

COX, Juan Pablo “Entre la revolución y la ilusión.  
La regulación jurídico penal del sexo como campo de batalla”.  
*Polít. crim.* Vol. 13, N° 26 (Diciembre 2018) Art. 1, pp. 657-681.  
[[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_13/n\\_26/Vol13N26A1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_26/Vol13N26A1.pdf)]

**Entre la revolución y la ilusión**  
**La regulación jurídico-penal del sexo como campo de batalla\***

**Between revolution and illusion**  
**The criminal regulation of sex as battlefield**

Dr. Juan Pablo Cox Leixelard  
Profesor de Derecho Penal Universidad Adolfo Ibáñez  
[juan.cox@uai.cl](mailto:juan.cox@uai.cl)

### **Resumen**

El artículo presenta una interpretación del sentido que cabe atribuir a ciertas modificaciones operadas en el derecho penal sexual en las últimas décadas. Algunas de esas variaciones han respondido a reformas legislativas y otras a pronunciamientos de los tribunales, y todas han sido objeto de una muy prolija atención por parte de los autores. La comprensión de la violación, por una parte, y de los distintos delitos relativos a la pornografía infanto-juvenil, por la otra, ofrece un buen campo de análisis del talante de estas modificaciones, y en esa medida son aquí revisados. Se sostiene que, contra lo que ha formulado un sector importante de los autores, no se ha producido una revolución legislativa y, antes bien, en el plano del derecho penal sexual se han superpuesto distintas clases de ilusiones y espejismos. Esta percepción supone reconocer, a su turno, que media una distancia entre las estructuras profundas que subyacen a las disposiciones legales y los discursos que se han venido construyendo a su alero.

**Palabras clave:** Derecho penal sexual, modelos regulativos, sentido de protección típica, violación, pornografía.

### **Abstract**

The article presents an interpretation of the meaning that might be attributed to certain modifications that have taken place in the area of sexual criminal law in the last decades. Some of those variations correspond to legislative reforms and others to judicial decisions, and all of them have received very close attention from the scholars. The understanding of rape, on one hand, and of the different criminal offenses related to child and juvenile pornography, on the other, offer a good field of analysis of the character of these

---

\* Este trabajo forma parte del Proyecto FONDECYT de Iniciación número 11160106, titulado *De la violación coactiva a la interacción sexual no consentida. A la vez, notas sobre el consentimiento en el sistema del derecho penal sexual*, que me fuera adjudicado en el año 2016. En concreto, integra una serie de tres trabajos encaminados a aportar elementos de análisis funcionales a la contextualización del estudio del delito de violación. Esos trabajos se verán luego complementados con otros tantos orientados al análisis específico de la violación.

modifications, and in such a way they are here revised. The article, against what an important sector of the scholars have stated, argues that a legislative revolution has not taken place and that, actually, in the field of sexual criminal offenses, a series of illusions have been overlapped. On its turn, this reading entails to recognize that there is a gap between the deep structures that underlie the legal regulation and the discourses that have been construed about it.

**Keywords:** Sexual criminal law, regulatory programs, meaning of criminal protection, rape, pornography.

## Introducción

La dimensión cultural de la sexualidad se cierne como una sombra gigantesca y de contornos difusos y cambiantes sobre la función regulativa del derecho penal. Las fluctuaciones valorativas marcarían un juego de evolución y revolución por momentos pendular: si el talante liberalizador que a partir de los años 60 del siglo pasado comenzó a bullir en Europa y Estados Unidos -y que tanto beneplácito generó en Michel Foucault, perspicaz detector de la *hypothèse répressive*- alimentaba la idea de un devenir crecientemente suavizador de la regulación sexual, la legislación penal de las últimas décadas parece imponer una visión crecientemente desconfiada de la sexualidad, sobre todo en su manifestación infanto-juvenil.

Para desentrañar la impronta cultural que subyace al modelo regulativo bajo un esquema analítico de corte histórico-jurídico tomaré como marco de referencia las coordenadas que Friedrich-Christian Schroeder fijó en su célebre artículo sobre la revolución del derecho penal sexual<sup>1</sup>. Convencido de la corrección metodológica de su aproximación, asumiré esa misma perspectiva para (4) contextualizar el talante del modelo regulativo de los comportamientos sexuales hegemónico en el último tiempo y, a partir de allí, (5) formular algunas proyecciones y valoraciones. Antes, (1) haré una brevísima recopilación de los hallazgos específicos del artículo del profesor Schroeder, en el entendido de que reflejan adecuadamente el devenir legislativo alemán y se corresponden además con una extendida impresión entre los especialistas<sup>2</sup>, intentando luego (2) sistematizar algunas consecuencias que cabría extraer de ellos al hilo del aparente sentido revolucionario que inspiraría las reformas. Enseguida (3) revisaré la manera en que impactarían las modificaciones en la concreta conceptualización de dos ámbitos estelares: el de la violación y el de los delitos relativos a la pornografía.

---

<sup>1</sup> SCHROEDER, Friedrich-Christian, “Die Revolution des Sexualstrafrechts, 1992-1998”, *Juristen Zeitung*, n° 17 (1999), pp. 827-833, pp. 827 y ss.

<sup>2</sup> Más detalles sobre las reformas pueden verse en LAUBENTHAL, Klaus, *Handbuch Sexualstraftaten: Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, Berlin: Springer, 2012, pp. 7 y ss., 15 y ss. Pese a su restricción temporal, sigue siendo un buen resumen del panorama el ofrecido en HÖRNLE, Tatjana, “Penal law and sexuality. Recent reforms in German criminal law”, *Buffalo Criminal Law Review*, n° 3 (1999-2000), pp. 639-685, que ahora puede complementarse con HÖRNLE, Tatjana, “The new german law on sexual assault and sexual harassment”, *German Law Journal*, n° 6 (vol. 18) (2017), pp. 1309-1330. Muy completo, MÜTING, Christina, *Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung (§ 177 StGB) Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870*, Berlin: De Gruyter, 2010, pp. 8 y ss., 41 y ss., con cuadros ilustrativos en pp. 219 y ss.

Que me valga inicialmente del notable desarrollo del profesor Schroeder no implica que adopte sus conclusiones. Por el contrario, estimo que su método de análisis conduce precisamente a negarlas. Parte de esa negativa se obtiene, en mi opinión, utilizando el instrumental teórico aportado por Foucault al campo del estudio de las prohibiciones sexuales. Como contrapartida, a mi juicio ello tampoco debe traducirse en su uso como mecanismo de explicación global de la regulación penal en este plano, pues entre la perspectiva iluminada por Foucault y las preocupaciones jurídico-penales media una distancia disciplinar que no puede ser obviada sin más.

## 1. Hallazgos regulativos

Luego de un periodo relativamente calmo, habría operado en Alemania una verdadera revolución regulativa que habría no solo puesto fin al paulatino proceso de descriminalización o cuando menos de suavización típica que se podía apreciar desde hacía décadas, sino que habría *torcido* la tendencia, favoreciendo un radical cambio de perspectiva. En palabras de Schroeder, a partir de 1992<sup>3</sup> las constantes variaciones legislativas habrían operado una “transformación del sentido de protección”, sobreviniendo por tanto una “conversión en el entendimiento de los tipos penales en el derecho penal sexual”<sup>4</sup>. Con cierta independencia de la posibilidad de conjeturar una explicación global sobre el proceso de reforma, constata que esta incidió muy decididamente en la regulación referida a la protección dispensada a las mujeres y a algunas específicas minorías.

Así, y siempre de acuerdo al análisis de Schroeder, la violación pasó de ser una figura anclada en la coacción dirigida al coito vaginal a otra, algo laxa y por cierto más amplia, que recoge penetraciones por otras cavidades y reduce la coacción a una hipótesis calificada. De esta forma, los varones también pueden ser víctimas y pueden serlo, al igual que las mujeres, aun cuando no medie una tal afectación de su libertad y, por ejemplo, *simplemente* se aproveche el autor de su estado de inconsciencia<sup>5</sup>. Justamente esta variante genera tensiones con la protección especial dispensada a minusválidos y abre las puertas a tratamientos discriminatorios, como cuando el comportamiento va acompañado de un trato humillante hacia la víctima<sup>6</sup>.

Una serie de otras modificaciones parecen guardar en común el que están preferentemente orientadas a captar comportamientos de índole sexual con menores. Expresivos de una tendencia crecientemente punitivista en este plano son, entre otros, la inclusión de abusos sexuales graves de menores<sup>7</sup> y una pléyade de disposiciones relativas a la prostitución y la trata de personas<sup>8</sup>. Con todo, tal vez la modificación más radical aquí se presenta en el plano

---

<sup>3</sup> El cuadro de las reformas legislativas debe ordenarse cronológicamente así: 26. StrÄndG 1992, 27. StrÄndG 1993, 29. StrÄndG 1994, 30. StrÄndG 1994, 33. StrÄndG 1997 y 6. StrRG 1998.

<sup>4</sup> SCHROEDER, “Die Revolution”, cit. nota n° 1, p. 828.

<sup>5</sup> SCHROEDER, “Die Revolution”, cit. nota n° 1, pp. 828 y ss.

<sup>6</sup> SCHROEDER, “Die Revolution”, cit. nota n° 1, p. 830. Luego, con la reforma aprobada en julio de 2016 al § 177 StGB se terminó consagrando el alejamiento del modelo coercitivo.

<sup>7</sup> SCHROEDER, “Die Revolution”, cit. nota n° 1, pp. 830 y s. También se intentaría brindar protección homogénea a los menores bajo el manto típico de los abusos sexuales, que desplazarían por tanto a la homosexualidad como título de castigo (pp. 831 y s.).

<sup>8</sup> SCHROEDER, “Die Revolution”, cit. nota n° 1, pp. 832 y s.

de la pornografía infanto-juvenil, que pasaría a centrarse en la protección del intérprete de los comportamientos registrados en los materiales<sup>9</sup>.

La efervescencia legislativa no ha sido privativa, con todo, del entorno cultural influenciado por Alemania. Fuera del derecho europeo continental también se han sucedido numerosas reformas y modificaciones que, en líneas generales, comparten el mismo talante. Así, en Estados Unidos la propuesta contenida en el *Model Penal Code*<sup>10</sup> preparó el escenario para el intenso proceso de actualización legislativa que se desencadenó en materia sexual en Michigan en 1974 y que, desde allí y con mayor o menor correlato con el modelo del *American Law Institute*, se propagó por toda la Unión. Esta línea evolutiva está lejos de estancarse, y las propuestas se han seguido sucediendo con un entusiasmo por momentos casi juvenil<sup>11</sup>.

La adaptación de la legislación a las nuevas formas y concepciones sociales llevó a la adopción de la neutralidad de género como guía regulativa y a una depuración de las descripciones típicas<sup>12</sup>. Muy pronto quedó en evidencia el sentido práctico de las reformas: al igual que en Alemania, se produjo una ampliación del campo típico de la violación, que pasó a reconocer como posibles víctimas tanto a hombres como a mujeres<sup>13</sup>, cobijando también comportamientos carentes de cualquier violencia típica<sup>14</sup>. Pasado algún tiempo (casi) se erradicó la inmunidad marital promovida por Hale<sup>15</sup> y se implantó un criterio de amnesia sexual que volvió en buena medida irrelevante el historial conductual sexual de la (hipotética) víctima<sup>16</sup>.

---

<sup>9</sup> SCHROEDER, “Die Revolution”, cit. nota n° 1, p. 831 y s.; sobre lo mismo, ya SCHROEDER, Friedrich-Christian, “Pornographieverbot als Darstellerschutz?”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n° 23 (1990), pp. 299-301, p. 299.

<sup>10</sup> La regulación de los delitos sexuales (*sexual offenses*) está contenida en los §§ 213 y siguientes del borrador definitivo de 1962.

<sup>11</sup> Cruciales son aquí los múltiples borradores tentativos (*tentative drafts*) preparados por el *American Law Institute* en relación con los §§ 213 y siguientes del *Model Penal Code*, que van desde diciembre de 2012 a abril de 2017.

<sup>12</sup> Una visión amplia de las modificaciones, con especial referencia a la regulación de la violación, puede verse en CARINGELLA, Susan, *Addressing rape reform in law and practice*, New York: Columbia University Press, 2009, pp. 12 y ss. De esta forma, que la definición de violación es más fluida que estática, en la terminología acuñada por Freedman (FREEDMAN, Estelle, *Redefining Rape. Sexual violence in the era of suffrage and segregation*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2013, p. 3), parece evidente.

<sup>13</sup> La reflexión sobre la violación masculina sigue siendo insuficiente y generalmente desligada de consideraciones inmediatamente vinculadas a la regulación: COHEN, Claire, *Male rape is a feminist issue. Feminism, governmentality and male rape*, New York: Palgrave Macmillan, 2014, pp. 3 y ss., 10 y ss.

<sup>14</sup> Como se verá más adelante, la definición legal de la violación puede diferir de la comprensión que el propio sistema jurídico tiene de ella. Algo de eso parece estar presente cuando se recuerda, en el contexto angloamericano, que la fuerza no es una condición necesaria de la violación: WERTHEIMER, Alan, *Consent to sexual relations*, 2ª ed., New York: Cambridge University Press, 2013, pp. 28 y ss.

<sup>15</sup> El *Model Penal Code* amplió la inmunidad, incluyendo una regla de extensión en el § 213.6 (2), que complementa a la dispuesta en el § 213.1 (1), y solo la legislación estadual posterior la eliminó. Aunque el panorama en el Reino Unido es similar, los efectos prácticos parecen modestos: LACEY, Nicola; WELLS, Celia; QUICK, Oliver, *Reconstructing criminal law*, 4ta. ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 503 y ss.

<sup>16</sup> Las repercusiones probatorias y estratégicas de este cambio han sido cruciales: ya ESTRICH, Susan, *Real rape. How the legal system victimizes women who say no*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986, pp. 80 y ss.

## 2. La fuerza del péndulo

El panorama descrito representa, en opinión de Schroeder y en inmediata relación con Alemania, una mutación como nunca antes se había visto en el plano del derecho penal sexual<sup>17</sup>. Más allá de las particularidades de cada innovación individualmente considerada<sup>18</sup>, fundamenta su aserto en que, como se dijo, subyacería a ellas un cambio en el *sentido de la protección*. Con todo lo enigmática que esta expresión pueda parecer, una mirada amplia a los flujos regulativos de las últimas décadas permite conjeturar los presupuestos y las repercusiones de la tesis de Schroeder, que por lo demás parecen corresponderse con los de un importante sector de la doctrina.

En efecto, la premisa fundacional de la explicación se desglosa en dos niveles. El primero descansa en la constatación de la ruptura de un cierto devenir legislativo. Así, las reformas materializadas a partir de 1992 en Alemania representarían el quiebre de una marcada tendencia liberalizadora que adoptaron diversas legislaciones durante el último tercio del siglo XX. Como es evidente, abandonar una empresa despenalizadora puede implicar tanto detener el curso legislativo que viene fraguándose, paralizándolo -y de esta forma fijar el *estado* de una regulación-, como también, de manera más radical, puede significar retrotraer en la medida de lo posible la legislación a su estado previo al movimiento liberalizador -que sería, entonces, un puro y acotado *episodio* legislativo<sup>19</sup>-. Ninguna de estas posibilidades, empero, da cuenta cabal de la envergadura que Schroeder le atribuye a las reformas: para que puedan ser calificadas como “la revolución más relevante en siglos” su efecto no puede ostentar la modestia del mero congelamiento evolutivo ni de la pura remoción normativa, debiendo alterar las bases mismas del sistema regulativo. Sobre este elemento pivota, precisamente, el segundo nivel explicativo: las reformas comentadas habrían trastocado la estructura del modelo regulativo *previo* a las modificaciones liberalizadoras. De esta forma, el derecho penal sexual resultante de los procesos legislativos de fines del siglo xx no debiera entenderse como un heredero directo, bajo una relación de estricta continuidad, del derecho penal sexual forjado durante los siglos precedentes.

Los planes legislativos habrían operado, en definitiva, como un péndulo que en su incesante vaivén ora alejan de su centro, ora lo contraen a él, los márgenes de lo regulado. Desde hace unas décadas estaríamos montados en un movimiento de oscilación particularmente extremo, que nos tendría sumidos en un contexto de severo punitivismo sexual<sup>20</sup>. Esta expresiva imagen no es, por cierto, novedosa. Por el contrario, la perspectiva de una regulación del

---

<sup>17</sup> SCHROEDER, “Die Revolution”, cit. nota n° 1, p. 828. En otros pasajes suaviza la fórmula, situando en “varios siglos” el horizonte temporal sin modificaciones de este calado (p. 827). Lo que fuere, es un juicio decididamente categórico y difícil de matizar.

<sup>18</sup> Que deben complementarse con disposiciones encaminadas a facilitar las posibilidades de lograr un castigo efectivo o de, cuando menos, mantener bajo control al *agresor*. El favorecimiento de la sujeción a tratamientos terapéuticos y de la imposición de medidas de seguridad posteriores al cumplimiento de la pena pueden ser interpretadas en esta clave: SCHROEDER, “Die Revolution”, cit. nota n° 1, p. 833.

<sup>19</sup> Al modo de un *contramovimiento*: SCHROEDER, “Die Revolution”, cit. nota n° 1, p. 833.

<sup>20</sup> Este punitivismo puede verse parcialmente vinculado, además, con la proliferación de figuras que responden a una lógica del castigo expresada en la técnica de las *mala prohibita*. Específicamente sobre este punto, HUSAK, Douglas, *Overcriminalization. The limits of the criminal law*, New York: Oxford University Press, 2008, pp. 103 y ss.

sexo que transita desde una férrea represión hasta una creciente liberalización se ha convertido en un lugar común de cara a la explicación de la por momentos intrincada relación entre cultura y legislación<sup>21</sup>. Esta aproximación, asentada en décadas previas al retorno y radicalización restrictiva, debe complementarse, para dar cuenta adecuada del fenómeno actual, con la tendencia castigadora que se ha materializado en los últimos años. La vuelta del péndulo desde los procesos de liberalización hasta los pretéritos del control y la dominación habría implicado ir incluso más allá en el juego restrictivo de la sexualidad.

Esta lectura, con todo, no es enteramente pacífica. Ha sido quizás Foucault quien con mayor ímpetu ha denunciado la incorrección de la *hypothèse répressive*<sup>22</sup>, según la cual las relaciones entre poder y sexo serían unas primordialmente de represión. La comodidad histórica y política de este discurso represivo se reforzaría, en su opinión, con lo que rotula como el *bénéfice du locuteur*<sup>23</sup>: pregonar que el sexo está destinado a la prohibición, a la inexistencia y al mutismo, importaría una cierta transgresión que por ese solo hecho pone al hablante, aunque sea bajo una promesa futura, fuera del alcance del poder<sup>24</sup>.

La hipótesis inicialmente identificada por Foucault favorece la comprensión de que la historia regulativa del sexo sería, a partir del siglo xvii, una de represión, de que el poder operaría como instrumento de represión, y de que, en definitiva, el discurso crítico dirigido a la represión viene a contraponerse a ese poder. Estas premisas se despliegan en un plano histórico, en uno histórico-teórico y en uno histórico-político, y a todas las confronta<sup>25</sup> provocativamente: desde el siglo xvii puede apreciarse una verdadera explosión discursiva relativa al sexo, el poder puede ser tolerante o cuando menos no radicalmente represivo, y, en fin, la crítica podría formar parte de la misma red histórica que denuncia<sup>26</sup>. Todas estas dudas dan lugar a una serie de exploraciones y disquisiciones que, en lo que aquí interesa inmediatamente, podrían sintetizarse como *hypothèse constitutive (du désir)*: la ley es constitutiva del deseo y de la carencia que lo insta<sup>27</sup>. De esta forma, quedaría desenfocado el esfuerzo interpretativo por comprender a la ley como instrumento de represión de un deseo previo y desligado de ella. Que esta sea la mejor manera de reconstruir el discurso jurídico-penal de la sexualidad es algo que se someterá a discusión más adelante<sup>28</sup>. Por ahora basta

---

<sup>21</sup> En el plano de los límites del derecho penal sexual, desde una perspectiva liberal, por todos, JÄGER, Herbert, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine Kriminologisch-sociologische Untersuchung*, Stuttgart: Enke Verlag, 1957, pp. 34 y ss. y DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Derecho penal ante el sexo (Límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual)*, Barcelona: Bosch, 1981, pp. 12 y ss. Sobre lo mismo, puede verse FOUCAULT, Michel, *Histoire de la sexualité, I. La volonté de savoir*, Paris: Gallimard, 2014, pp. 14 y s., 152.

<sup>22</sup> FOUCAULT, *La volonté de savoir*, cit. nota n° 21, pp. 18 y ss., 25 y ss.

<sup>23</sup> FOUCAULT, *La volonté de savoir*, cit. nota n° 21, p. 13.

<sup>24</sup> FOUCAULT, *La volonté de savoir*, cit. nota n° 21, p. 13.

<sup>25</sup> Sin intentar una genuina formulación de contra hipótesis: FOUCAULT, *La volonté de savoir*, cit. nota n° 21, pp. 18 y s.: “*En introduisant ces trois doutes, il ne s’agit pas seulement de faire des contre-hypothèses, symétriques et inverses des premières*”.

<sup>26</sup> FOUCAULT, *La volonté de savoir*, cit. nota n° 21, p. 118.

<sup>27</sup> FOUCAULT, *La volonté de savoir*, cit. nota n° 21, p. 108: “... *il n’y aurait pas à imaginer que le désir est réprimé, pour la bonne raison que c’est la loi qui est constitutive du désir et du mandue qui l’instaure*”. Un desarrollo de esta perspectiva en BUTLER; Judith, *Gender trouble. Feminism and the subversion of identity*, New York: Routledge, 2007, pp. 97 y ss.

<sup>28</sup> Sobre esto puede verse COX, Juan Pablo, “La ley penal entre la represión y la constitución de sexualidad. De vuelta sobre Foucault”, *Revista de Ciencias Penales*, 6ta época, volumen XLIV, n°3 (2017), pp. 21-30.

con mostrar esta rendija por la que se filtra una luz que en algunos ámbitos culturales ha mostrado ser muy potente.

Lo que fuere, para la matriz hegemónica, el pretendido carácter revolucionario de las reformas de tinte criminalizador antes esbozadas no solo respondería a la relativa prontitud con que se materializaron, y que permite hablar de un golpe certero, frente al muy paulatino asentamiento del perfil descriminalizador previo. Tampoco al hecho de que instauraron una alteración legislativa que ha producido no solo una mayor intensidad en la respuesta punitiva frente a ciertos hechos, sino que también la generación de una mayor extensión del ámbito de comportamientos sujetos a prohibición. Para asir su *caractère révolutionnaire* todo esto debe complementarse con un aspecto crucial, consistente en la generación de una mutación estructural de algunas figuras típicas que pueden ser comprendidas como paradigmáticas dentro de este escenario. A esto apunta el afortunado giro empleado por el profesor Schroeder: habría cristalizado un cambio en el *sentido de la protección*.

### 3. Las viejas y las nuevas caras de la violación y la pornografía

El poder expresivo de la violación como figura consular de los delitos de significación sexual no puede exagerarse: ha sido por siglos el delito central de la regulación y desde esa posición parece impregnar de sentido a las demás estructuras típicas que componen el variopinto abanico legislativo. En Alemania la violación fue un delito de coacción<sup>29</sup> y ya no lo es. Junto a la coacción y a la amenaza como medios comisivos<sup>30</sup>, en 1997 el legislador agregó como hipótesis típica el aprovechamiento de la imposibilidad de la víctima de resistirse<sup>31</sup>, y con ello cuando menos se atenuó su carácter estrictamente coactivo, pues según esta construcción típica, la coacción y la amenaza ya no podían verse como rasgos definitorios y distintivos de la violación<sup>32</sup>. Si había espacio para dudas, se esfumó con la modificación de 2016, que a

---

<sup>29</sup> El § 177 StGB aludía explícitamente a una coacción sexual (*Sexuelle Nötigung*) y a una violación (*Vergewaltigung*) para rotular la disposición. Para los menores de 14 años debe verse el § 176a (2) 1 StGB.

<sup>30</sup> Los medios comisivos (*Tatmitteln*) consistentes en el ejercicio de violencia (*Gewalt*) y amenaza actual contra el cuerpo o la vida (*Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben*) estaban incorporados en el § 177 (1) 1 y 2 StGB.

<sup>31</sup> A través de la incorporación de un nuevo numeral (§ 177 (1) 3 StGB), alusivo al aprovechamiento de una situación de indefensión (*die Ausnutzung einer schutzlosen*).

<sup>32</sup> En España, en cambio, la violencia o la intimidación son elementos imprescindibles para la configuración de una agresión sexual (artículo 178 CP), que es, a su turno, la base sobre la que puede predicarse la presencia de una violación (artículo 179), que debe distinguirse de los abusos sexuales (artículo 181). En Francia, la violación (artículo 222-23 CP) también está diseñada bajo el entendimiento de una penetración coactiva a través de violencia o amenaza, aunque debe reconocerse que se contempla a su turno una hipótesis sorpresiva de alcance discutible (así, “*Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu’il soit, commis sur la personne d’autrui par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol*”). En Italia, el artículo 609 bis CP se construye a partir de la actuación violenta o con abuso de autoridad del autor (no obstante, un importante sector de la doctrina recibió con entusiasmo la modificación alemana de 1997: por todos, PAVARINI, Massimo, “Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale: profili di diritto italiano e anglosassone”, *L’Indice Penale*, n° V-2, nuova serie (2002), pp. 771-802). En Chile, por último y a modo puramente ilustrativo, el artículo 361 CP homologa la fuerza y la intimidación desplegada por el autor para lograr el acceso carnal con, por ejemplo, el acceso carnal ejecutado con una víctima privada de sentido. Y por eso lleva la razón Mañalich cuando afirma que de *lege lata* nada de lo recogido en el artículo 361 N°1 CP chileno (acceso carnal a través de fuerza o intimidación) representa un elemento especialmente distintivo del injusto específico de la violación: MAÑALICH, Juan

través de la inclusión del asalto sexual (*sexueller Übergriff*) reemplazó el modelo coercitivo por el *no-means-no model*, de amplísima discusión en el contexto angloamericano<sup>33</sup>. Los explícitos términos escogidos por el legislador descartan la opción de reconstrucción del precepto tanto en clave estrictamente coercitiva como en función del modelo del *yes-means-yes*<sup>34</sup>.

Esta radical alteración diluye también la posibilidad de concebirla como un delito contra la libertad (sexual) y se abre la pregunta por el genuino fundamento de su ilicitud. Como si de las reducciones husserlianas se tratara, Gardner y Shute ofrecen una (ambiciosa) respuesta que pasa por esclarecer cuál es el caso puro de violación, al que llegan filtrando sus contingentes circunstancias acompañantes. Su esfuerzo no se restringe a ofrecer un modelo de reconstrucción de la regulación angloamericana, sino que, genuinamente, está dirigido a explicar dónde reside el mal de la violación. Un caso puro representaría, paradójicamente, una hipótesis de *violación sin daño*<sup>35</sup>, que podría representarse ejemplarmente como el de un hombre que accede carnalmente a una mujer ebria o drogada, que en su inconsciencia no consintió pero que tampoco percibió la penetración. El hombre usó preservativo y el caso nunca salió a la luz (y el *agresor* murió atropellado al salir del departamento de la *víctima*, en términos igual de probables a los concurrentes si no hubiera asaltado sexualmente a la mujer). La falta de daño obedecería, aquí, a la falta de percepción de la víctima y al bloqueo de las posibilidades de dañosidad prospectiva<sup>36</sup>.

Ese caso puro y simple pondría de manifiesto que, despojado de epifenómenos como la violencia, el terror y la humillación, el núcleo de la violación estribaría en el mero uso de una persona. Ese mero uso contaría como un abuso<sup>37</sup>. Y el uso de otro no requiere, por supuesto, coaccionarlo o amenazarlo.

---

Pablo, “La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, *Ius et Praxis*, n° 20-2 (2014), pp. 21-70, pp. 34 y ss.

<sup>33</sup> La reforma aprobada el 7 de julio de 2016 estuvo asociada en sus orígenes a presiones de organizaciones no gubernamentales vinculadas a la defensa de intereses de mujeres, por una parte, y a una cierta interpretación de la Convención de Estambul de 2011, por la otra. Lo que fuere, es muy posible que ambos factores estén ligados al muy estrecho alcance que la jurisprudencia venía atribuyendo al § 177 StGB.

<sup>34</sup> El § 177 (1) comienza, ahora, describiendo el supuesto de quien contra la voluntad reconocible de otra persona realice las conductas sexuales típicas (“*Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person...*”).

<sup>35</sup> GARDNER, John; SHUTE, Stephen, “The wrongness of rape”, en GARDNER, John, *Offences and defences. Select essays in the philosophy of criminal law*, Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 1-31, pp. 3 y ss. Aunque coincidiendo en líneas generales, para otros aquí sí habría un daño: así, ARCHARD, David, “The wrong of rape”, *The Philosophical Quarterly*, n° 57-228 (2007), pp. 374-393, p. 379, para quien bajo su tipología debe distinguirse entre *wrong*, *harm* y *hurt* (p. 378), de manera que la violación nunca será *harmless*. Con eso, por supuesto, se enfrenta a quienes defienden una concepción de la violación construida a partir de la experiencia del dolor, como muy sentidamente hace WERTHEIMER, *Consent to sexual relations*, cit. nota n° 14, pp. 102 y ss.

<sup>36</sup> Así, GARDNER, “The wrongness of rape”, cit. nota n° 35, p. 5.

<sup>37</sup> GARDNER, “The wrongness of rape”, cit. nota n° 35, p. 16. Un desarrollo de estos planteamientos puede seguirse en MAÑALICH, “La violación como delito contra la indemnidad sexual”, cit. nota n° 32, pp. 35 y ss. La plástica imagen de un uso no autorizado ha permitido el surgimiento de una nutrida literatura dedicada a la evaluación de la posibilidad de considerar alguna conexión o incluso equivalencia conceptual entre la violación y los atentados contra la propiedad. A modo de síntesis puede verse la posición de DRIPPS, Donald, “Beyond rape: an essay on the difference between the presence of force and the absence of consent”, *Columbia Law Review*, n° 92-7 (1992), pp. 1780-1809, pp. 1780 y ss., 1799 y ss.; y “More on distinguishing sex, sexual



COX, Juan Pablo “Entre la revolución y la ilusión.  
La regulación jurídico penal del sexo como campo de batalla”.

La estructura del supuesto, por lo demás, no es especialmente novedosa ni requiere adhesión a la tesis de sus reconocidos validadores para su aceptación como indicativa de una hipótesis de violación. Si bien en el ámbito angloamericano se acuñó una noción de violación anclada en la actuación con fuerza y contra la voluntad de la mujer<sup>38</sup>, el eje de la discusión, influido por la omnipresente figura de las *nonconsensual sexual intercourse*, parece haberse trasladado hasta centrarse (tal vez erróneamente) en los límites del consentimiento y de su acreditación<sup>39</sup>. El caso de las interacciones con personas inconscientes no ocasionó mayores discusiones<sup>40</sup> y en definitiva la presión por la inclusión en sede legislativa de ciertas propuestas sociales concluyó con una concepción extendida de la violación<sup>41</sup>. De esta forma la preterición de la *violencia* como elemento nuclear de la violación se ha venido fraguando desde antiguo<sup>42</sup>.

---

expropriation, and sexual assault: a reply to professor West”, *Columbia Law Review*, n° 93-6 (1993), pp. 1460-1472, pp. 1460 y ss., y la sólida crítica de WEST, Robin, “Legitimizing the illegitimate: a comment on ‘Beyond rape’”, *Columbia Law Review*, n° 93-6 (1993), pp. 1442-1459, pp. 1447 y ss. Una visión distintiva de la violación que recupera parcialmente este debate en TADROS, Victor, “Rape without consent”, *Oxford Journal of Legal Studies*, n° 26-3 (2006), pp. 515-543, pp. 536 y ss.

<sup>38</sup> Por todos, BLACKSTONE, William, *Commentaries on the laws of England*, vol. 4, Oxford: Clarendon Press, 1769, p. 210: “... the crime of rape, raptus mulierum, or the carnal knowledge of a women forcibly and against her will”.

<sup>39</sup> Puede verse, a guisa de ejemplo, BENNETT, Elise, “Mediaeval rape: a conceivable defence?”, *Cambridge Law Journal*, n° 63-3 (2004), pp. 743-769, pp. 757 y ss., con un especial hincapié en la concepción medieval de la violación, en la que en un cierto sentido la fuerza opera como forma de probar la falta de consentimiento (en un contexto en el que el embarazo era un factor crucial en ese aspecto) (pp. 761 y ss.). Se ha vuelto fundamental al respecto KAHAN, Dan, “Culture, cognition, and consent: who perceives what, and why, in acquaintance-rape cases?”, *University of Pennsylvania Law Review*, n° 158-3 (2010), pp. 729-813, pp. 731 y ss., con un interesante estudio experimental relativo al consentimiento y al error, al hilo del célebre caso Berkovitz (*Commonwealth vs. Berkovitz*, 641 A.2d 1161, Pa. 1994). Sintética, KINPORTS, Kit, “Rape and force: the forgotten *mens rea*”, *Buffalo Criminal Law Review*, n° 4-2 (2001), pp. 755-799, pp. 755 y ss., con un particular énfasis en la *mens rea*. Una visión global en LAFAVE, Wayne, *Modern criminal law. Cases, comments, and questions*, 2ª edición, St. Paul, MN: WEST, 2011, pp. 595 y ss.

<sup>40</sup> Así, se asume que cuentan como violación los encuentros sexuales con mujeres dormidas o inconscientes (así como con menores a quienes no se les reconoce autonomía para consentir): por todos, SCHULHOFER, Stephen, “Taking sexual autonomy seriously: rape law and beyond”, *Law and Philosophy*, n° 11-1/2 (1992), pp. 35-94, p. 37.

<sup>41</sup> Ilustrativo resulta el *Model Penal Code*, que en su § 213.1 (1) incluye (c) explícitamente el caso de la mujer que se encuentra inconsciente como indicativa de una hipótesis de violación. Cuestiones generales sobre esto pueden verse en DUBBER, Markus; KELMAN, Mark, *American criminal law: cases, statutes, and comments*, New York: Foundation Press, 2005, pp. 808 y ss. y DRIPPS, Donald, “Rape, law, and American society”, en MACGLYN, Claire; MUNRO, Vanessa (eds.), *Rethinking rape law. International and comparative perspectives*, Oxford/New York: Routledge, 2010, pp. 224-236, pp. 224 y ss. Sostiene también la evolución ampliatoria de la violación MUNRO, Vanessa, “Sexual autonomy”, en DUBBER, Markus; HÖRNLE, Tatjana (ed.), *The Oxford handbook of criminal law*, Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 747-767, pp. 750 y ss. A esa concepción extendida puede arribarse vía inclusión de nuevos supuestos típicos, como se acaba de ejemplificar, pero también a través de la interpretación decididamente laxa y generosa de circunstancias o elementos tradicionalmente incorporados: en este sentido, puede verse ESTRICH, Susan, “Rape”, *The Yale Law Journal*, n° 95-6 (1982), pp. 1087-1184, pp. 1182 y ss.

<sup>42</sup> Aun cuando en la actualidad puede apreciarse un intento por recobrar una concepción coercitiva de la violación, en desmedro de una puramente no consensual: sobre esto, MUNRO, Vanessa, “From consent to coercion. Evaluating international and domestic frameworks for the criminalization of rape”, en MACGLYN,

Pero no solo el tratamiento legal y doctrinario de la violación ha experimentado modificaciones de cierto calado. En el ámbito de la regulación de los comportamientos vinculados con la pornografía infanto-juvenil también se ha registrado una incesante evolución.

En relación con el delito de posesión de pornografía, Schroeder lo expresa con su habitual concisión: la incriminación opera como mecanismo de protección de los *intérpretes*<sup>43</sup>. Y la fórmula *intérpretes* debe entenderse referida tanto a quienes aparecen en los materiales respectivos como a quienes pueden en el futuro aparecer, pues lo distintivo de la mecánica que late tras esta regulación es el reconocimiento de una conexión entre el comportamiento del poseedor y la generación de nuevos materiales pornográficos, en términos tales que la posesión puede ser vista como un fomento de la producción<sup>44</sup>.

La lógica del mercado sobre la que se construye el fundamento incriminador en este punto recibió un apoyo demoledor en *New York v. Feber*<sup>45</sup>, que se vio consolidado luego en *Osborne v. Ohio*<sup>46</sup>. El impacto que generó la tesis difícilmente puede exagerarse, y con matices puede afirmarse que ha sido acogida y defendida por un vasto espectro de la doctrina más calificada, tanto en la tradición angloamericana como en la continental<sup>47</sup>.

No se trataría, por tanto, de un sistema encaminado a brindar protección a los consumidores de la pornografía. Esa fue, como se sabe, la orientación que pareció guiar no solo al legislador pretérito, sino que también a los más sofisticados intérpretes del producto legislativo: tanto quienes se insertaron en las lógicas denominadas *tradicionales* como aquellos que dieron pie

---

Claire; MUNRO, Vanessa (eds.), *Rethinking rape law. International and comparative perspectives*, Oxford/New York: Routledge, 2010, pp. 17-29, pp. 19 y ss.

<sup>43</sup> SCHROEDER, "Die Revolution", cit. nota n° 1, p. 831.

<sup>44</sup> Concibe el injusto como uno de "conexión", ROXIN, Claus, "Los delitos de tenencia", trads. CÓRDOBA, Gabriela; PASTOR, Daniel, en SCHROEDER, Friedrich-Christian; ECKSTEIN, Ken; FALCONE, Andrés (coords.), *Delitos de posesión o tenencia. Estudios de derecho penal, partes general y especial, y de derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, pp. 143-163, p. 157. Por supuesto que la definición del estatus de la conexión es compleja y la afirmación de una relación de causalidad debe hacer frente a objeciones de peso. Sobre ello puede verse ya a SCHROEDER, "Pornographieverbot als Darstellerschutz?", cit. nota n° 9, p. 300 y ECKSTEIN, Ken, "Grundlagen una aktuelle Probleme der Besitzdelikte-EDV, UE, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n° 117 (2005), pp. 107-142, p. 139. Otras críticas, dentro de la prácticamente inabarcable literatura a este respecto, en COX, Juan Pablo, "La posesión de pornografía infanto-juvenil bajo el moderno derecho penal sexual", en SCHROEDER, Friedrich-Christian; ECKSTEIN, Ken; FALCONE, Andrés (coords.), *Delitos de posesión o tenencia. Estudios de derecho penal, partes general y especial, y de derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, pp. 343-370, pp. 355 y ss.

<sup>45</sup> *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982). La bifurcación previa, según la cual la pornografía relativa a adultos quedaba cubierta por la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, se había asentado a partir de *Roth v. United States*, 354 U.S. 476, 485 (1957) y *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969).

<sup>46</sup> *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990).

<sup>47</sup> Un desarrollo de esta explicación puede verse en OST, Suzanne, *Child pornography and sexual grooming. Legal and societal responses*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 108 y ss., entre otros muchos. Una apretada revisión en COX, Juan Pablo, *Delitos de posesión. Bases para una dogmática*, Buenos Aires/Montevideo: BdeF, 2012, pp. 190 y ss., y la extensa nota 498.

COX, Juan Pablo “Entre la revolución y la ilusión.  
La regulación jurídico penal del sexo como campo de batalla”.

al movimiento *moderno*<sup>48</sup> construyeron sus aportaciones teniendo especialmente en cuenta la dimensión dañina que la apreciación de la pornografía pudiera generar en el observador o en la comunidad<sup>49</sup>.

La ruptura entre ambas perspectivas parece insalvable: la actual incriminación de conductas relativas a materiales pornográficos con menores de edad estaría dirigida a proteger, entre otros, a los menores que aparecen registrados en ellos (y a aquellos que eventualmente pudieran en el futuro aparecer o a otros que pudieran ser objeto de delitos de interacción sexual favorecidos por la pornografía<sup>50</sup>). Bajo un predicamento tal, la prohibición de la posesión asoma como enteramente recomendable, pues si alimenta el mercado de la pornografía, y este se nutre de menores para su composición, entonces desincentivando el consumo se desincentiva también la producción<sup>51</sup>. Si, por último, la producción es concebida como dañina, entonces la prohibición de la posesión es funcional a la protección de los menores.

El cariz protector de la prohibición quedaría, de esta forma, perfectamente articulado<sup>52</sup>: mientras la tipificación de los delitos de producción y posesión de materiales pornográficos infanto-juveniles apuntaría a la protección de los menores, la tipificación también generosa de conductas bajo el *nomen iuris* de la violación dispensaría también una más completa salvaguardia, principalmente a las mujeres. Una y otra, además, dejarían atrás el fantasma de la regulación moralizante: el fundamento legislativo encontraría apoyo directo en la necesidad de proteger a (¿los desvalidos?) menores y mujeres y no en el espurio deseo de afianzar un cierto canon estrictamente moral.

#### 4. El modelo regulativo: hegemonía y apariencia

---

<sup>48</sup> Utilizo la nomenclatura sugerida en DÍEZ RIPOLLÉS, *El Derecho penal ante el sexo*, cit. nota n° 21, pp. 12 y ss.

<sup>49</sup> Sobre esto puede verse, en extenso, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras (La frontera del Derecho penal sexual)*, Barcelona: Bosch, 1982, pp. 37 y ss., 82 y ss., 99 y ss., 106 y ss., 189 y ss.

<sup>50</sup> Críticas a esta posibilidad -con base empírica- pueden verse en EKE, Angela; SETO, Michael; WILLIAMS, Jennette, “Examining the criminal history and the future offending of child pornography offenders: an extended prospective follow-up study”, en *Law and Human Behavior*, n° 35-6 (2011), pp. 466-478 y QUAYLE, Ethel; TAYLOR, Max, “Child pornography and the Internet: perpetuating a cycle of abuse”, *Deviant Behaviour*, n° 23 (2002), pp. 331-361, pp. 338 y ss.

<sup>51</sup> Críticas a este modelo en COX, “La posesión de pornografía”, cit. nota n° 44, pp. 364 y ss. Desde otra perspectiva, también crítica, MAYER, Laura, “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”, *Política Criminal*, n° 9-17 (2014), pp. 27-56, pp. 44 y ss. y ESQUINAS VALVERDE, Patricia, “El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código penal español (art. 189.2): razones para su destipificación”, *Revista de Derecho y Política Criminal*, n° 18-2ª época (2006), pp. 171-228, pp. 218 y ss.

<sup>52</sup> La respuesta integral contra la pornografía -bajo esta lógica: la respuesta integral de protección a los menores- se complementa con una definición de material pornográfico de impronta crecientemente objetivada y especialmente amplia en su alcance, que en parte abandona el modelo ya asentado en el concierto angloamericano desde *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973): Protocolo Facultativo de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 25.5.00 (artículo 2 letra c). Ratifican la tendencia la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13.12.11, que sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo y, en el plano estadounidense, el Código Penal, en su Título 18, Capítulo 110, § 2256 (8).

Aparentemente, entonces, las reformas que comenzaron a materializarse en Alemania a partir de 1992 habrían revolucionado el panorama regulativo, recrudesciendo el derecho penal<sup>53</sup>. Si bien el sesgo represivo de las modificaciones es difícil de soslayar, de allí no cabe concluir su carácter revolucionario. Antes bien, existen poderosos indicios que solventan el carácter puramente ilusorio de la revolución: bajo las turbulencias operadas en la superficie, la base del modelo regulativo se ha mantenido relativamente inalterada. Y esa base puede plausiblemente caracterizarse como represiva. Con ello se desacredita, también y aunque sea parcialmente, la pretendida dimensión liberalizadora de la práctica sexual que habría operado en los últimos siglos en general y, muy sentidamente, en el último tercio del siglo xx. Este periodo, en realidad, difícilmente ostenta los rasgos necesarios para siquiera ser calificado como un *contramovimiento*<sup>54</sup>.

Foucault ha destacado con lucidez la continuidad del código de restricciones y prohibiciones sexuales del siglo iv a.C. entre los moralistas y los médicos de comienzos del imperio<sup>55</sup>, ayudando a desmitificar la muy propagada idea de la ruptura entre los mundos pagano y cristiano<sup>56</sup>: la cosmología no materialista característica de la tradición griega heredada por el cristianismo, por una parte, y el control de sí mismo, también recibido del mundo helénico, sirvieron de telón de fondo para los desarrollos del modelo de austeridad sexual venidero<sup>57</sup>. El cristianismo -sus distintas matrices-<sup>58</sup>, en este punto, fue mucho menos innovador y rupturista de lo que pudiera creerse.

Si con Agustín se afianzó una representación de la sexualidad en permanente tensión entre sus extremos de perversión y aceptación<sup>59</sup>, ello pronto derivó en que el canon sexual

---

<sup>53</sup> Así, SCHROEDER, “Die Revolution”, cit. nota nº 1, p. 833.

<sup>54</sup> Como lo define, con algo de pesadumbre, SCHROEDER, “Die Revolution”, cit. nota nº 1, p. 833.

<sup>55</sup> FOUCAULT, Michel, “À propos de la généalogie de l'éthique: un aperçu du travail en cours” (entrevista con Dreyfus/Rabinow), en FOUCAULT, Michel, *Dits et écrits. II, 1976-1988* [1983], Paris: Gallimard, 2012, p. 1203. Al reformular la entrevista, Foucault alude a una *relative stabilité* de los códigos, y omite referencias precisas (siglos o periodos) a los momentos temporales de la equiparación: FOUCAULT, Michel, “À propos de la généalogie de l'éthique: un aperçu du travail en cours” (entrevista con Dreyfus/Rabinow, con modificaciones), en FOUCAULT, Michel, *Dits et écrits. II, 1976-1988* [1983], Paris: Gallimard, 2012, p. 1429.

<sup>56</sup> La desmitificación de la ruptura es precisamente uno de los objetivos que persigue Foucault, tal como sintéticamente expresa en la introducción del segundo volumen de su *Histoire de la sexualité*: FOUCAULT; Michel, *Histoire de la sexualité, II. L'usage des plaisirs*, Paris: Gallimard, 2014, pp. 22 y ss.

<sup>57</sup> FOUCAULT; Michel, *Histoire de la sexualité, III. Le souci de soi*, Paris: Gallimard, 2014, pp. 55 y ss. Es probable, por supuesto, que entre otros cambios pueda destacarse el hecho de que bajo la moral cristiana se intente la instauración de un modelo de normalización global ausente en el mundo pagano, más centrado en el ideal de la vida bella: FOUCAULT, “À propos de la généalogie de l'éthique” (sin modificar), cit. nota nº 55, pp. 1203 y s.

<sup>58</sup> Aludir al cristianismo como si se tratase de una construcción monóticamente coherente y uniforme es, por supuesto, escandalosamente impreciso. En esa medida, falso. La porosidad y divergencias pueden rastrearse sin mayores dificultades en sus propias fuentes. Por otra parte, el largo camino hasta que pudieran traducirse sus requerimientos en asunciones con respaldo institucional político también dificulta el análisis.

<sup>59</sup> La pugna entre la voluntad espiritual y la carnal es tratada con detalle en AGUSTÍN, *La ciudad de Dios*, trad. SANTAMARTA y FUERTES, en AGUSTÍN, *Obras completas de San Agustín*, vols. XVI y XVII, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2004, pp. XIV-7. El origen de la concupiscencia anudada a una libido no proveniente del *Padre* es tratada en AGUSTÍN, *Confesiones*, trad. COSGAYA, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1994, pp. 346 y ss.

premoderno, inserto en la evolución que experimentó la teología moral escolástica y el derecho canónico medieval, consagrara al coito heterosexual vaginal entre cónyuges como indicativo del desempeño sexual no lujurioso<sup>60</sup>. Este canon delinea una forma natural y racional de comportarse sexualmente, y deja entregada primariamente a la confesión y a la penitencia un mecanismo de (intento de) superación de las dificultades que su infracción entraña<sup>61</sup>, pero también permeó hacia la regulación propiamente punitiva.

Esa síntesis de *austeridad sexual debida* reafirma una mirada desconfiada de la sexualidad, que en el plano jurídico-penal da lugar a una aproximación *represiva*. Y esa desconfianza es la que se ha mantenido en líneas generales inalterada hasta la actualidad, como intentaré mostrar en el siguiente apartado: la fuerza liberalizadora pregonada firmemente por la perspectiva ilustrada, tibia y confusamente por la labor codificadora y por momentos con ferocidad durante el periodo reformista, parece ser una ilusión que no logró desterrarla.

Contra lo que sostiene un sector particularmente sofisticado de los autores, la denuncia de la *hypothèse répressive* emprendida por Foucault no parece idónea para contrarrestar esta afirmación. Que en el primer volumen de su *Histoire de la sexualité* la contraponga y luego reemplace por una *hypothèse constitutive (du désir)*, no supone negar la dimensión represiva que acompaña al tratamiento de la sexualidad. Simplemente implica, como queda claro al revisar los trabajos posteriores del propio Foucault<sup>62</sup>, un cambio en su perspectiva investigativa, que le permitió abordar un estudio de ontología histórica de nuestras relaciones con la moral, en aras a la posibilidad de constituir a las personas como agentes éticos<sup>63</sup>. Para

---

<sup>60</sup> AQUINATIS, Thomae, *Summa theologica. Cura fratrum eiusdem ordinis*, III, Secunda Secundae, Madrid: La Editorial Católica SA, 1963, q. 154 a.1, q. 153 a.1 y q.153 a.4). Basta recordar aquí el extenso análisis que Foucault realiza de las tesis de Artemidoro: FOUCAULT, *Le souci de soi*, cit. nota n° 57, pp. 11 y ss., 35 y ss.

<sup>61</sup> Así, en relación con la confesión, FOUCAULT, *La volonté de savoir*, cit. nota n° 21, pp. 27 y ss., 78 y ss., llegando a afirmar que *[l]’homme, en occident, es devenu une bête d’aveu* (p. 80). Todo esto lo desarrolló luego más articuladamente, con preferencia pero no exclusividad en relación con el mundo judicial, en su curso de Lovaina (*Mal faire, dire vrai. Fonction de l’aveu en justice, cours de Louvain, 1981*, Lovaina: Chicago University Press/Presses Universitaires de Louvain, 2012).

<sup>62</sup> Es cierto que en FOUCAULT, *La volonté de savoir*, cit. nota n° 21, pp. 107 y ss., se reconoce la ambigüedad de la distinción entre represión y ley (“*Or, d’une manière obstinément confuse, j’ai parlé, comme s’il s’agissait de notions équivalentes, tantôt de la répression, tantôt de la loi, de l’interdit ou de la censure...*”). Antes (pp. 10 y ss.) ha puesto en evidencia que el error fundamental aquí sería otorgarle al factor represivo un papel hegemónico en la historia del sexo en la modernidad, sin que pueda desconocerse, por supuesto, su presencia (pp. 20 y s.). Luego fue explícito en reconocer que legal, social e institucionalmente los modos posibles de relaciones son extremadamente estrechos y su enfoque *innovador* no desconoce la existencia de la opresión sexual contra la cual debe lucharse: FOUCAULT, Michel, “Le triomphe social du plaisir sexuel: une conversation avec Michel Foucault” (entrevista con Barbedette), en FOUCAULT, Michel, *Dits et écrits. II, 1976-1988* [1981], Paris: Gallimard, 2012, pp. 1127 y ss., 1131.

<sup>63</sup> FOUCAULT, “À propos de la généalogie de l’éthique” (sin modificar), cit. nota n° 55, pp. 1202 y ss.: pretende plantearse una genealogía moral del sujeto en relación con la sexualidad. Uno de los puntos más notables del malentendido interpretativo relativo a Foucault tiene que ver con una de sus *confrontaciones* más citadas: a partir del siglo xvii habría operado una verdadera explosión discursiva acerca de la sexualidad, que negaría su carácter reprimido -así, en FOUCAULT, *La volonté de savoir*, cit. nota n° 21, p. 18-. Pues precisamente Foucault se encarga, hasta el cansancio, de recordar que la existencia y proliferación de discursos relativos a la sexualidad no implica liberalización o falta de represión, sino que, más bien, da cuenta precisamente de la existencia de un problema: FOUCAULT, Michel, “Entretien avec Michel Foucault” (entrevista con Joecker/Overd/Sanzio), en FOUCAULT, Michel, *Dits et écrits. II, 1976-1988* [1982], Paris: Gallimard, 2012, p. 1106. Ocurre que el poder propio de las sociedades burguesas se despliega sin la forma de

ello necesitaba abandonar el esquema rígido (y casi estático) de la representación represiva de la sexualidad, pero evidentemente no al punto de obviarlo: la sexualidad ha estado y sigue estando reprimida<sup>64</sup>, bajo distintas formas que, hasta hoy, hacen sufrir<sup>65</sup>.

En la distinción propuesta por Foucault entre represión y prohibición<sup>66</sup> puede hallarse una pista para seguir el derrotero de su pensamiento y de las posibilidades que ofrece para el derecho penal sexual: parece evidente que la regulación jurídico-penal de la sexualidad a través de las leyes correspondientes opera básicamente a través de mecanismos de prohibición, pero ello no necesariamente implica un compromiso con la tesis represiva bajo la formulación foucaultiana: el *quid* de esa tesis implica, en cambio, reducir a esa función prohibitiva del sexo y del deseo los dispositivos de la dominación, en una súper-estructura conservadora<sup>67</sup>. Foucault intenta, precisamente, desligarse de la representación jurídica que parece gobernar las relaciones entre poder y sexo<sup>68</sup>, pero su esfuerzo supone el reconocimiento del carácter prohibitivo (y represivo) de la ley penal. Ella es justamente una expresión de la posición lateral que en su opinión debiera ocupar la noción de represión.

Y por eso parece apresurado tachar de validadores de la *hypothèse répressive* a quienes denuncian la pervivencia de estructuras represivas en la legislación<sup>69</sup>. Ya lo adelanté: las propuestas de Foucault operan como una rendija por la que se filtra un haz luminoso que arroja nuevas posibilidades interpretativas en el plano del derecho penal sexual. Tal como con el polvo en suspensión, que cruzado por el destello parece surgir de imprevisto, con la luz se vislumbran formas y perspectivas que otrora permanecían ocultas. Como contrapartida, los nuevos cuerpos proyectan sombras que cubren de penumbra planos antes visibles. Y así queda planteado el riesgo de entregarse tan decididamente a estos por

---

la ley ni los efectos de la prohibición: FOUCAULT, *La volonté de savoir*, cit. nota n° 21, pp. 64 y ss. Poder y placer no se anulan.

<sup>64</sup> FOUCAULT, Michel, “Entretien avec Jean François et John de Vit”, en FOUCAULT, *Mal faire, dire vrai*, cit. nota n° 61, pp. 247 y ss.: “*La répression me paraît être l’effet global: à chaque époque, il y a un profil de répression, un schème répressif, une ligne de répression*” (p. 251). La entrevista es, como se sabe, de 1981.

<sup>65</sup> FOUCAULT, Michel, “Entretien avec André Bertin”, en FOUCAULT, *Mal faire, dire vrai*, cit. nota n° 61, pp. 235 y ss., p. 245.

<sup>66</sup> FOUCAULT, *La volonté de savoir*, cit. nota n° 21, p. 10: “... *Tel serait le propre de la répression, et ce qui la distingue des interdits que maintient la simple loi pénale; elle fonctionne bien comme condamnation à disparaître, mais aussi comme injonction de silence, affirmation d’inexistence, et constat, par conséquent, que de tout cela il n’y a rien à dire, ni à voir, ni à savoir...*”. La distinción parece diluirse luego, cuando alude en un mismo contexto a prohibiciones, leyes y represiones (*interdits, lois et répressions*): FOUCAULT, Michel, “Entretien avec Michel Foucault”, cit. nota n° 63, p. 289. Pero esa dilución se debe, como se dijo, a unos concretos intereses investigativos que guiaron su reflexión, y no a consideraciones conceptuales relativas a las conexiones entre todas esas formas.

<sup>67</sup> FOUCAULT, Michel, *Los anormales. Curso en el Collège de France (1974-1975)*, trad. PONS, Horacio, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 58. Esa es la premisa que parece subyacer, por lo demás, al bosquejo desarrollado en FOUCAULT, Michel, *L’ordre du discours. Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970*, Paris: Gallimard, 2016, pp. 10 y ss.

<sup>68</sup> FOUCAULT, *La volonté de savoir*, cit. nota n° 21, pp. 118 y s., FOUCAULT, Michel, “Sexualité et pouvoir”, en FOUCAULT, Michel, *Dits et écrits. II, 1976-1988* [1982], Paris: Gallimard, 2012, p. 567. La caracterización que se ofrezca de la mecánica del poder será, en definitiva, fundamental.

<sup>69</sup> Como no obstante hace MAÑALICH, Juan Pablo -en su por lo demás extraordinario trabajo “Ontología sexual y derecho penal”, en CENTRO DE ESTUDIOS CRÍTICOS UNIVERSITARIOS, *En Reversa*, Santiago: Párrafo, 2011, p. 89- respecto de Bascuñán.

COX, Juan Pablo “Entre la revolución y la ilusión.  
La regulación jurídico penal del sexo como campo de batalla”.

momentos novedosos derroteros metodológicos: encandilados por sus posibilidades de rendimiento, obviamos aspectos altamente sensibles al análisis jurídico-penal.

En efecto, tal vez la crítica más radical dirigida por quienes han adoptado la perspectiva conceptual favorecida por Foucault (y Butler<sup>70</sup>) en contra de quienes han permanecido anclados en la visión tradicional de las relaciones entre el poder penal y la represión estriba en su aparente “incapacidad epistémica de advertir la fuerza productiva de la regulación (jurídica)”<sup>71</sup>. Con ello, los (pretendidos) partidarios de la tesis represiva no estarían en condiciones de captar adecuadamente que en tanto dispositivo de disciplinamiento, la sexualidad produce al sexo y a un poder-saber (*pouvoir-savoir*) comprometido con la hegemonía heterosexual. Por contraposición, esta perspectiva le permitiría a refinados validadores de la (aparente) tesis foucaultiana iluminar el genuino sentido de las *prohibiciones* del incesto -aquí: fuerza constitutiva para la “heteronormatividad de las consciencias de las sociedades burguesas”- y de la sodomía -aquí: fuerza productiva tendente a neutralizar la agencia sexual femenina-, aportando también elementos para la comprensión de los abusos sexuales -aquí: en tanto fijación corpórea de lo sexual-<sup>72</sup>.

Pero esta propuesta no sirve para afirmar el carácter productivo de las prohibiciones penales, postergando su dimensión represiva, precisamente porque esto último no forma parte de la tesis de Foucault sobre el peso de la legislación. Las leyes penales son, en su opinión, el espacio paradigmático de la represión: la representación jurídico-discursiva del poder, sintetizada en un poder con la “fuerza del no”<sup>73</sup>. De esta forma, sostener que con la prohibición de la sodomía y del incesto se produce y constituye la neutralización de la agencia sexual femenina y se afianza en la percepción heteronormativa de las consciencias de las sociedades burguesas, por ejemplo, parece una vía poco útil para dar cuenta de la prohibición *penal* de la sodomía y del incesto: la ley produce *porque* reprime.

En el plano de la sexualidad, la mira de Foucault está puesta en desplazar la visión preferentemente jurídica del poder que ha impregnado el análisis emprendido por los autores hasta la fecha, situándola, antes bien, en el esquema de una *économie générale des discours sur le sexe à l'intérieur des sociétés modernes*<sup>74</sup>. Nunca pretendió, por el contrario, *desterrar* de la grilla interpretativa la dimensión represiva de la sexualidad operada a través del mundo de la juridicidad, y en esto mostró una consistencia inalterable, a pesar de los múltiples vaivenes y oscilaciones que acompañaron a sus reflexiones en este campo<sup>75</sup>. Su compromiso

---

<sup>70</sup> En Chile destaca, por la pulcritud y sofisticación de sus planteamientos, MAÑALICH, “Ontología sexual y derecho penal”, cit. nota n° 69, *passim*. Los trabajos de referencia relevantes aquí son BUTLER, Judith, *Bodies that matter. On the discursive limits of “sex”*. New York: Routledge, 2011, BUTLER, *Gender trouble*, cit. nota n° 27, ambos en relación con HIRD, Myra, *Sex, gender and science*, New York: Palgrave Macmillan, 2004.

<sup>71</sup> MAÑALICH, “Ontología sexual y derecho penal”, cit. nota n° 69, p. 91.

<sup>72</sup> Y, también, del femicidio y del aborto: MAÑALICH, “Ontología sexual y derecho penal”, cit. nota n° 69, p. 93 y ss.

<sup>73</sup> FOUCAULT, *La volonté de savoir*, cit. nota n° 21, pp. 108 y ss., 112 y s.: *pouvoir-répression* y *pouvoir-loi*.

<sup>74</sup> FOUCAULT, *La volonté de savoir*, cit. nota n° 21, p. 119.

<sup>75</sup> La pluralidad de prohibiciones que nutren el discurso sobre la sexualidad, y las diversas regularidades discursivas que entran en juego con ellas ya está presente como proyecto en FOUCAULT, *L'ordre du discours*, cit. nota n° 67, pp. 69 y s. Luego, como se sabe, el devenir de su *Historie de la sexualité* fue particularmente turbulento: los cambios de planes, enfoques y énfasis fueron la tónica, y un tomo, presumiblemente orientado a valorar el rol de la confesión, permanece inédito (*Aveux de la chair*). Sobre todo esto, FOUCAULT, Michel,

con esta posición no se limita al plano de las convicciones teóricas y metodológicas: reivindica explícitamente la necesidad de luchar contra la *opresión* padecida, por ejemplo, por los homosexuales<sup>76</sup>, y defiende sin ambages la idea -al hilo de las enseñanzas de Epicteto- de que, persiguiendo una vida rica y bella, la gente del siglo xx trata de quitarse de encima la *represión* sexual de su sociedad (e infancia)<sup>77</sup>. Valerse de sus planteamientos para minimizar el rol jurídico-penalmente represivo del derecho penal en el plano de las interacciones sexuales es, en fin, más próximo a un estratagema inconsciente que a una estrategia. Y así queda esbozado un genuino oxímoron conceptual.

## 5. ¿Proyecciones a través del espejo retrovisor?

Si las consecuencias conceptuales del modelo premoderno -canónico y escolástico- pueden sintetizarse en la caracterización del delito sexual como uno de propia mano, en el que la coacción ve desplazada su relevancia configurativa y se prescinde de una víctima en sentido prescriptivo<sup>78</sup>, el ideal moderno, (pretendidamente) construido sobre la idea de un abuso sexual como lesión de un derecho individual, representaría la noción estrictamente idónea para superarlo. Esta superación ha sido una ilusión.

La definición asimétrica del abuso sexual -que pone en evidencia la preferencia por proteger la libertad de abstención sexual, aun a costa de sacrificar la libertad de actuación sexual- avala la presencia de una víctima en sentido adscriptivo<sup>79</sup>. Quizás en el plano de los delitos relativos a la pornografía infanto-juvenil sea donde más palmariamente puede apreciarse esta anomalía, pues la irrelevancia del consentimiento del menor de edad púber lo reduce a un estatus de incapacidad infantilizante incompatible con la noción de titular de un derecho individual (bien jurídico individual) lesionado por el autor<sup>80</sup>.

El diseño legislativo de la regulación penal de la pornografía también pone de manifiesto, en perfecta sintonía con el modelo canónico basado en la teología moral escolástica, la gravitación puramente marginal que la coacción y otros medios comisivos muestran dentro del sistema: totalmente desplazados de cara a la afirmación del injusto, operan simplemente como factores de graduación de su magnitud. El caso de la violación no coactiva analizado

---

“Usage des plaisirs et techniques de soi”, en FOUCAULT, Michel, *Dits et écrits. II, 1976-1988*, Paris: Gallimard, 2012, pp. 1358 y ss.

<sup>76</sup> FOUCAULT, “Le triomphe social du plaisir sexuel”, cit. nota n° 62, p. 1131: allí reconoce que pese a la opresión todavía existente, la innovación que representan sus estudios se aparta del análisis de la represión.

<sup>77</sup> FOUCAULT, “À propos de la généalogie de l'éthique” (sin modificar), cit. nota n° 55, p. 1210.

<sup>78</sup> BASCUÑÁN, Antonio, “La inconsistencia del derecho penal sexual moderno”, en MAÑALICH, Juan Pablo (ed.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, Santiago: LOM, 2013, pp. 405-433, pp. 408 y s.

<sup>79</sup> BASCUÑÁN, “La inconsistencia del derecho penal sexual moderno”, cit. nota n° 78, pp. 410 y ss. muestra la forma en que Feuerbach colaboró a esta configuración con su tránsito del delito como uno de lesión (en su definición abstracta) a uno de desplazamiento (en su manifestación concreta).

<sup>80</sup> En la actualidad, la infantilización es promovida por el influyente Protocolo Facultativo de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño. Con matices, la irrelevancia del consentimiento del menor es la tónica (§ 2256, 2252A (c) (1) y (2) y § 2252A (d) (1) y (2) del Código Penal de Estados Unidos; § 184c (4) StGB; y artículo 189.2 del Código Penal español, entre otros muchos). Sobre esto, COX, “La posesión de pornografía”, cit. nota n° 44, pp. 361 y ss.



COX, Juan Pablo “Entre la revolución y la ilusión.  
La regulación jurídico penal del sexo como campo de batalla”.

por Schroeder y ya reseñado aquí parece reforzar el diagnóstico y alentar la tesis de la continuidad entre los distintos modelos regulativos. Como se verá más adelante, empero, el juego de luces, reflejos y sombras recomienda aquí prudencia interpretativa y máxima cautela a la hora de extraer conclusiones.

De otra parte, el carácter lujurioso de los delitos de significación sexual pregonado con exquisita sencillez por Tomás de Aquino<sup>81</sup> favorece su entendimiento como delitos de propia mano, y hasta ahora ha sido imposible correr completamente el manto que cubre a dicha categoría y así *desvelar* el misterio de su relación con estos delitos<sup>82</sup>. Con todo, que pueda o no sostenerse un carácter tal en la actualidad dependerá antes de la concreta técnica legislativa adoptada por el legislador que del *ethos* imperante<sup>83</sup>.

El catálogo de comportamientos proscritos y la fuerza de la respuesta punitiva ciertamente han variado desde el medioevo hasta nuestros días, tal como entre la antigüedad y aquel. Pero esas mutaciones han sido menos intensas de lo que a primera vista pudiera creerse, y es posible identificar en la desconfianza hacia el sexo -y en su consiguiente represión- un hilo conductor común. Por eso, es difícil aceptar el carácter revolucionario de las reformas emprendidas en Alemania a partir de 1992 y algo antes en Estados Unidos. En vez, debe reconocerse que la liberalización sexual pretérita ha sido más aparente que real, y que las reformas, correlativamente, han implicado preferentemente una ilusión de radicalización represiva: solo han reafirmado, haciéndolo insoportablemente visible para todos, el genuino fundamento de la ley.

Pero que el devenir legislativo genere un cierto recrudecimiento del castigo penal no significa que deba ser calificado, *in toto*, como restrictivo de la autonomía personal. Precisamente la distinción entre el campo propio de la violación y el de los delitos relativos a la pornografía infanto-juvenil permite abordar, siquiera brevemente, un bosquejo analítico diferenciado. En efecto, y aun cuando la noción de consentimiento está sometida a un fuerte cuestionamiento en tanto criterio de corrección jurídico-penal<sup>84</sup>, sigue siendo posible adoptarla como una hebra a partir de la cual identificar el mayor o menor compromiso de la legislación con el reconocimiento de las personas como agentes autónomos.

La expansión regulativa que ha experimentado el delito de violación debe apreciarse, en esta línea y en términos generales, como respetuosa con una agenda encaminada a brindar una mayor cobertura protectora de la autonomía sexual, principalmente de las mujeres, aun

---

<sup>81</sup> AQUINATIS, *Summa theologica*, cit. nota n° 60, q. 153 y 154.

<sup>82</sup> Aquí sigue siendo referencia ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7ma. ed., trad. CUELLO, Joaquín; SERRANO, José Luis, Madrid: Marcial Pons, 2000: § 35.

<sup>83</sup> Y así, por ejemplo, si la discusión en Alemania se ha circunscrito a la interpretación de un puñado de disposiciones, la redacción adoptada por el legislador chileno avala una generosa acogida de la propia mano como modelo de autoría en este plano. En este último caso, entonces, la superficie descriptiva de la regulación reafirma su sentido subyacente. Con todo, la caracterización de la violación o el estupro como delitos de propia mano no determina su carácter de delito especial, como muestra MAÑALICH, Juan Pablo, “La violación como delito de propia mano”, *Revista de Ciencias Penales*, 6ta época, volumen XLIII, n°4 (2016), pp. 39-50, pp. 46 y ss.

<sup>84</sup> Fundamental, aquí, MACKINNON, Catherine, “Rape redefined”, *Harvard Law & Policy Review*, n° 10 (2016), pp. 431-477, pp. 436 y ss., y, también, “Is not a moral issue”, *Yale Law & Policy Review*, n° 2 (1983-1984), pp. 321-345, pp. 327 y ss., para la violación y la pornografía.

cuando en la superficie parezca indicativa de una recuperación del ideal regulativo medieval. Esto es obvio en relación con lo que en el derecho continental se denomina libertad sexual negativa o de abstención<sup>85</sup>, y que en el plano angloamericano se reconoce bajo el rótulo de autonomía sexual negativa<sup>86</sup>. Es justamente esta última fórmula la que permite trazar de mejor manera una concepción no coercitiva (y, correlativamente, expansiva) de la violación, pues no solo la coacción hace patente la falta de consentimiento, y con ello la ausencia de intervención voluntaria. La mujer casada que rechaza la interacción, o la alcoholizada incapaz de reflejarse en el suceso sexual, por ejemplo, también son -o cuando menos pueden ser- arrastradas a una práctica sexual denegatoria de su autonomía por sus cónyuges o terceros<sup>87</sup>. En esa medida, pueden ser tratadas como meros objetos<sup>88</sup> funcionales a la satisfacción sexual de un tercero.

Y también puede ser leída, en tanto expansión típica dirigida a otorgar ámbitos libres de interacción sexual no deseada<sup>89</sup>, como plenamente compatible con la autonomía (libertad) sexual positiva o libertad de realización sexual. Esto puede parecer paradójico, por supuesto, pero no es implausible: la actuación de esas mismas mujeres que bajo el ideario cultural subyacente al matrimonio interactúan sexualmente con sus parejas sin genuinamente consentirlo, o la de aquellas que producto del alcohol ceden a la interacción, por ejemplo, no es expresiva de la autonomía que caracteriza al agente como origen del obrar<sup>90</sup>. La libertad

---

<sup>85</sup> Sintético (e influyente), DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona: Bosch, 1985, pp. 23 y s.

<sup>86</sup> Por todos, MACGREGOR, Joan, *Is it rape? On acquaintance rape and taking women's consent seriously*, Hampshire: Ashgate, 2007, pp. 111 y s. Con todo, en su lúcido trabajo Bascuñán le dirige feroces críticas a esta ampliación del ámbito de aplicación del delito de violación: BASCUÑÁN, "La inconsistencia del derecho penal sexual moderno", cit. nota n° 78, pp. 418 y ss., precisamente por considerar que da cuenta de una consolidación e incluso intensificación del model regulativo medieval. A mi juicio, con todo, su lectura revertida también parece, al menos en algunas de las hipótesis que destaca, apresurada. Así, por ejemplo, en el supuesto del coito matrimonial coactivo su opinión reconoce como telón interpretativo el imperativo de abstinencia sexual que operaba como padrón conductual en el medioevo, y a cuyo respecto la regla de impunidad constituía una excepción. De este modo, marcaba un ámbito de legitimidad indiscutible. Pero justamente es controvertido postular ese mismo telón de fondo como representativo del canon sexual actual: que no operaran modificaciones tan gravitantes como se ha mayoritariamente creído no implica que se haya mantenido el canon.

<sup>87</sup> Un catastro de otras posibilidades puede apreciarse en el nuevo § 177 StGB y, en términos muy amplios, en el borrador de nuevo § 213.2 del Model Penal Code.

<sup>88</sup> La idea de *objectification* no es novedosa en el análisis del sentido que puede adoptar la interacción sexual no consentida. Entre otros muchos, en la estela iniciada por Aristóteles y continuada por Kant, MACKINNON, Catherine, *Toward a feminist theory of the State*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989; NUSSBAUM, Martha, "Objectification", en *Sex and social justice*, New York: Oxford University Press, 1999, pp. 213-239; LANGTON, Rae, "Autonomy-denial in objectification" y "Projection and objectification", en LANGTON; Rae, *Sexual solipsism. Philosophical essays on pornography and objectification*, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 223-240 y 241-266; GARDNER, "The wrongness of rape", cit. nota n° 35, pp. 1-31. En Chile, MAÑALICH, "La violación como delito contra la indemnidad sexual", cit. nota n° 32, pp. 35 y ss.

<sup>89</sup> Aunque no es el objeto de este trabajo profundizar en una caracterización del consentimiento, sí parece prudente, cuando menos, alertar sobre la posible distinción entre conductas (sexuales) consentidas y conductas (sexuales) deseadas, y entre sus opuestas: conductas no consentidas e indeseadas. Por eso es tan problemático el título de la célebre obra de Schulhofer, pues en alguna medida diluye esta importante diferenciación: SHULHOFER, Stephen, *Unwanted sex. The culture of intimidation and the failure of law*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998.

<sup>90</sup> Por todos, SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Buenos Aires: BdeF, 2008, pp. 20 y ss.

COX, Juan Pablo “Entre la revolución y la ilusión.  
La regulación jurídico penal del sexo como campo de batalla”.

de realización sexual solo cobra sentido cuando la persona está volcada en el hecho. Por el contrario, quien toma parte de una relación sexual en los términos recién descritos, no ha hecho un genuino uso de su autonomía sexual.

De esta forma, si por represivo se entiende un modelo restrictivo de la autonomía sexual, parece apresurado calificar así a algunas de las más emblemáticas reformas relativas al delito de violación. Y es que no se trata solo de una cuestión cuantitativa dirigida a contar el número de interacciones sexuales permitidas y prohibidas, sino que de una cualitativa, destinada también a medir las características de esas relaciones. Por tanto, mirar con añoranza liberal por el espejo retrovisor del estatus regulativo no es una opción: el presente legislativo ofrece una mejor protección de la autonomía personal que un modelo puramente coactivo<sup>91</sup>. Y es que mientras bajo el modelo regulativo medieval la preterición de la coacción debía interpretarse en estricta conexión con la existencia de un canon conductual expresivo de desconfianza hacia el sexo, en la actualidad la postergación del carácter coactivo de la violación se inserta en un campo que abandonó al canon sexual debido como modelo de despliegue legítimo de la sexualidad orientada a la procreación marital. Aquí la pervivencia o incluso la recuperación de unas notas regulativas distintivas de modelos pretéritos no basta para afirmar la continuidad de los planes legislativos.

---

<sup>91</sup> Recientemente se ha intentado abandonar el modelo del consentimiento, en favor de uno al menos más estrechamente ligado al de la coerción, precisamente intentando una mejor protección de los intereses de las mujeres. Esta es la empresa impulsada en MACKINNON, “Rape redefined”, cit. nota n° 84, pp. 433 y ss., reformulando el delito de violación en términos de interacción sexual inequitativa (pp. 469 y ss.). Su posición tiene en la mira la distinción operada en los casos *Prosecutor v. Akayesu*, resuelto por el International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR-96-4-T, de 2.9.98) y *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, resuelto por el International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (IT-96-23-T y en IT-96-23/1-T, de 22.2.01). Que ello sea conveniente es controvertido (aquí: MUNRO, “From consent to coercion”, cit. nota n° 42, pp. 19 y ss.), y en cierto sentido depende de cómo se entienda el consentimiento y la coerción.

## **Bibliografía**

- AGUSTÍN, *La ciudad de Dios*, trad. SANTAMARTA y FUERTES, en AGUSTÍN, *Obras completas de San Agustín*, vols. XVI y XVII, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2004.
- AGUSTÍN, *Confesiones*, trad. COSGAYA, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1994.
- AQUINATIS, Thomae, *Summa theologica. Cura fratrum eiusdem ordinis*, III, Secunda Secundae, Madrid: La Editorial Católica SA, 1963.
- ARCHARD, David, “The wrong of rape”, *The Philosophical Quarterly*, n° 57-228 (2007), pp. 374-393.
- BASCUÑÁN, Antonio, “La inconsistencia del derecho penal sexual moderno”, en MAÑALICH, Juan Pablo (ed.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, Santiago: LOM, 2013, pp. 405-433.
- BENNETT, Elise, “Mediaeval rape: a conceivable defence?”, *Cambridge Law Journal*, n° 63-3 (2004), pp. 743-769.
- BLACKSTONE, William, *Commentaries on the laws of England*, vol. 4, Oxford: Clarendon Press, 1769.
- BUTLER, Judith, *Bodies that matter. On the discursive limits of “sex”*. New York: Routledge, 2011.
- BUTLER, Judith, *Gender trouble. Feminism and the subversion of identity*, New York: Routledge, 2007.
- CARINGELLA, Susan, *Addressing rape reform in law and practice*, New York: Columbia University Press, 2009.
- COHEN, Claire, *Male rape is a feminist issue. Feminism, governmentality and male rape*, New Work: Palgrave Macmillan, 2014.
- COX, Juan Pablo, “La ley penal entre la represión y la constitución de sexualidad. De vuelta sobre Foucault”, *Revista de Ciencias Penales*, 6ta época, volumen XLIV, n°3 (2017), pp. 21-30.
- COX, Juan Pablo, “La posesión de pornografía infanto-juvenil bajo el moderno derecho penal sexual”, en SCHROEDER, Friedrich-Christian; ECKSTEIN, Ken; FALCONE, Andrés (cords.), *Delitos de posesión o tenencia. Estudios de derecho penal, partes general y especial, y de derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, pp. 343-370.

COX, Juan Pablo “Entre la revolución y la ilusión.  
La regulación jurídico penal del sexo como campo de batalla”.

COX, Juan Pablo, *Delitos de posesión. Bases para una dogmática*, Buenos Aires/Montevideo: BdeF, 2012.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona: Bosch, 1985.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras (La frontera del Derecho penal sexual)*, Barcelona: Bosch, 1982.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Derecho penal ante el sexo (Límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual)*, Barcelona: Bosch, 1981.

DRIPPS, Donald, “Rape, law, and American society”, en MACGLYN, Claire; MUNRO, Vanessa (eds.), *Rethinking rape law. International and comparative perspectives*, Oxford/New York: Routledge, 2010, pp. 224-236.

DRIPPS, Donald, “More on distinguishing sex, sexual expropriation, and sexual assault: a reply to professor West”, *Columbia Law Review*, n° 93-6 (1993), pp. 1460-1472.

DRIPPS, Donald, “Beyond rape: an essay on the difference between the presence of force and the absence of consent”, *Columbia Law Review*, n° 92-7 (1992), pp. 1780-1809.

DUBBER, Markus; KELMAN, Mark, *American criminal law: cases, statutes, and comments*, New York: Foundation Press, 2005.

ECKSTEIN, Ken, “Grundlagen una aktuelle Probleme der Besitzdelikte-EDV, UE, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n° 117 (2005), pp. 107-142.

EKE, Angela; SETO, Michael; WILLIAMS, Jennette, “Examining the criminal history and the future offending of child pornography offenders: an extended prospective follow-up study”, *Law and Human Behavior*, n° 35-6 (2011), pp. 466-478.

ESQUINAS VALVERDE, Patricia, “El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código penal español (art. 189.2): razones para su destipificación”, *Revista de Derecho y Política Criminal*, n° 18-2ª época (2006), pp. 171-228.

ESTRICH, Susan, “Rape”, *The Yale Law Journal*, n° 95-6 (1982), pp. 1087-1184.

FOUCAULT, Michel, *L'ordre du discours. Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970*, Paris: Gallimard, 2016.

FOUCAULT, Michel, *Histoire de la sexualité, I. La volonté de savoir*, Paris: Gallimard, 2014.

FOUCAULT, Michel, *Histoire de la sexualité, II. L'usage des plaisirs*, Paris: Gallimard, 2014.

- FOUCAULT, Michel, *Histoire de la sexualité, III. Le souci de soi*, Paris: Gallimard, 2014.
- FOUCAULT, Michel, *Los anormales. Curso en el Collège de France (1974-1975)*, trad. PONS, Horacio, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2014.
- FOUCAULT, Michel, “À propos de la généalogie de l’éthique: un aperçu du travail en cours” (entrevista con Dreyfus/Rabinow), en FOUCAULT, Michel, *Dits et écrits. II, 1976-1988* [1983], Paris: Gallimard, 2012.
- FOUCAULT, Michel, “À propos de la généalogie de l’éthique: un aperçu du travail en cours” (entrevista con Dreyfus/Rabinow, con modificaciones), en FOUCAULT, Michel, *Dits et écrits. II, 1976-1988* [1983], Paris: Gallimard, 2012.
- FOUCAULT, Michel, “Le triomphe social du plaisir sexuel: une conversation avec Michel Foucault” (entrevista con Barbedette), en FOUCAULT, Michel, *Dits et écrits. II, 1976-1988* [1981], Paris: Gallimard, 2012.
- FOUCAULT, Michel, “Entretien avec Michel Foucault” (entrevista con Joecker/Overd/Sanzio), en FOUCAULT, Michel, *Dits et écrits. II, 1976-1988* [1982], Paris: Gallimard, 2012.
- FOUCAULT, Michel, “Usage des plaisirs et techniques de soi”, en FOUCAULT, Michel, *Dits et écrits. II, 1976-1988*, Paris: Gallimard, 2012.
- FOUCAULT, Michel, *Mal faire, dire vrai. Fonction de l’aveu en justice, cours de Louvain, 1981*, Lovaina: Chicago University Press/Presses Universitaires de Louvain, 2012.
- FOUCAULT, Michel, “Entretien avec Jean François et John de Vit”, en FOUCAULT, Michel, *Mal faire, dire vrai. Fonction de l’aveu en justice, cours de Louvain, 1981*, Lovaina: Chicago University Press/Presses Universitaires de Louvain, 2012.
- FOUCAULT, Michel, “Entretien avec André Berten”, en FOUCAULT, Michel, *Mal faire, dire vrai, Fonction de l’aveu en justice, cours de Louvain, 1981*, Lovaina: Chicago University Press/Presses Universitaires de Louvain, 2012.
- FOUCAULT, Michel, “Sexualité et pouvoir”, en FOUCAULT, Michel, *Dits et écrits. II, 1976-1988* [1982], Paris: Gallimard, 2012.
- FREEDMAN, Estelle, *Redefining Rape. Sexual violence in the era of suffrage and segregation*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2013.
- GARDNER, John; SHUTE, Stephen, “The wrongness of rape”, en GARDNER, John, *Offences and defences. Select essays in the philosophy of criminal law*, Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 1-31.
- HIRD, Myra, *Sex, gender and science*, New York: Palgrave Macmillan, 2004.

COX, Juan Pablo “Entre la revolución y la ilusión.  
La regulación jurídico penal del sexo como campo de batalla”.

HÖRNLE, Tatjana, “Penal law and sexuality. Recent reforms in German criminal law”,  
*Buffalo Criminal Law Review*, n° 3 (1999-2000), pp. 639-685.

HÖRNLE, Tatjana, “The new German law on sexual assault and sexual harassment”,  
*German Law Journal*, n° 6 (vol. 18) (2017), pp. 1309-1330.

HUSAK, Douglas, *Overcriminalization. The limits of the criminal law*, New York: Oxford University Press, 2008.

JÄGER, Herbert, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine Kriminalsociologische Untersuchung*, Stuttgart: Enke Verlag, 1957.

KAHAN, Dan, “Culture, cognition, and consent: who perceives what, and why, in acquaintance-rape cases?”, *University of Pennsylvania Law Review*, n° 158-3 (2010), pp. 729-813.

KINPORTS, Kit, “Rape and force: the forgotten *mens rea*”, *Buffalo Criminal Law Review*, n° 4-2 (2001), pp. 755-799.

LACEY, Nicola; WELLS, Celia; QUICK, Oliver, *Reconstructing criminal law*, 4ta. ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

LAFAVE, Wayne, *Modern criminal law. Cases, comments and questions*, 2ª edición, St. Paul, MN: WEST, 2011.

LANGTON, Rae, “Autonomy-denial in objectification” en LANGTON, Rae, *Sexual solipsism. Philosophical essays on pornography and objectification*, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 223-240.

LANGTON, Rae, “Projection and objectification”, en LANGTON, Rae, *Sexual solipsism. Philosophical essays on pornography and objectification*, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 241-266.

LAUBENTHAL, Klaus, *Handbuch Sexualstraftaten: Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, Berlin: Springer, 2012.

MACKINNON, Catherine, “Rape redefined”, *Harvard Law & Policy Review*, n° 10 (2016), pp. 431-477.

MACKINNON, Catherine, *Toward a feminist theory of the State*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989.

MACKINNON, Catherine, “Is not a moral issue”, *Yale Law & Policy Review*, n° 2 (1983-1984), pp. 321-345.

- MACGREGOR, Joan, *Is it rape? On acquaintance rape and taking women's consent seriously*, Hampshire: Ashgate, 2007.
- MAÑALICH, Juan Pablo, "La violación como delito de propia mano", *Revista de Ciencias Penales*, 6ta época, XLIII-4 (2016), pp. 39-50.
- MAÑALICH, Juan Pablo, "La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas", *Ius et Praxis*, n° 20-2 (2014), pp. 21-70.
- MAÑALICH, Juan Pablo, "Ontología sexual y derecho penal", en CENTRO DE ESTUDIOS CRÍTICOS UNIVERSITARIOS, *En Reversa*, Santiago: Párrafo, 2011.
- MAYER, Laura, "Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil", *Política Criminal*, n° 9-17 (2014), pp. 27-56.
- MUNRO, Vanessa, "Sexual autonomy", en DUBBER, Markus; HÖRNLE, Tatjana (ed.), *The Oxford handbook of criminal law*, Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 747-767.
- MUNRO, Vanessa, "From consent to coercion. Evaluating international and domestic frameworks for the criminalization of rape", en MACGLYN, Claire; MUNRO, Vanessa (eds.), *Rethinking rape law. International and comparative perspectives*, Oxford/New York: Routledge, 2010, pp. 17-29.
- MÜTING, Christina, *Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung (§ 177 StGB) Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870*, Berlin: De Gruyter, 2010.
- NUSSBAUM, Martha, "Objectification", NUSSBAUM, Martha, *Sex and social justice*, New York: Oxford University Press, 1999, pp. 213-239.
- OST, Suzanne, *Child pornography and sexual grooming. Legal and societal responses*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- PAVARINI, Massimo, "Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale: profili di diritto italiano e anglosassone", *L'Indice Penale*, n° V-2, nuova serie (2002), pp. 771-802.
- QUAYLE, Ethel; TAYLOR, Max, "Child pornography and the Internet: perpetuating a cycle of abuse", *Deviant Behaviour*, n° 23 (2002), pp. 331-361.
- ROXIN, Claus, "Los delitos de tenencia", trads. CÓRDOBA, Gabriela; PASTOR, Daniel, en SCHROEDER, Friedrich-Christian; ECKSTEIN, Ken; FALCONE, Andrés (coords.), *Delitos de posesión o tenencia. Estudios de derecho penal, partes general y especial, y de derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, pp. 143-163.



COX, Juan Pablo “Entre la revolución y la ilusión.  
La regulación jurídico penal del sexo como campo de batalla”.

ROXIN, Claus , *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7ma. ed., trad. CUELLO, Joaquín; SERRANO, José Luis, Madrid: Marcial Pons, 2000.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Buenos Aires: BdeF, 2008.

SCHROEDER, Friedrich-Christian, “Die Revolution des Sexualstrafrechts, 1992-1998”, *Juristen Zeitung*, n° 17 (1999), pp. 827-833.

SCHROEDER, Friedrich-Christian, “Pornographieverbot als Darstellerschutz?”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n° 23, (1990), pp. 299-301.

SHULHOFER, Stephen, *Unwanted sex. The culture of intimidation and the failure of law*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998.

SHULHOFER, Stephen, “Taking sexual autonomy seriously: rape law and beyond”, *Law and Philosophy*, n° 11-1/2 (1992), pp. 35-94.

TADROS, Victor, “Rape without consent”, *Oxford Journal of Legal Studies*, n° 26-3 (2006), pp. 515-543.

WERTHEIMER, Alan, *Consent to sexual relations*, 2ª ed., New York: Cambridge University Press, 2013.

WEST, Robin, “Legitimizing the illegitimate: a comment on ‘Beyond rape’”, *Columbia Law Review*, n° 93-6 (1993), pp. 1442-1459.