncias por conductas sexuales

* Traducción del inglés de Agustina Szenkman (UBA). Publicado originariamente como “*#MeToo – Implications for Criminal Law?*”, en *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, n.º 6, 2018, pp. 115-135.

** Profesora de Derecho penal y procesal penal, Derecho comparado y Filosofía del Derecho, Universidad Humboldt de Berlín. Este artículo está basado en el texto de la “*Bergen Lecture 2018*” del 3 de octubre de 2018. Los enlaces de internet fueron verificados por última vez el 14 de octubre de 2018.

*** “Yo también”. En la versión española se ha preferido mantener la expresión en inglés [N. de T.].

¹ Para una descripción de los hechos véase THE NEW YORK TIMES (ed.), *#MeToo: Women Speak Out Against Sexual Assault*, New York, The New York Times Educational Publishing, 2018.

inapropiadas contra hombres famosos o poderosos.² La revista estadounidense *Time* elige todos los años a una persona, grupo, idea u objeto que haya sido lo que más influyó los hechos del año y, en 2017, asignó ese puesto a un grupo de mujeres llamadas *The Silence Breakers*.³

Un año más tarde, hay diferentes formas de analizar la campaña *#MeToo*. Uno podría considerar centrarse en los casos individuales, relatar esas historias y evaluar la validez de las declaraciones hechas por los acusadores y aquellos que tratan de defenderse. Este enfoque tiene muchos problemas: hay demasiadas historias para abarcar, incluso para un libro y, a menudo, la información que se encuentra disponible no permite formar una descripción confiable de los hechos. Es imposible que los usuarios de *Twitter* y otras redes sociales tengan una idea clara de los hechos y este es uno de los problemas más evidentes que presenta *#MeToo*. Otra forma de evaluar la campaña *#MeToo* es a través de la identificación de las características más generales de los sucesos. De este modo, me limitaré a señalar algunos efectos positivos y negativos (sección II). Desde el punto de vista de la sociología jurídica, los aspectos más interesantes son aquellos que se superponen con los asuntos que conciernen al derecho. El movimiento *#MeToo*, como instrumento de control social, puede ser evaluado del mismo modo que el sistema formalizado de control social conocido como derecho penal. Algunas de las preguntas relevantes son, p. ej.: ¿Qué tan eficaz fue este movimiento para prevenir conductas sexuales indebidas? ¿Fortaleció o cambió las normas sociales de conducta en encuentros sexuales? ¿La culpabilidad y las sanciones fueron dirigidas a las personas correctas? ¿La culpabilidad se ajusta a los ilícitos?

Además de esta valoración retrospectiva de los sucesos del año pasado, me interesan las posibles repercusiones que este movimiento puede ocasionar en el área de la política criminal. ¿Sería recomendable ampliar o modificar las descripciones de los delitos que existen en las leyes penales? Este será el tema para la segunda parte de este artículo (secciones III-VII).

II. *#MeToo* como mecanismo de control social informal

1. Creación de conciencia

El principal logro de la campaña *#MeToo* fue haber levantado el velo de la vergüenza y alentado a las personas a que compartan sus experiencias personales con otros. Ahora sí tenemos, de alguna manera, un panorama más completo de dos hechos: en primer lugar, qué tan frecuentes eran las

² Cfr. https://en.wikipedia.org/wiki/Weinstein_effect

³ Cfr. <https://time.com/time-person-of-the-year-2017-silence-breakers-choice/>

conductas sexuales indebidas, especialmente en las relaciones de poder; y, en segundo lugar, cómo impactan en las víctimas. Los relatos de las denunciadas demuestran que estar sometido a este tipo de comportamiento puede ser muy desagradable y dañino. Desde una perspectiva legal, el tema fundamental es que ya no es necesario explicar por qué la libertad sexual negativa (el derecho a negarse a tener relaciones sexuales y a estar protegido contra actos sexuales no deseados) es un interés importante⁴, y por qué debería ser protegida a través de un control social informal y del derecho penal.

2. Cambio y fortalecimiento de las normas de conducta

¿Cambió la campaña #MeToo las normas de conducta que prescriben cómo deben comportarse los seres humanos cuando desean iniciar relaciones sexuales? Esta es una pregunta empírica que es fundamentalmente objeto de estudio para los científicos sociales. Únicamente he encontrado una cantidad limitada de información empírica⁵, pero parece factible que el movimiento #MeToo haya afectado tanto a la aceptación de las normas sociales como a la predisposición de los individuos de comportarse adecuadamente. Al menos como hipótesis en progreso, uno puede suponer que ha aumentado la cantidad de personas que insisten en que el acoso sexual verbal y el tocamiento indeseado son inaceptables no solo en el ambiente de trabajo, sino también en otros contextos sociales. Otros por lo menos reconocen que evitar este tipo de comportamientos podría ser la estrategia más sensata. Otra pregunta se refiere a cuántas personas realmente aplican estas normas a sus conductas personales. Nuevamente, es probable que el #MeToo haya tenido *algunos* efectos preventivos, también como una forma de disuasión. Es muy factible que el hecho de presenciar los efectos perjudiciales de ser públicamente acusado disuada incluso a algunas de esas personas egocéntricas que no se sienten obligadas a respetar las normas sociales. Una disuasión efectiva no significa que todas las personas dejen de acosar y abusar de otras —tanto el control social informal como el derecho penal solamente pueden procurar *reducir* los ilícitos—.

⁴ La libertad sexual negativa es diferente a la libertad sexual positiva, y se refiere a la libertad de realizar actos sexuales cuando, como y con quien quiera cada individuo. La ley puede proteger la libertad sexual negativa pero no puede proteger a los seres humanos de la frustración de no conseguir lo que quieren. La libertad sexual positiva solo puede ser fomentada de una forma fragmentaria a través de la reducción de prohibiciones (en comparación con las leyes tradicionales que prohibían las relaciones sexuales fuera del matrimonio o los actos homosexuales) pero la ley no puede garantizarles a los ciudadanos una vida sexual satisfactoria.

⁵ Respecto de las encuestas, véase WILLIAMS/LEBSTOCK, “Now What?”, en *Harvard Business Review*, enero 2018, pp. 3 ss., en p. 5.

¿Cómo deberían ser evaluadas las normas de conducta que han sido endurecidas y los cambios de comportamiento? Los aspectos positivos y relevantes no pueden ser cuestionados: cuanto más severo sea el acto sexual indeseado, y cuanto más vulnerable sea la víctima en su contexto social, más evidente es que serán de desear prohibiciones sociales efectivas. Aumentar las posibilidades de evitar violaciones es sin duda una buena idea. Los efectos beneficiosos también son evidentes en relación con las agresiones y “ofertas” en jerarquías profesionales y sociales de diversos tipos, donde la gente depende de sus jefes y otras personas que deciden sobre los empleos, roles, proyectos, etc. Sin importar cómo son evaluadas las circunstancias coercitivas en el derecho penal (ver sección VI más adelante), desde un punto de vista social y psicológico, las propuestas sexuales y los tocamientos inapropiados deberían ser evitados en los contextos jerárquicos. Los hombres y mujeres que se encuentran en la etapa inicial de sus vidas profesionales deberían poder transitarla sin inquietudes ni experiencias sexuales incómodas. El movimiento #MeToo puso al descubierto la angustia psicológica y emocional tanto de las víctimas como también de otros que han enfrentado la decisión difícil de intervenir o no frente a una situación.⁶

Mientras que los efectos positivos importantes son difíciles de negar, algunos observadores han criticado el movimiento #MeToo. Un grupo de francesas, entre las cuales se encuentra la actriz Catherine Deneuve, han expresado algunas reservas y objetan que el movimiento #MeToo refuerza concepciones puritanas rígidas y representa una amenaza para la libertad sexual de todo el mundo, incluso de las mujeres.⁷ En contra de esta afirmación, la escritora estadounidense Siri Hustvedt argumenta que la sensibilidad y el respeto son condiciones esenciales para poder llevar una vida erótica satisfactoria.⁸ En tanto el argumento de Hustvedt es sin dudas convincente, no logra abarcar plenamente los posibles efectos secundarios negativos. En efecto, los comportamientos sexuales inapropiados están incluidos en una categoría que puede ser de lo más variada. Una perspectiva más crítica podría ser adecuada si uno analiza casos-límite de acoso sexual o efectos indirectos e involuntarios de imponer reglas más bien estrictas contra cualquier cosa que pueda percibirse como acoso. Prevenir agresiones sexuales y cambiar el comportamiento de infractores egocéntricos y egoístas es loable, pero si la campaña pública es intensa, puede impactar en los hombres que se encuentran por fuera del espectro de conducta. Mi impresión es que las discusiones han ocasionado una sensación de inseguridad que excede a los productores de Hollywood u otros hombres

⁶ Véase para el último punto WILLIAMS/LEBSTOCK, *supra* nota 5, p. 3.

⁷ Carta abierta en *Le Monde*, disponible en https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/01/09/nous-defendons-une-liberte-d-importuner-indispensable-a-la-liberte-sexuelle_5239134_3232.html

⁸ Entrevista con Siri Hustvedt en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 8 de septiembre de 2018.

poderosos. En debates sobre delitos sexuales, he escuchado a estudiantes varones, que aparentaban ser agradables y sensibles, expresar desconcierto. Son hombres que *quieren* hacer lo correcto y que *quieren* evitar molestar a otros. Su confusión es entendible. Es sencillo describir lo que constituye una violación, una agresión sexual y un abuso sexual. Sin embargo, no siempre es fácil comprender el concepto de acoso. La diferencia entre un piropo agradable, un cumplido que es apreciado, una broma graciosa con un trasfondo sexual y el momento decisivo en el que estos comportamientos se vuelven desagradables e impertinentes, no es evidente. En casos-límite, colocar la etiqueta de “divertido” o “acoso” a determinadas conductas depende de sutilezas, gustos personales, situaciones y humores. Para los hombres que están preocupados, y para otros también, en un ambiente inseguro, una maniobra natural es evitar estas situaciones-límite y mantener las interacciones humanas dentro de un clima estrictamente asexual. Es una pregunta legítima cuestionar si este es un avance positivo, especialmente si un comportamiento excesivamente cauteloso se convierte en la norma por fuera del ambiente laboral.

3. Mencionar y avergonzar individuos

Si uno pasa de las normas sociales de conducta generales a nombrar y avergonzar a los individuos, se deben mencionar algunas características problemáticas del *#MeToo*. Antes de considerar los aspectos negativos, se deben indicar los posibles efectos positivos para las denunciantes. Desde mi posición de teórica del derecho penal, sostengo que las víctimas de delitos serios poseen un interés legítimo en que el Estado describa el perjuicio ocasionado y culpe a los delincuentes a través de un castigo.⁹ Estos intereses legítimos no pueden ser completamente atendidos por las propias acciones de las víctimas, sino que es necesaria la actuación de una tercera parte imparcial, un juez, cuya autoridad sea reconocida por las personas involucradas y por el público en general. Si el contexto es el de un control social informal como es el caso del movimiento *#MeToo*, no hay una tercera parte neutral con la autoridad necesaria para cumplir la tarea de evaluar las acusaciones y la culpa correspondiente. Desde un punto de vista psicológico, podría considerarse como “mejor que nada” si las víctimas en casos de agresión y acoso sexual serios se sienten menos indefensas y perciben cierta sensación de justicia individual. *#MeToo* creó un coro de voces para transmitirles empatía y solidaridad a las víctimas, mientras que el sistema de justicia penal —con

⁹ HÖRNLE, “The Role of Victims Rights in Punishment Theory”, en BOIS-PEDAIN/BOTTOMS (eds.), *Penal Censure. Engagements Within and Beyond Desert Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2019, pp. 207 ss.

sus procedimientos más formalizados e intencionalmente vaciados de contenido emocional— pueden ser percibidos como fríos y desinteresados.

Sin embargo, hay motivos para preocuparse si uno observa las prácticas del movimiento *#MeToo* desde una perspectiva que se interese en la equidad procesal y en los resultados fundados en la equidad. Por supuesto que no sería apropiado evaluar los mecanismos del control social informal de acuerdo con los estándares estrictos desarrollados por el derecho penal, ya que se perdería la diferencia crucial que existe entre estos dos sistemas. No obstante, es razonable afirmar que las sanciones que no son triviales merecen un análisis procesal crítico y que la intranquilidad surge cuando hay procedimientos dudosos que conducen a consecuencias graves en la vida de los individuos. Dentro del movimiento *#MeToo*, las acusaciones y las sanciones son inescindibles. Exponer a un individuo como delincuente en las redes sociales implica culparlo y castigarlo al mismo tiempo. Nombrar y avergonzar bajo estas circunstancias implica un trato sustancial y duro que no puede ser revertido. Los efectos pueden ser especialmente perjudiciales si se divulgan al público los detalles íntimos y a veces embarazosos de la vida sexual de la persona acusada. Las denuncias y las revelaciones persisten incluso si los imputados logran defenderse exitosamente ante demandas civiles o en juicios penales. En el proceso penal, el principio de inocencia es un precepto fundamental que busca minimizar los efectos de un juzgamiento prematuro. En Alemania, la televisión o cualquier medio de transmisión en vivo se encuentran restringidos por ley en los juicios penales¹⁰, el público puede ser excluido si se discuten detalles embarazosos¹¹ y hay restricciones para revelar los nombres de las personas acusadas.¹² Sin embargo, las redes sociales pueden no estar reguladas eficazmente, y no hay manera de controlar si se mencionan los nombres de los supuestos infractores. Así, el control social informal no está sujeto a ningún respaldo como el principio de inocencia o las restricciones legales para la exposición pública.

¹⁰ § 169 *Gerichtsverfassungsgesetz* (Ley de Constitución de los Tribunales). La prohibición general fue sostenida luego de un intenso debate. Véase *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal), *BVerfGE* 103 pp. 44 ss.; SAENGER (ed.), *NK-ZPO*, 7.ª ed., Nomos, 2017; § 169 GVG párr. 3. Para desarrollos nuevos véase <https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/germany-new-law-allows-broadcasting-and-recording-of-court-proceedings>. Las excepciones a la regla de la prohibición general son más bien reducidas. Todavía no está permitida la transmisión de juicios penales.

¹¹ § 171b *Gerichtsverfassungsgesetz* (Ley de Constitución de los Tribunales).

¹² En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal hace énfasis en que los derechos a la privacidad de los acusados deben ser cuidadosamente ponderados frente a la libertad de información y la libertad de prensa. Cfr. *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Federal Constitucional), *BVerfGE* 35 pp. 202 y ss.; también en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1973, pp. 1226, pp. 1228 ss.; *BVerfG*, NJW 2012 pp. 1500 ss.

Las cuestiones relativas a la prueba amplían los problemas sobre la falta de regulación en relación con la posibilidad de mencionar y avergonzar a los acusados. Las acusaciones no necesariamente presentan los hechos de una manera precisa. Los observadores de la campaña #MeToo tienden a suponer que las acusaciones hechas por varias denunciantes contra la misma persona pueden ser consideradas confiables. Como regla general, esto podría estar justificado pero esa regla no es *siempre* fiable. Incluso si las acusaciones son similares, las dinámicas subyacentes pueden ser más complejas. El problema probatorio es todavía más complicado si solamente *una* persona afirma haber sido atacada o acosada. Las jerarquías y las presiones en el trabajo y en el ámbito competitivo de las artes escénicas a menudo causan niveles altos de frustración personal y tensiones interpersonales. Los conflictos resultantes pueden distorsionar las percepciones y los recuerdos de personas y situaciones o incluso promover el deseo de vengarse. Las acusaciones extremadamente imprecisas o inventadas probablemente sean raras¹³, pero debe haber *algunas* entre los millones de acusaciones dentro de la campaña #MeToo.

Incluso si no hay ninguna duda con respecto a la prueba, nombrar y avergonzar públicamente a los acusados puede ser un castigo desproporcionado en algunos supuestos. Para algunos casos más leves de acoso, las reacciones pueden ser demasiado severas, p. ej. si el acusado no solo pierde un trabajo que define su vida sino que también pierde la oportunidad de encontrar un puesto similar en el futuro. Además, las reacciones pueden ser manifiestamente injustas si se daña a terceros ajenos al conflicto. Las acusaciones que atraen mucha atención, principalmente aquellas contra personas prominentes, generalmente también afectan en gran medida a terceros, como la familia del acusado o personas que se sienten culpables por no haber intervenido (véase el suicidio de Jill Messick, el representante de la actriz Rose McGowan en el caso Weinstein).¹⁴ El escándalo público también puede alcanzar a terceros que no están acusados de ningún comportamiento sexual indebido, véase la renuncia reciente de Ian Buruma como editor del *New York Review of Books*.¹⁵ Estos efectos secundarios son preocupantes.

¹³ Con respecto a las denuncias formales en los procesos penales, hay una discusión en curso sobre cuántas acusaciones podrían ser inventadas. Véase e. g. SCHWENN, “Fehlurteile und ihre Ursachen – die Wiederaufnahme in Verfahren wegen sexuellen Missbrauchs”, en *Strafverteidiger*, n.º 30, 2010, pp. 705 ss., en p. 706; LOVETT/KELLY, *Different systems, similar outcomes? Tracking attrition in reported rape cases in eleven countries*, 2009, p. 60; FROMMEL, “Begünstigen Opferschutzkampagnen Falschaussagen in Verfahren wegen sexueller Nötigung/Vergewaltigung?”, en BOERS *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans-Jürgen Kerner zum 70. Geburtstag*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2013, pp. 697 ss.

¹⁴ Cfr. <https://www.businessinsider.de/jill-messicks-family-statemente-after-suicide-about-weinstein-mcgowan-and-metoo-2018-2?r=US&IR=T>

¹⁵ Véase <https://www.theguardian.com/world/2018/sep/29/new-york-review-of-book-ian-buruma-jian-ghomeshi>

La crítica precedente se refiere a los peligros para los acusados y otros individuos que los rodean. Otros grupos de preocupaciones pueden surgir desde ángulos diferentes. Si uno se enfoca en los intereses superiores de las víctimas individuales, no está del todo claro si desviar la atención a las infracciones antiguas de otros es siempre la mejor opción. Al menos en relación con los casos más leves, fomentar la imagen de víctima no parecería ser la mejor estrategia para el bienestar individual. El feminismo ha destacado un aspecto similar: poner el énfasis en la victimización no conduce al empoderamiento de las mujeres.¹⁶ Desde el punto de vista de la psicología social, si se pregunta cuál es la mejor manera en que las distintas sociedades pueden abordar el tema, se pueden extraer las mismas conclusiones. Inclusive las sociedades bien organizadas contienen individuos con personalidades narcisistas o con poca inteligencia social y modales desagradables. En el caso de algunas conductas sexuales inapropiadas, entrenar la resiliencia sería más acertado que invertir energía en acusaciones. También podrían surgir argumentos morales en contra de que se nombre y avergüence a los acusados ya que estas reacciones podrían afectarlos desfavorablemente. La cortesía es una cualidad moral que requiere que ciertas faltas y defectos menores de otras personas sean obviados. Por supuesto que estos requisitos de tolerancia no se aplican a casos de agresión o abuso sexual, pero sí en supuestos de conductas ilícitas más leves, que podrían tratarse mejor discretamente que mediante acusaciones públicas severas.

Además, el movimiento *#MeToo* promueve actitudes colectivas que no merecen una alabanza categórica, incluso cuando la indignación es entendible respecto de algunos casos particulares. La satisfacción colectiva que se comparte cuando se “derriba a los poderosos” puede tener matices indeseables. A veces, la línea que divide el empoderamiento propio y la justicia por mano propia es muy fina. Otro motivo de preocupación es que la relevancia de la campaña *#MeToo* podría impulsar la toma de justicia por mano propia en diferentes casos donde hay situaciones controvertidas. En general, difícilmente sea beneficioso utilizar redes sociales para cometer venganzas personales. La creciente brecha que hay entre los diferentes grupos sociales en nuestras poblaciones es un desafío para las sociedades contemporáneas. El uso sistemático de las redes sociales para acusar y perjudicar al otro requiere un escrutinio minucioso, pero esto va más allá del tema de análisis del presente artículo.

4. Un movimiento ambivalente

¹⁶ FLASSPÖHLER, *Die potente Frau: Für eine neue Weiblichkeit*, Berlín, Ullstein, 2018.

Para resumir las consideraciones precedentes: si estuviera obligada a calificar como “positivo” o “negativo” al movimiento *#MeToo* del año pasado, no podría proporcionar una respuesta definitiva y clara en su totalidad.

Con respecto a las normas de conducta, los efectos positivos son, en definitiva, sustanciales. Es un desarrollo digno de elogio si consigue que las normas en contra del acoso sexual, abuso sexual y corrupción sexual comiencen a tener un reconocimiento más amplio y si la disuasión logra funcionar. Esto mejora la seguridad y el bienestar de muchos individuos y reduce los efectos disfuncionales de las prácticas corruptas en instituciones y empresas. No obstante, es pertinente hacer una salvedad: las normas estrictas que apuntan a casos menores de acoso por fuera de las jerarquías y de los ambientes laborales son cuestionables. La producción de un clima generalizado de relaciones asexuales constreñidas podría no ser un buen desarrollo.

El nombrar y avergonzar a los individuos merece ser analizado de una forma más escéptica ya que presenta dificultades serias no solo desde la perspectiva de los acusados sino también con respecto a los intereses compartidos de cómo debemos tratarnos entre nosotros. La idea inicial de simplemente decir “*me too*” —solamente esas dos palabras— no suscitaría objeciones significativas. Sin embargo, las campañas que hemos visto presentan problemas. El uso de las redes sociales para acusar detalladamente a los individuos es un modo ambivalente de ejercer el control social. A cualquiera que desee participar en este movimiento le recomendaría con vehemencia que piense seriamente sobre cuestiones como la imparcialidad y la proporcionalidad, y que autoevalúe de forma crítica los motivos que lo llevan a participar.

III. Del #MeToo al derecho penal

A pesar de que el movimiento *#MeToo* pertenece al campo del control social informal, tiene consecuencias en la economía, la sociología organizacional y el derecho. ¿Cómo pueden organizarse los ambientes laborales para minimizar el acoso y la corrupción sexual? ¿Qué tipo de instrumentos legales deberían ser elegidos para eliminar las conductas sexuales inapropiadas en los lugares de trabajo? El derecho laboral debe encargarse de esta última pregunta. Dado que no trabajo en esta rama del derecho, debo disculparme por omitir gran parte de los asuntos legales. En su lugar, recorro a las normas del derecho penal sustantivo, con las siguientes preguntas: ¿el derecho penal podría aprender algo del movimiento *#MeToo*? ¿Deberíamos proponer cambios a las prohibiciones penales existentes?

La propuesta de una reforma legal no es una demanda social novedosa. En Europa, estamos atravesando cambios fundamentales. Cuando los juristas y los sociólogos escriban sobre la historia de los delitos sexuales, sin duda incluirán al movimiento *#MeToo* en el extenso relato histórico. Las modificaciones legislativas, al menos en el ámbito del derecho penal, casi nunca suceden por el hecho de que algunos expertos las recomienden. Las voces que públicamente expresan la disconformidad con la situación legal actual son un componente crucial para este tipo de cambios. No obstante, el movimiento *#MeToo* no fue la única ni la principal causa de la reforma penal. Las discusiones se iniciaron años antes de la creación del *#MeToo*, entre feministas, (otros) académicos, políticos y legisladores. Cuando comenzó este movimiento social en octubre de 2017, algunas leyes penales ya habían sido modificadas. Un momento decisivo, desde la perspectiva del derecho comparado, fue la sanción de la ley sobre delitos sexuales de 2003 en Inglaterra y Gales. El parlamento alemán aprobó la ley que rediseñaba normas centrales sobre agresión sexual y abuso sexual (§§ 177 y 179 del Código penal alemán) en julio de 2016.¹⁷ Otra reforma legal importante sucedió recientemente en Suecia. Otros países europeos, como es el caso de España, consideran seguir estos pasos.¹⁸ Con respecto a las *futuras* reformas legales, el debate internacional del *#MeToo* podría ser citado como un factor (otros pueden ser casos impactantes, como p. ej. la violación grupal que ocurrió en Pamplona, España, en 2016).¹⁹

En las siguientes secciones, argumentaré desde la perspectiva de la teoría del derecho penal en lugar de la del derecho penal comparado. Esto significa que no compararé los detalles existentes en las leyes penales de una manera exhaustiva, sino que voy a enfocarme en cómo *debería ser* un sistema de delitos sexuales bien estructurado. El primer paso sería explicar *por qué* las estructuras tradicionales necesitan ser reformadas. Una crítica bien fundada de la legislación actual debería mostrar cómo evolucionó la norma. Hablar de historia legal en nuestro contexto no es simplemente una cuestión de discurso académico, sino un importante punto de partida para las demandas de reformas legislativas. El aspecto crucial es que las versiones tradicionales de los delitos sexuales están basadas en conceptos anticuados. El siguiente paso sería reformular la conducta típica. Uno de los conocimientos que adquiriré, por observar y participar de la reforma legal en Alemania, es que la reforma debe seguir distintos pasos. En primer lugar, se deben identificar los defectos de la ley

¹⁷ 50. Strafrechtsänderungsgesetz, vigente desde el 8 de noviembre del 2016, BGBl. I p. 2460.

¹⁸ Véase para un resumen reciente <https://edition.cnn.com/2018/05/24/europe/sweden-rape-consent-law-intl/index.html>

¹⁹ Véase para el caso Pamplona <https://www.nytimes.com/2018/04/26/world/europe/spain-pamplona-gang-rape-verdict.html>

existente. En la política esto suele llevarse a cabo apuntando a los casos individuales en los que los delincuentes no fueron condenados o recibieron una sanción leve, lo que fue percibido como injusto.²⁰ Tales ejemplos pueden ser útiles como un punto de partida para impulsar una eventual reforma, pero un análisis basado exclusivamente en el estudio de casos es demasiado asistemático. Los sentimientos de injusticia no siempre son compartidos por todo el mundo. En segundo lugar, es esencial que se logre una descripción precisa de los elementos de los delitos. En tercer lugar, los legisladores deben seleccionar cuidadosamente las palabras que utilizarán para describir los delitos. Reformular las descripciones de los delitos puede ser una tarea desafiante ya que se debe pensar minuciosamente cómo clasificar y calificar los delitos, y qué términos son más adecuados para definir las conductas típicas. Usualmente la modificación de la descripción de un tipo penal impacta en todo los delitos sexuales regulados en el código penal. De este modo, siempre es necesario tener en cuenta, de forma general, la sistematicidad y la consistencia entre los tipos. La terminología también puede ser engañosa ya que las expresiones utilizadas, como *Vergewaltigung* en la ley alemana, o *voldtekt*, en la noruega, suelen estar basados en conceptos históricos (ver sección IV.1 sobre la noción tradicional de que los delitos sexuales requieren violencia). Los legisladores necesitan encontrar las palabras que tengan sentido tanto en nuestro lenguaje cotidiano como en contextos legales, y que no estén impregnadas con tecnicismos anticuados. Dejaré las complejidades del tercer paso de la reforma penal a un lado y me enfocaré en el segundo, es decir, el análisis conceptual de la conducta típica.

A esta altura, respecto del derecho penal, debemos dejar el movimiento *#MeToo* atrás. Este movimiento fue impulsado por emociones: el enojo de las denunciantes y la indignación de muchos otros que simpatizaban con ellos. Dentro de un contexto legal, es esencial quitar las emociones de los debates y avanzar más allá de las perspectivas de las víctimas. Las prohibiciones legales deberían estar basadas en un balance justo entre lo que se puede esperar de los ciudadanos de *ambos lados*, es decir, delincuentes potenciales y víctimas potenciales. La fuerza del movimiento *#MeToo* apareció a costa de no tener esta clase de análisis balanceado.

IV. El modelo tradicional de los delitos sexuales

²⁰ Para ver los argumentos en el debate alemán que se refirieron a las lagunas jurisprudenciales (*Schutzlücken*) *Bundestagsdrucksache* (Publicaciones del Parlamento Alemán) 18/8210 pp. 8 ss.; GRIEGER (et al.), *Was Ihnen widerfahren ist, ist in Deutschland nicht strafbar: Fallanalyse zu bestehenden Schutzlücken in der Anwendung des deutschen Sexualstrafrechts*, disponible en <https://www.frauen-gegen-gewalt.de/de/fallanalyse-zu-schutzluecken-in-sexualstrafecht.html>

1. Breve reseña histórica

Para definir a los delitos sexuales, las leyes y los tribunales siempre han tenido que prestar atención a las circunstancias del caso en torno a las actividades sexuales y decidir *qué tipos de actos sexuales* reprimir²¹ y *qué condiciones* deben preceder al acto sexual para ser valoradas como “injusto penal”. La segunda cuestión es importante para mi análisis. Tradicionalmente, la ley se centraba en lo que el delincuente había hecho activamente antes de comenzar el acto sexual y requería *un actuar con impacto coercitivo*. La conducta típica descripta, p. ej., en las leyes medievales incluía la violencia. Así, la violación requería que el transgresor aplicara violencia para cometer el acto sexual. También, la transgresión sexual era originariamente restringida al coito vaginal que destruía la virginidad de la mujer (o la reputación de ser una “mujer honesta”).²² Una de las razones por las cuales el enfoque tradicional requería violencia era el bajo grado de sofisticación presente en la prueba presentada ante los tribunales medievales, de ahí la necesidad de informes testimoniales sobre gritos y otros signos perceptibles de resistencia.²³ Otro motivo fue que la ley que castigaba la violación no estaba relacionada con proteger la autonomía sexual, sino las nociones antiguas sobre el honor femenino.²⁴ Además, la ley, nuevamente desde tiempos históricos, continuó con el castigo de una segunda constelación de delitos sexuales abarcados por el “abuso sexual”.²⁵ La idea básica es que bajo ciertas circunstancias, la violencia no es necesaria porque la víctima no es capaz de defenderse a sí misma. Los escenarios clásicos eran tener relaciones sexuales con mujeres dormidas o con mujeres que, por algún motivo, perdieron el conocimiento.²⁶ Sin embargo, las prohibiciones contra el abuso sexual desempeñaban un rol subordinado. En circunstancias normales, las leyes suponían que la mujer

²¹ Una sociedad que no busca su propia extinción no podría criminalizar cada conducta sexual (por lo menos no antes de que se invente la reproducción humana sin la necesidad de tener relaciones sexuales. En escenarios distópicos, podría imaginarse una prohibición total del sexo).

²² Véase art. 119 *Constitutio Criminalis Carolina* (“Notzucht”); BURGESS/JACKSON, “History of Rape”, en LOS MISMOS (eds.), *A Most Detestable Crime: New Philosophical Essays On Rape*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 15 y 17.

²³ Para ver la importancia de lo que se denomina “Gerüfte” (gritos fuertes), cfr. DANE, *Zeter und Mordio!: Vergewaltigung in Recht und Literatur*, Göttinga, Wallsteing Verlag, 2005, p. 23.

²⁴ KRATZER/CEYLAN, *Finalität, Widerstand, “Bescholtenheit”*, Berlín, Duncker & Humblot, 2015, pp. 109 ss.

²⁵ Véanse los títulos del § 174a-174c del Código penal alemán y § 179 (versión antigua, anterior a 2016).

²⁶ Aparte de la incapacidad física, leyes más antiguas ya habían reconocido que el abuso sexual podía ocurrir a través de la coerción. En algunos contextos institucionales, las personas podían ser intimidadas hasta tal punto que los demás no necesitaban ejercer violencia o amenazarlas para obtener favores sexuales o una obediencia sumisa (véase p. ej. § 174 del *Reichstrafgesetzbuch* alemán 1871, donde se criminalizaban los actos sexuales con profesores, padres adoptivos, médicos en hospitales, etc.).

honestamente defendería su honor y que, entonces, los delincuentes necesitarían actuar para superar o anticiparse a esa resistencia física.

El grado de responsabilidad penal se agravó con el paso de los siglos. En el Código Penal del Imperio Alemán de 1871, la mera amenaza de ejercer la violencia complementaba el ejercicio de violencia real. No obstante, la cuestión central persistió en el siglo XX: las definiciones legales de violación y abuso sexual requerían que el transgresor hubiera *hecho algo activamente* para obligar a la víctima a que lo obedeciera. Sus actos coercitivos podían llevarse a cabo mediante el ejercicio de violencia o amenazando a la otra persona con violencia o con sufrir otras consecuencias negativas de gravedad (ver sec. 291 a) del Código Penal Noruego: conductas amenazantes).²⁷ Aún en la actualidad, las leyes penales en muchos países europeos están basadas en el modelo tradicional. Se podría decir que las leyes penales en Noruega siguen un modelo parcialmente tradicional: existe una norma basada en el consentimiento (sec. 297), pero la pena (multa o prisión que no exceda un año) es baja. La norma central en la sec. 291 con el título “*voldtekt*” todavía sigue una perspectiva tradicional con el enfoque puesto en la violencia, amenaza o incapacidad.

2. Defectos del modelo tradicional

Los delitos sexuales bajo el modelo tradicional tienen un defecto fundamental: no fueron diseñados para proteger la autonomía sexual. Uno tiene que tener en mente que incluso el concepto general de autonomía es relativamente nuevo en la evolución de la historia de la humanidad.²⁸ La cuestión es todavía más importante cuando se trata de la noción de la autonomía *sexual* y particularmente de la autonomía sexual de las *mujeres*. Durante mucho tiempo las reglas de conducta sexual eran religiosas o morales, pero no instrumentos para proteger las decisiones de los individuos. En otros tiempos, habría sido considerada absurda la idea de que la indiferencia hacia los

²⁷ En la legislación alemana, hasta 2016, los crímenes de coerción sexual y violación requerían fuerza física, amenazas explícitas de lesiones físicas o el miedo de la víctima de sufrir lesiones físicas. Fueron introducidas pequeñas adiciones al modelo tradicional con la 33.ª Strafrechtsänderungsgesetz, del 1 de julio de 1997, BGBl. I p. 1607: entre 1997 y 2017, el § 177 I n.º 3 del Código penal alemán contenía la siguiente descripción del delito: “coacciona a otra persona aprovechándose de la situación en la cual la víctima se encuentra desprotegida y a la merced del transgresor” (los n.º 1 y 2 contenían las tradicionales cláusulas de “coacción por fuerza o por la amenaza de un peligro inminente para la vida o alguna extremidad”). Esto tenía el propósito de reconocer que el miedo de la víctima de sufrir violencia física no siempre depende de las amenazas explícitas del transgresor. Sin embargo, en 2016, las amenazas que no trataban sobre violencia física no estaban incluidas en la sección de delitos sexuales del Código penal alemán.

²⁸ Véase SCHNEEWIND, *The Invention of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

deseos individuales de la mujer fuera el núcleo de la transgresión. La invención de la autonomía²⁹ y la idea de que la ley penal debería proteger a los individuos fueron cambios fundamentales en nuestro marco normativo. El punto de partida actual debe ser la autonomía de las víctimas, o más precisamente, su derecho a la libertad sexual negativa.³⁰

Tales cambios fundamentales hacen que sea necesario reexaminar las leyes penales con orígenes más antiguos. En principio, es improbable que las leyes que no fueron diseñadas para proteger la autonomía sexual sean idóneas para ese propósito. Una vez que las premisas normativas han cambiado, las definiciones legales de los delitos sexuales deberían ser reelaboradas sobre la base de una forma genuinamente acorde a estos cambios y que no esté influida por los conceptos tradicionales. Las legislaturas en el período de la posguerra en Europa no le prestaron atención a esto. P. ej., en 1974 los legisladores alemanes revisaron el título en el capítulo del código penal que se refería a los delitos sexuales y los resumieron bajo el título de “protección de la autonomía sexual”.³¹ Sin embargo, no tomaron ningún paso decisivo para reconsiderar las descripciones de los delitos. Los legisladores deberían comenzar por hacerse la siguiente pregunta: si no tuviéramos prohibiciones legales en contra de las conductas sexuales inapropiadas, ¿cómo deberían ser construidas? Los abogados y jueces, así como también los profesores que escriben comentarios sobre las leyes penales existentes, no están acostumbrados a la idea de diseñar leyes desde cero. Para los científicos conductistas, el llamado efecto *status quo* es un fenómeno con el que están familiarizados.³² El mismo fenómeno psicológico puede apreciarse si se les pidiera que propusieran normas nuevas a quienes están entrenados para aplicar las normas legales —el sesgo a favor de lo conocido es bastante fuerte, inclusive quizás más pronunciado entre abogados y jueces que en otras profesiones—. En las discusiones anteriores a la reforma del derecho penal alemán en 2016, los opositores al cambio argumentaron que la autonomía sexual estaba de hecho protegida por la antigua ley³³: las personas están *o bien* incapacitadas o coaccionadas con violencia o amenazas, *o simplemente* aceptan la oferta de la otra persona y el sexo se vuelve consensuado. Sin embargo, esta percepción

²⁹ Véase *supra* nota 28, y SIEDENTORP, *Inventing the Individual*, Londres, Penguin Press, 2015, respecto del cambio normativo aún más revolucionario, hacia la persona individual.

³⁰ Véase HÖRNLE, “Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und Kriminalpolitische Forderungen”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften (ZStW)*, n.º 127, 2016, pp. 851 ss.

³¹ 4.ª Strafrechtsreformgesetz, 23 de noviembre de 1973, BGBl. I p. 1725.

³² Véase, p. ej., SAMUELSON/ZECKHAUSER, “Status Quo Bias in Decision Making”, en *Journal of Risk and Uncertainty*, n.º 1, 1988, pp. 7 ss.

³³ FISCHER, “Nocheinmal: § 177 StGB und die Istanbul-Konvention”, en *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, n.º 10, 2015, pp. 312 ss., y pp. 318 s.

no tenía en cuenta las complejidades de la realidad social, y era conceptualmente defectuosa ya que la falta de violencia y la falta de alguna incapacidad no significan la presencia de consentimiento.³⁴

V. Nuevos paradigmas para definir la agresión sexual

1. Consentimiento y comunicación

La nueva redacción de las leyes penales debería comenzar con la idea de que los nuevos paradigmas deben ser el centro para evaluar las conductas sexuales como delitos. La valoración tradicional se enfocaba *exclusivamente* en el mal moral que cometía el transgresor cuando activamente coaccionaba o abusaba de otros. Si las leyes aspiran a proteger la libertad sexual negativa, los rasgos que deben constituir el núcleo de la transgresión deben ser circunstancias distintas a las de antes. Las preguntas centrales deberían ser: ¿qué quería la denunciante? ¿Sus deseos estaban basados en procesos de toma de decisiones no deficientes? ¿Cómo se comunicó la denunciante con la otra persona? Si la denunciante no expresó su desaprobación, ¿fue debido a la incapacidad o a una situación altamente coercitiva? Cambiar el enfoque no significa que la conducta del delincuente ya no importe. La validación del consentimiento de la víctima y la relevancia de los factores coercitivos sin dudas pueden depender de lo que hizo el delincuente. Sin embargo, las descripciones de las conductas llevadas a cabo por un transgresor como coerción o abuso son solo una porción de un análisis más amplio y complejo que debería enfocarse en la *interacción entre el infractor y la víctima*.

Así, respecto de las leyes penales nacionales, usualmente las legislaturas se amparan en la falta de consentimiento como un elemento central de los delitos sexuales; véase, p. ej., la Ley de Delitos Sexuales inglesa de 2003. De acuerdo con las noticias periodísticas, el gobierno español está planeando una reforma similar.³⁵ La nueva ley sueca utilizó la expresión *frivilligt* (voluntariamente). Desafortunadamente, no se entiende por completo a qué se refieren las leyes penales cuando se refieren al consentimiento de la víctima en las descripciones de los delitos. La noción de consentimiento requiere cierta clarificación. Uno puede entender al consentimiento y a la voluntariedad como un *estado mental interno*, y de esta forma parece ser comprendido en el derecho

³⁴ Para una crítica a la vieja norma véase ESTRICH, *Real Rape*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1988; SCHULHOFER, *Unwanted Sex. The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Cambridge MA, Harvard University Press 1998; KRATZER, “Die Geschichte des Vergewaltigungstatbestandes – Aufbruch contra Konservierung”, en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, n.º 93, 2010, pp. 86 ss.; HÖRNLE, “Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte”, en *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, n.º 10, 2015, pp. 206 ss.

³⁵ Cfr. <https://www.theguardian.com/world/2018/jul/18/spain-to-introduce-yes-sexual-consent-law>

inglés.³⁶ Si se sigue esta interpretación, el factor decisivo es lo que la víctima realmente quería, mientras que la pregunta sobre qué *comunicó* solo surge en relación con la prueba, como un indicador de un estado mental interior relevante.

Desde mi punto de vista, hay problemas serios si se pone un énfasis fuerte en los estados mentales internos. En algunos casos-límite, incluso una persona honesta y considerada podría tener problemas en dilucidar si, semanas o meses atrás, realmente quería eso. La representación mental de querer algo puede ser percibida como un estado de consciencia distinto y definido, pero puede que no necesariamente sea ese el caso. Por ello, la mejor opción será llegar a decisiones legales que puedan ser tomadas sin recurrir a la a veces difícil reconstrucción del estado mental subjetivo. En segundo lugar, constituye una cuestión de equidad enfocarse en el consentimiento expreso en lugar de aquella voluntad interior o tácita. El derecho penal moderno puede y debe reconocer no solo los deberes de los transgresores, sino también las obligaciones de aquellos que alegan ser víctimas de un delito. Los psicólogos y los sociólogos pueden explicar por qué algunas personas, particularmente algunas mujeres, pueden sentirse reticentes a comunicar su voluntad abiertamente en contextos sexuales.³⁷ En el derecho penal, la línea general que divide entre conductas legítimas e ilegítimas, debe ser demarcada de acuerdo con parámetros más estandarizados de cómo los ciudadanos deberían comportarse y comunicarse entre ellos. Desde este punto de vista, los conceptos centrales en los delitos sexuales del derecho penal moderno deben ser consentimiento y comunicación.

Tanto la nueva ley penal alemana como la sueca reconocen que la comunicación es relevante. En la primera, la descripción de la conducta típica requiere que la oposición sea manifiesta (sec. 177 I), y de acuerdo con el debate parlamentario se tuvo especialmente en cuenta que lo comunicado por la víctima era lo central respecto de lo que se considera manifiesto.³⁸ En el derecho sueco (Código penal sueco, cap. 6 sec. 1), este tipo de explicación está contenida en la propia letra de la ley. Aquí encontramos la cláusula que estipula: cuando se juzga si la participación fue voluntaria o

³⁶ STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 9: "Falta el consentimiento cuando la persona no quiere tener relaciones sexuales".

³⁷ FRITH, "Sexual scripts, sexual refusals and rape", en HORVARTH/BROWN (eds.), *Rape. Challenging contemporary thinking*, Londres, Willan Publishing, 2009, pp. 99 ss., en p. 103 s.

³⁸ *Bundestagsdrucksache* (BT-Drs.) 18/9097, pp. 22 s.

no, debería ser especialmente considerado si la voluntad ha sido expresada en palabras o a través de algún acto o de alguna otra forma.

2. ¿“No es no” o “solo sí es sí”?

¿Qué tipo de comunicación debería requerirse para marcar el límite entre los actos sexuales legítimos e ilegítimos? Para entender las diferencias entre los modelos en discusión, es útil bosquejar distintos escenarios comunicacionales. En el primero, todas las personas involucradas expresan su consentimiento. Este es un caso normal de relaciones sexuales, pero bajo ciertas circunstancias puede convertirse en abuso sexual (p. ej., si una de las personas involucradas es un niño). En el segundo, no hubo comunicación debido a que las denunciantes posteriores *no pudieron* comunicarse (estos son los supuestos de incapacitación). En el tercer tipo de casos, las denunciantes comunicaron que no querían participar en actos sexuales. Finalmente, el cuarto escenario engloba los supuestos en los que la comunicación habría sido posible pero no sucedió.

La tercera constelación de casos (las denunciantes comunicaron que no querían participar en actos sexuales) y sus consecuencias legales pueden ser resumidas con el eslogan “no es no”. Si lo que las prohibiciones legales buscan proteger es la libertad sexual negativa, entonces es apropiado que la responsabilidad penal recaiga en la otra persona. Él o ella debe respetar la negativa expresada verbalmente o a través de gestos inequívocos o conductas, p. ej., empujar al otro, llorar, tratar de irse, etc. La comunicación de un “no” es un requisito suficiente. El derecho penal no necesita preguntar —ni debería importarle—: “¿por qué la víctima *no hizo nada más* aparte de decir que no?”. Esto era lo que hacía el enfoque tradicional al culpar solo a los transgresores que evitaban que la víctima escape o se resista físicamente a través de la fuerza o de amenazas. Pero nuevamente, el núcleo de la conducta típica es la negación a respetar el derecho a la libertad sexual negativa del otro, no las amenazas o la violencia. La violencia o las amenazas realzan la gravedad del ilícito como elementos adicionales, pero no constitutivos para la existencia del ilícito.

El debate contemporáneo sobre la reforma de las leyes se concentra en la elección entre el modelo de “no es no” y “solo sí es sí” (consentimiento afirmativo). La diferencia se vuelve relevante cuando uno recurre al cuarto escenario: la denunciante *podría haber* comunicado su falta de consentimiento, pero *no lo hizo*. La frase “podría haber comunicado” es importante, si la víctima estaba dormida, bajo los efectos de anestésicos o en un estado de estupor debido a una intoxicación, este es el caso de incapacitación. Los casos debatidos en el cuarto escenario son aquellos que un

observador describiría como poco claros o ambivalentes. Las descripciones “poco claros” o “ambivalentes” pueden ser adecuadas si las personas involucradas habían tenido alguna interacción amistosa previa (como sería el caso si hubieran tenido una cita o hubieran sido amigos que pasaban tiempo juntos) y, ante la situación de una propuesta sexual, una de las personas permanece pasiva (no da una respuesta afirmativa ni negativa) o intercala entre señales de consentimiento y señales de desacuerdo. Esos comportamientos dejarían al hipotético observador perplejo.

El modelo “solo sí es sí” insiste en que debe haber un consentimiento afirmativo. La falta de consentimiento hace surgir responsabilidad penal en la otra persona.³⁹ Desde la perspectiva del modelo “no es no”, las situaciones que resultan realmente ambivalentes no derivarán en una sanción penal. Antes de que proceda a defender la visión del nuevo derecho alemán, se debe hacer énfasis en una cuestión: no es asunto nuestro la moral ni la educación. Para las reglas morales, especialmente las reglas morales de conducta que se les enseñan a los adolescentes, podría ser una buena idea mantener estándares altos de consideración y sensibilidad, y recomendar consultar en caso de que no se esté seguro de los deseos de la otra persona.⁴⁰ Las valoraciones que se recomiendan para aplicar una sanción penal son diferentes debido a las consecuencias graves que acarrea para la vida de los condenados por delitos sexuales (también en el caso de aquellos que simplemente están acusados de haber cometido un delito sexual). En el ámbito del derecho penal, cabe resaltar, no solo para los casos de delitos sexuales, que las víctimas tienen derechos *pero también* obligaciones en cuanto víctimas.⁴¹ El derecho penal asigna responsabilidades a los ciudadanos en ambos extremos de lo que podría denominarse “interacción víctima-delincuente”. Por supuesto que el derecho penal no enuncia los deberes de las víctimas explícitamente. Las descripciones de los delitos solo definen qué tipo de conductas desencadenan la responsabilidad penal. Sin embargo, muchas definiciones de conductas típicas *implícitamente* requieren que las víctimas se hayan comportado de cierta manera para que luego el derecho pueda establecer que han sido perjudicadas. El delito de agresión sexual debería estar formulado de tal manera que supusiera la obligación de comunicarse. Si la denunciante

³⁹ Para este enfoque véase LITTLE, “From No Means No to Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard in Rape Law”, en *Vand. L. Rev.*, n.º 58, 2005, pp. 1321 ss.; TIERCKHEIMER, “Affirmative Consent”, en *Ohio St. J. Crim. L.*, n.º 13, 2016, pp. 441 ss.; ANDERSON, “Negotiating Sex”, en *S. Cal. L. Rev.*, n.º 78, 2005, pp. 1401 ss.; HERNING/ILLGNER, “‘Ja heißt Ja’ – Konsensorientierter Ansatz im deutschen Sexualstrafrecht”, en *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, n.º 49, 2016, pp. 77 ss.; DOUGHERTY, “Yes Means Yes: Consent as Communication”, en *Philos. Public Aff.*, n.º 43, 2015, pp. 224 ss.

⁴⁰ Para filosofía moral véase DOUGHERTY, *supra* nota 39.

⁴¹ HÖRNLE, “Die Obliegenheit, sich selbst zu schützen, und ihre Bedeutung für das Strafrecht”, en *Goldammer’s Archiv. (GA)*, n.º 156, 2009, pp. 626 ss.; HÖRNLE, *supra* nota 9.

es un adulto que tiene capacidad de pensar y expresar su voluntad, cualquier ambivalencia puede disolverse rápidamente: un simple “no” o un gesto de rechazo es suficiente. El requisito de clarificar los deseos de cada uno es razonable si la situación fuera realmente ambigua o uno de los involucrados se comportara de una forma inconsistente. Con respecto a la otra persona, el estigma “delito penal” es demasiado fuerte si la situación era confusa o ambivalente. Una cosa es entender las dificultades que puede entrañar ser directo y juzgar como desconsiderada e insensible la conducta asertiva del sujeto activo —usualmente masculino— (sí; efectivamente él debería haber preguntado), pero otra cosa es tildar esa acción de delictiva.

La solución alemana en nuestra nueva ley combina la perspectiva del modelo “no es no”, como característica estándar, con la solución propuesta por el modelo “solo sí es sí” para resolver algunas circunstancias excepcionales. Desde mi punto de vista, es un compromiso delicado. La idea general es no castigar a aquellas personas que iniciaron un acto sexual en situaciones confusas o ambivalentes. Esto significa que la ley reconoce, implícitamente, una obligación de la otra parte de ser transparente. El pasaje relevante en la descripción del delito es el siguiente: “en contra de la voluntad manifiesta de otra persona” (sec. 177 I del Código penal alemán).⁴² Si las denunciantes argumentan que no querían participar en actos sexuales, tendrán que aceptar la objeción de que deberían haber comunicado sus deseos. Sin embargo, las valoraciones sobre lo que es justo para ambos sujetos cambian si la denunciante sufre una falta de capacidad para juzgar la situación o responder adecuadamente, y el transgresor se aprovecha de eso. La obligación de comunicar, como parte de lo que se espera de los ciudadanos, solo puede ser asumida por los adultos con una capacidad normal de discernimiento. Si la denunciante estuviese seriamente embriagado o sufriese de una deficiencia mental, y el transgresor se aprovechara de eso, el derecho alemán aplica la perspectiva del modelo “solo sí es sí” (ver § 177 II n.º 2 del Código penal alemán). Esto no significa que esté prohibido tener relaciones sexuales con una persona ebria o que posee una discapacidad mental, pero la otra persona, la más competente, debe obtener el consentimiento. Si esta persona no obtiene el consentimiento, va a ser acusada de agresión sexual incluso aunque la víctima no haya manifestado un “no” explícitamente.

VI. Circunstancias coercitivas

⁴² Otras descripciones de delitos (§ 177 II del Código penal alemán) describen situaciones de incapacidad (en las que la comunicación no es posible, p. ej., si el tocamiento sexual ocurriera rápidamente y de forma sorpresiva o si la víctima estuviera inconsciente, n.º 1, 3) y de amenazas preventivas y situaciones de coerción (n.º 4, 5).

Los temas que se tratarán a continuación conciernen a los casos en los que el “sí” fue manifestado. En ciertas condiciones, que se hayan dicho expresiones como “sí” o “está bien, lo voy a hacer” no significa impunidad para el transgresor. Para ejemplificar, que la víctima haya dicho “está bien” mientras le apuntaban un arma a la cabeza no puede considerarse como un consentimiento válido. El desafío de un enfoque comunicativo es distinguir entre acuerdos que fueron comunicados y que son relevantes como un consentimiento válido, y expresiones verbales y otros signos que son jurídicamente irrelevantes.

Con respecto a nuestro tema, la pregunta interesante es: ¿cuándo es excluido el consentimiento por la coerción si los adultos están de acuerdo en tener relaciones sexuales en un contexto profesional (o de otro tipo) de jerarquía? ¿Qué situaciones deberían considerarse similares a la que ocurre en el ejemplo del arma? Llegado este punto debemos, por un momento, mencionar nuevamente el movimiento *#MeToo*. Algunos de los casos del *#MeToo* claramente merecen la etiqueta de “agresión sexual” cuando las denunciantes dijeron “no” y la otra persona hizo caso omiso de su rechazo, o si fue un supuesto de ataque sorpresa en el que la víctima no dispuso del tiempo para comunicar su desacuerdo. Los casos restantes son los más difíciles y son aquellos en que la denunciante no tenía el deseo personal de tener sexo pero sin embargo decidió contener su aversión hacia la situación y manifestó un “sí”. Los relatos del *#MeToo* muestran que es considerado muy injusto que las personas, en su mayoría hombres, utilicen su poder profesional o social para obtener favores sexuales. Desde la perspectiva legal, la mera descripción de “asimetría de poder” es, no obstante, insuficiente para categorizar a los actos sexuales como delitos penales.

Nuevamente, es esencial distinguir de manera precisa entre, por un lado, la empatía que se tiene hacia la persona que se encuentra bajo presión y los juicios morales y, por el otro lado, las valoraciones jurídicas. Un rasgo positivo del movimiento *#MeToo* es que logró incrementar la concientización sobre lo difícil que puede ser el rechazo si hay personas influyentes que se encuentran en la posición de hacer o destruir carreras cuando les apetezca. Según la moral, uno puede argumentar que es una falta moral inmiscuirse en la esfera de la vida sexual de otra persona si no hay indicios de que esta sienta atracción o deseos de contacto físico. Sin embargo, incluso en el área de la moral, queda un espacio abierto para el debate. A veces los seres humanos consienten en relaciones sexuales a pesar de que realmente no las deseaban para satisfacer sus propios placeres. ¿Es moralmente incorrecto aceptar un favor de la pareja que realmente no deseaba tener un encuentro sexual, o pagar por servicios sexuales? Dejaré los enigmas morales a un lado, pero haré hincapié en que incluso si se considerara moralmente incorrecto, no deberíamos concluir

directamente en que ese tipo de conducta debería ser prohibida por el derecho penal. Para los propósitos del derecho penal es necesario prestar atención a los detalles.

Las valoraciones jurídicas se deben enfocar en la auto-responsabilidad personal y en la auto-competencia. Normalmente esperamos un mínimo grado de responsabilidad por parte de los ciudadanos.⁴³ Usualmente el Estado no debería tener la función de examinar los motivos de las personas para dar su consentimiento para tener relaciones sexuales. Las personas pueden tomar la decisión de aceptar o iniciar actos sexuales por motivos que no están relacionados con sus placeres. Los motivos pueden ser, p. ej., una preferencia para evitar conflictos, la admiración por una persona prominente, o la expectativa de recibir algún beneficio económico, profesional o social. Solo en casos excepcionales el derecho debería interesarse en *por qué* alguien consintió en un encuentro sexual: si el proceso de toma de decisiones ha sido deficiente, podría no ser apropiado suponer la auto-responsabilidad. Más allá de la edad prematura, la intoxicación, los deterioros cognitivos generales y las enfermedades mentales, las valoraciones jurídicas que se realizan en este proceso de toma de decisiones se apoyan en el concepto de coerción, pero ¿qué califica como coerción? En el campo de la filosofía moral, el debate sobre la coerción es altamente complejo.⁴⁴ Para el derecho penal, la tarea es algo más sencilla y consiste en identificar los casos más severos en que una persona le genera una presión excesiva a la otra.

Para reiterar: la sensación de los afectados de que tal vez fueron coaccionados puede ser un punto de partida para una investigación minuciosa, pero no resulta en sí misma decisiva. Una manera de estructurar el análisis normativo consiste en distinguir entre coacción generada por un acto y coacción generada por una situación. Los casos sencillos son aquellos en que el transgresor inicia la transformación de un encuentro profesional o social ordinario en un encuentro sexual al anunciar las consecuencias negativas que sufrirá la víctima si decide no cooperar. Las amenazas graves no necesariamente se refieren al ejercicio de la violencia física, p. ej., el anuncio de que la víctima perderá su trabajo también es considerado una amenaza.⁴⁵ Bajo la influencia de una amenaza grave

⁴³ El Tribunal Constitucional Federal Alemán, en relación con la cláusula sobre la dignidad humana que está en el art. 1 I de la Constitución alemana, recalca que la responsabilidad personal forma parte central del punto de vista constitucional de los seres humanos; al respecto, p. ej., *BVerfGE*133 pp. 168 ss., en p. 197.

⁴⁴ Véase, p. ej., WERTHEIMER, *Coercion*, Princeton, Princeton University Press, 1989.

⁴⁵ Algunas amenazas implícitas merecen una sanción penal porque no sería convincente atribuirle responsabilidad a la víctima. Este es el caso en que una amenaza implícita de violencia física conduce a que la víctima tolere actos sexuales mientras se mantiene en silencio. Si es conocido tanto por el transgresor como por la víctima que el rechazo de la propuesta o del acto sexual implicaría el ejercicio de la violencia física por parte del transgresor, requerir que de todas formas la víctima exprese su desacuerdo sería ampliar demasiado sus obligaciones.

manifestada por el transgresor, no debe considerarse como consentimiento jurídicamente válido el hecho de que la víctima responda que está de acuerdo y que lo hará.

Ante la ausencia de una coerción generada por un acto, ¿cómo debería ser evaluada una coerción que deriva de una situación? ¿Qué sucede si, p. ej., se entendiera que la actriz que no coopera probablemente no consiga el rol que desea y necesita desesperadamente? Desde un encuadre psicológico, este supuesto es similar al caso en el que se expresa la amenaza explícita: “vas a ser despedido”. Ambos denunciantes, empleado y actriz, informarían haberse sentido bajo una enorme presión. No obstante, desde una perspectiva jurídica, uno debería resaltar la distinción. Acceder a un avance sexual para mejorar una posición preexistente es diferente a hacerlo con el objetivo de prevenir un perjuicio injustificado de una posición que jurídicamente corresponde tener y conservar.⁴⁶ En otras palabras, una empleada que posee un contrato de trabajo puede tener la expectativa de, bajo la protección que brinda el derecho, conservar su trabajo a menos que ella infrinja sus deberes profesionales. Si el jefe amenaza con finalizar el contrato por razones que no están relacionadas con el trabajo, este escenario debería ser considerado como una situación jurídicamente coercitiva y jurídicamente relevante. La actriz de mi ejemplo es un caso diferente. Para ella, consentir relaciones sexuales que no son deseadas significa aprovechar la oportunidad de *mejorar* su situación, mientras que el productor de la película no tiene ninguna obligación laboral hacia ella. Yo trazaría el límite aquí y no hablaría de situaciones coercitivas *en sentido jurídico* si la amenaza implica una omisión sin que haya un deber jurídico de actuar. En tales circunstancias, las etiquetas “agresión sexual” y “abuso sexual” no se aplican. El derecho penal protege las libertades de los individuos, y la posibilidad de mejorar la situación de cada uno a través de la concesión de favores sexuales puede ser vista como la ampliación de esa libertad en lugar de una restricción. En el ámbito del derecho laboral, hay *otras* buenas razones para ser más restrictivo y prohibir las ofertas sexuales en estructuras jerárquicas con el propósito de minimizar los conflictos en los ambientes de trabajo y limitar la corrupción y el nepotismo, en interés de terceros.

VII. Acoso sexual

La expresión “acoso sexual” en el lenguaje cotidiano abarca una gama amplia de conductas. Incluye el contacto sexual físico pero también una variedad más extensa de injerencias que no son físicas, como p. ej. bromas sexuales groseras o comentarios sexuales, salvapantallas con imágenes pornográficas en oficinas compartidas o presionar a alguien para salir con esa persona. En el caso de

⁴⁶ Véase WERTHEIMER, *supra* nota 44, pp. 202 ss.

que haya contacto físico, una descripción de un delito diferente, denominado “acoso sexual”, no sería estrictamente necesaria dado que ese tipo de supuestos quedarían categorizados como agresión sexual. Sin embargo, esto requiere que los parámetros de castigo sean flexibles, lo que significa que en la escala penal el mínimo no sea demasiado alto. En relación con la gravedad del delito, hay una diferencia considerable entre que el acto sexual haya sido una relación sexual o simplemente colocar la mano en el pecho de una mujer. Si las legislaciones contienen penas con un mínimo relativamente alto para la agresión sexual y quieren reservar esta denominación para los delitos más serios, tiene sentido *una descripción adicional* para los delitos de acoso sexual físico. En la actualidad, esta es la solución alemana: el § 184i del Código penal alemán abarca los tocamientos de índole sexual no consentidos; la pena es mucho menor que la correspondiente en los casos de agresión sexual. A pesar del título no especificado (acoso sexual) en el § 184i, la descripción del tipo penal requiere que haya contacto físico entre el autor y la víctima y no incluye el acoso verbal.

¿Deberían las leyes penales modernas incluir prohibiciones que abarquen el acoso sexual verbal? En nuestro lenguaje cotidiano y en el derecho laboral, es común considerar al concepto “acoso sexual” de forma más amplia. En el ámbito del derecho penal, resulta cuestionable si este tipo de conductas también deben ser perseguidas. Desde mi punto de vista, el acoso sexual verbal y otras formas de conductas ofensivas que no se entrometen en la esfera física no deberían constituir delitos en el derecho penal. He remarcado en diversos puntos de este artículo que el derecho penal tiene un rol distintivo que no debe ser confundido con los objetivos morales y educativos más amplios. Los teóricos del derecho penal utilizan la expresión en latín *ultima ratio* —lo que significa que el derecho penal debe ser el último recurso— para resumir esta noción. Un motivo importante para respaldar el principio de *ultima ratio* es que los sistemas de justicia penal nunca tienen recursos ilimitados, siempre será necesario utilizarlos de manera prudente y, por lo tanto, enfocarse en las infracciones más graves. Además, restringir las prohibiciones legales a aquellos actos que son evidentemente indebidos es una cuestión de justicia para potenciales acusados. Más arriba, en la sección II.2, he señalado que no siempre es posible definir de manera clara y definitiva el límite entre una broma graciosa con contenido sexual y una broma que la audiencia o las partes consideran ofensiva. Incluso si los tribunales penales estuviesen de acuerdo en los límites, lo que es improbable, sería necesario que se aceptaran algunas libertades de acción en cuestiones de gustos y consideraciones en la sociedad. Los empleados podrían tener buenas razones para procurar un ambiente laboral armonioso y prohibir todo tipo de comportamientos que podrían provocar quejas. Pero nuevamente, este asunto podría reservarse al ámbito del derecho laboral. En la esfera pública

y en la vida privada de las personas, el derecho penal no puede funcionar como un amortiguador universal en contra de todos los sujetos desagradables e insensibles, y no debería ser convertido en un instrumento para alcanzar la perfección moral.

VIII. Anotaciones finales

¿Qué puede y qué debe ser inferido del movimiento *#MeToo* de acuerdo con los propósitos del derecho penal? Mi respuesta es: no mucho. Ha sido útil para afianzar con firmeza algunas valoraciones normativas entre el público general, principalmente que la libertad sexual negativa debe ser tomada en serio. Esto es importante ya que el modelo tradicional de violación y de agresión sexual no fue desarrollado para proteger la libertad sexual negativa. Sin embargo, entre las acciones denunciadas por el movimiento *#MeToo* y las prohibiciones del derecho penal es necesario que exista un filtro. Las emociones como el enojo o la indignación, así como las valoraciones morales, no deben ser transcritas directamente en delitos penales. Lo que se necesita es una normativa de análisis que reconozca dos premisas. En primer lugar, el rol limitado que cumple el derecho penal (el principio de *ultima ratio*). En segundo lugar, la necesidad de basar las descripciones de los delitos con una visión balanceada de las libertades, los deberes y la obligaciones que existen entre los ciudadanos, incluyendo las obligaciones de las posibles víctimas. Los teóricos del derecho penal deberían invertir una mayor cantidad de tiempo en reflexionar sobre el consentimiento, la comunicación y la coerción. Los legisladores deben planear las reformas legales cuidadosamente, ya que requieren un entendimiento acabado de los diferentes modelos y conceptos antes de redactar los detalles de las descripciones de los delitos. Mi opinión sobre las reformas legislativas es que, en la práctica, el razonamiento de los políticos encargados de aquellas suele ser superficial o avanza demasiado rápido. Podría ser una ventaja no haber sido el primer país en Europa que rediseñó su regulación para los delitos sexuales. Si Noruega o las legislaturas de otros países consideran llevar a cabo una reforma, esto debería ocurrir tras un estudio profundo sobre el tema y luego de prestar atención a las experiencias de otros países.