

SOLAVAGIONE, Lucía: “Recensión: GREEN, Stuart (2020): *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory* (Oxford University Press), IX y 363 páginas”
Polít. Crim. Vol. 18 N° 36 (Diciembre 2023), Rec. 1, pp. 1005-1016
<http://politcrim.com/wp-content/uploads/2023/12/Vol18N36R1.pdf>

Recensión: GREEN, Stuart (2020): *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory* (Oxford University Press), IX y 363 páginas

Review: GREEN, Stuart (2020): *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory* (Oxford University Press), pages IX and 363 pages

Lucía Solavagione*
Doctora en Derecho, Universidad de Bonn, Alemania
lucia.solavagione@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-8388-8540>

Fecha de recepción: 05/10/2023.
Fecha de aceptación: 30/11/2023.

En esta breve reseña me ocuparé del último libro de Stuart P. Green: *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*. En primer lugar, me dedicaré a resumir el contenido de las cuatro partes fundamentales en las que se divide la obra. En segundo lugar, analizaré las consideraciones del autor sobre teoría de la criminalización, esto es, sobre la pregunta de qué clases de conducta pueden ser legítimamente criminalizadas (y castigadas) en un Estado de derecho liberal y por qué. En particular, examinaré qué clases de (in)conducta en el ámbito de los delitos sexuales pueden acarrear responsabilidad penal.

Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory consta de cuatro secciones; estas se dividen, a su vez, en sub-partes y/o en capítulos. En una primera parte, el autor se centra primeramente en la definición de delito sexual y de conducta sexual, esto es, qué características definitorias debe tener una clase de (in)conducta para ser catalogada como I) sexual y como II) delito sexual. Según su concepción, un delito es considerado sexual, si y solo si, el sexo juega un papel en la forma en que se define la conducta (a nivel de los tipos penales), en lugar de cómo se lleva a cabo en un caso particular.¹ Por su parte, una conducta debe considerarse sexual, si y solo si, tiende a satisfacer el deseo de placer sexual.² A continuación, Green aborda las nociones de autonomía (sexual) y consentimiento. Siguiendo la clásica distinción de Isaiah Berlin entre libertad negativa y positiva, Green distingue entre dos formas diferentes de autonomía sexual: la negativa (entendida como el derecho a no participar o formar parte de una conducta sexual) y la positiva (definida como el derecho *prima facie* a sí participar en tal conducta).³ En cuanto al consentimiento, Green distingue tres sentidos en los que este puede ser utilizado: (I) mental o actitudinal, esto es el concreto estado mental interno sobre la participación en la actividad sexual; (II) comunicativo o performativo, esto es la manifestación de estar de acuerdo con una relación sexual y (III) normativo, prescriptivo o

* Esta recensión se basa en mi exposición en la Universidad de Wurzburg (Alemania) el 02/11/2021 en el marco de la conferencia del Prof. Stuart P. Green sobre el libro reseñado.

¹ GREEN (2020), p. 5.

² GREEN (2020), pp. 8 y ss., p.13.

³ GREEN (2020), p. 21.

legal, que refiere a las condiciones para que un consentimiento que considere válido desde el punto de vista normativo o jurídico.⁴

Posteriormente, el autor analiza la pregunta de la fundamentación de la criminalización de ciertas clases de conducta en un Estado de derecho liberal. Sobre este punto, me detendré más abajo, pues constituye, a mi modo de ver, el eje central del libro de Green sobre el cual se asienta todo su análisis posterior sobre las clases de (in)conductas sexuales con relevancia jurídico-penal.

La segunda parte del libro “se centra en un conjunto de delitos que tipifican el someter a otras personas a conductas sexuales, o relacionadas con las relaciones sexuales, no consentidas o no deseadas”.⁵ Esta parte se divide en cuatro sub-partes. Según el propio Green, “[e]l objetivo general de las dos primeras subpartes es diferenciar los distintos paradigmas bajo los cuales pueden cometerse la violación y el abuso sexual. La sub-parte II.A. considera tres paradigmas en los que la ausencia de consentimiento debe *probarse* caso por caso. La sub-parte II.B. examina tres paradigmas adicionales en los que se *presume* la ausencia de consentimiento sobre la base de determinadas condiciones marco”.⁶ La sub-parte II.A. (“La prueba de la ausencia de consentimiento”) se conforma por los capítulos 4, 5, 6 y 7 y se ocupa de los delitos que requieren que se pruebe, caso por caso, la ausencia de consentimiento para mantener relaciones sexuales.

En el capítulo 4, Green los tres paradigmas en virtud de los cuales la falta de consentimiento debe probarse caso por caso. Estos paradigmas son: i) violación como relación sexual no consentida (capítulo 5), (II) violación por engaño (capítulo 6) y (III) violación por coerción (capítulo 7).⁷ El autor efectúa un recorrido histórico sobre la evolución de los conceptos de violación y de abuso sexual y se demuestra una clara ampliación de ambos en torno a dos variables fundamentales: las clases de contacto sexual abarcadas por la legislación y los medios a través de los cuales se manifiesta la falta de consentimiento.⁸ A continuación, se analiza brevemente la utilización de los términos “violación” y “abuso sexual”, los cuales han tenido un papel importante en las reformas legislativas y cuyos significados pueden variar considerablemente.⁹ Posteriormente, el autor examina cómo ha sido definido el requisito de acto físico en la violación y el abuso sexual.¹⁰ Se concluye con la exposición de algunos problemas de la ampliación del significado de “violación” y “abuso sexual” y se resalta la importancia de diferenciar entre las distintas conductas o actos para criminalizar y castigar legítimamente.¹¹

El capítulo 5 se ocupa de dos delitos sexuales paradigmáticos: “la violación y al abuso sexual en su forma más básica, es decir, como relaciones sexuales no consentidas con

⁴ GREEN (2020), pp. 26 y ss.

⁵ GREEN (2020), p. XX; GREEN, (en prensa).

⁶ GREEN (2020), p. XX.

⁷ GREEN (2020), p. 55.

⁸ GREEN (2020), pp. 57 y ss.

⁹ GREEN (2020), pp. 60 y ss.

¹⁰ GREEN (2020), pp. 62 y ss.

¹¹ GREEN (2020), pp. 71 y ss.

penetración.”¹² Según Green, dado que una formulación tal de un tipo penal es demasiado abierta —tanto con relación a los ciudadanos que pretenden orientar sus conductas según lo que disponen las normas penales, como para los órganos encargados de su aplicación y ejecución—, es necesario establecer algunas condiciones más específicas según las cuales se pueda determinar si existe una violación como relaciones sexuales no consentidas.¹³ La intención del autor es hacer esto de una manera que no resulte ni infra ni sobreinclusiva, es decir que no se abarquen *menos* clases de conductas que las deberían abarcarse ni que se abarquen *más* de las que deberían abarcarse, respectivamente.¹⁴ Para ello, Green evalúa tres maneras en las que la legislación ha intentado definir este delito: (I) como obtenido por la fuerza, (II) como actuación a pesar de un “no”, y como (III) actuación en ausencia de consentimiento afirmativo.¹⁵ Así, analiza, en primer lugar, el requisito de la fuerza en la violación y concluye, con razón que: “es evidente que hay casos de relaciones sexuales no consentidas que, a pesar de la ausencia de fuerza, deberían estar amparados por la regulación jurídica de la violación y el abuso sexual. Por consiguiente, la fuerza, por sí sola, es fatalmente infra-inclusiva en un sistema liberal de derecho penal.”¹⁶ En segundo lugar, analiza las ventajas y desventajas de la regla del “no es no”, en virtud de la cual las relaciones sexuales se considerarán violación o abuso sexual siempre que ha víctima haya manifestado que no consiente, ya sea verbalmente o a través de otros actos.¹⁷ Green sostiene que, a menos que estemos dispuestos a expandir la doctrina del abuso de posición de poder (según la cual falta el consentimiento cuando una persona en una posición de poder mantiene relaciones sexuales con alguien bajo su control o cuidado), la regla del “no es no” también parecería adoler de problemas de infrainclusividad.¹⁸ En tercer lugar, Green examina la regla del “(solo) sí es sí”, en virtud de la cual “una relación sexual se considera de antemano no consentida a menos que haya sido precedida por un consentimiento afirmativo”.¹⁹ Para el autor, “la falta de consentimiento afirmativo no debe entenderse como invariablemente equivalente a una ausencia de consentimiento”.²⁰

En el capítulo 6 se examina el delito de violación mediante engaño. A diferencia de la violación, aquí el consentimiento se ha comunicado, pero es considerado defectuoso en virtud de una falsa creencia de la víctima.²¹ En primer lugar, se realiza un breve recorrido histórico sobre la comprensión de este delito, desde la visión restringida del *common law* (solo era un engaño relevante si la víctima creía que se estaba sometiendo a un procedimiento médico en lugar de tener relaciones sexuales o bien estaba teniendo relaciones sexuales con su cónyuge)²² hasta la visión amplia de los últimos años que, por ejemplo, abarca toda “penetración sexual [...] realizada fraudulentamente”.²³ El núcleo de este capítulo es el

¹² GREEN (2020), p. 75; GREEN, (en prensa).

¹³ GREEN (2020), pp. 75 y ss.

¹⁴ Sobre el carácter infra y sobreinclusivo de las reglas, véase sobre todo SCHAUER (1991), pp. 31-34

¹⁵ GREEN (2020), p. 76.

¹⁶ GREEN (2020), p. 79, GREEN, (en prensa).

¹⁷ GREEN (2020), pp. 79 y ss.

¹⁸ GREEN (2020), pp. 82 y s.

¹⁹ GREEN (2020), p. 83; GREEN, (en prensa).

²⁰ GREEN (2020), p. 86; GREEN, (en prensa).

²¹ GREEN (2020), pp. XXI, 101 y ss.

²² GREEN (2020), p. 102.

²³ GREEN (2020), p. 103.

interrogante de hasta qué punto es adecuada esa ampliación de la violación mediante engaño. Partiendo de la base que todos hemos engañado o sido engañados en algún sentido al mantener relaciones sexuales (piénsese, por ejemplo, en el uso de maquillaje, en nuestro rendimiento profesional o en disimulaciones de defectos faciales) y que estos ardides pueden considerarse condición necesaria para que el otro preste su consentimiento en la relación sexual, Green aborda aquí la pregunta de “cómo distinguir los engaños que deben ser tenidos en cuenta a efectos de violación (o de un delito alternativo menos grave) de los que no deben ser tenidos en cuenta”.²⁴

En el capítulo 7, Green se ocupa de la violación mediante coacción psicológica.²⁵ Se tratan en particular los casos en los que se obtienen relaciones sexuales mediante *amenazas coactivas* de algún daño no violento (por ejemplo, mediante la reprobación de un examen). Green se pregunta qué clases de amenazas pueden invalidar un consentimiento comunicado por la víctima. Además, aun siendo ese consentimiento inválido, el autor se pregunta si, de todas maneras, esto podría legítimamente criminalizarse. Se analizan en especial los casos que involucran amenazas de daños triviales (como la amenaza con labrar a una multa de diez dólares por mal estacionamiento). Asimismo, se examinan los casos en los cuales las relaciones sexuales se obtienen, no a través una amenaza coactiva, sino a través de lo que se denomina *ofertas coactivas o explotadoras*. A diferencia de las amenazas, se trata de casos en los cuales el autor ofrece mejorar la situación de la víctima.²⁶

Con el capítulo 8 comienza la sup-parte II.B. (“La presunción de la ausencia de consentimiento”) que se extiende hasta el capítulo 10. En esta sub-parte se examina un conjunto de delitos en los cuales la ausencia de consentimiento es presupuesta sobre la base de ciertas circunstancias contextuales. En el capítulo 8 se analizan los supuestos en los que se afirma que la víctima es incapaz para consentir relaciones sexuales. Aquí se aborda la presunción legal usual de incapacidad cuando una víctima se encuentra dormida, inconsciente, en coma o estado vegetativo persistente, discapacitada mental o físicamente o intoxicada.²⁷ El capítulo 9 se ocupa del estupro, esto es, casos en los cuales la ley presume la falta de consentimiento de la víctima en razón de su edad. Allí se analiza críticamente esa presunción de ausencia de consentimiento y se evalúa su corrección en los casos en los que la víctima es un adolescente o joven mayor. El último capítulo de esta sub-parte, el 10, trata sobre el delito de abuso de posición de poder que consiste en que una “persona en posición de autoridad [...] mantenga relaciones sexuales con otra que se encuentra bajo su control o cuidado”.²⁸ Central de este capítulo es el análisis de las cuatro clases principales de relaciones jerárquicas que han sido objeto de normas sobre abuso de posición de poder de acuerdo con el derecho de los Estados Unidos. Se trata de relaciones que involucran funcionarios encargados de aplicar la ley y personas bajo su control o custodia; profesionales de la salud y pacientes; educadores y estudiantes (adultos) y, por último, clérigos y feligreses.²⁹

²⁴ GREEN (2020), p. XXI; GREEN, (en prensa).

²⁵ GREEN (2020), pp. 117 y ss.

²⁶ GREEN (2020), pp. 129 y ss.

²⁷ GREEN (2020), pp. 137 y ss.

²⁸ GREEN (2020), p. 163; GREEN, (en prensa).

²⁹ GREEN (2020), p. 165.

La sub-parte II.C. (“Relaciones sexuales no deseadas”) consta de un único capítulo, el 11. Aquí el autor desplaza el centro de atención de la ausencia de consentimiento a la ausencia de deseo o de agrado.³⁰ Green aborda la problemática del acoso sexual y se pregunta si deberían criminalizarse ciertas clases de (in)conductas sexuales que actualmente no constituyen delito. El autor propone tres factores a considerar para distinguir entre las clases de acoso sexual que son tratadas como delitos y las que son meros ilícitos civiles: primero, diferenciar si la conducta no fue consentida o, simplemente, no bienvenida; segundo, si la conducta involucró un contacto físico con la víctima; y tercero, si, en el caso de conductas *quid pro quo*, hubo una amenaza o solamente una oferta.³¹

La sub-parte II.D. (“Asunción de riesgos”) está conformada por los capítulos 12 y 13. Allí se examinan dos delitos que el autor considera como dos caras de una misma moneda, pues los intereses y derechos en juego en ambos serían complementarios:³² el voyeurismo (capítulo 12) y las exhibiciones obscenas (capítulo 13). En estos delitos, se suele afirmar que el consentimiento es implícito, esto es, que la víctima potencial “asume el riesgo” de algún daño potencial.³³ En el voyeurismo, explica Green, “el autor observa las actividades privadas de su víctima (frecuentemente de índole sexual) sin su consentimiento”,³⁴ lo cual lesiona su autonomía sexual.³⁵ Asimismo, el autor explica que las víctimas de este delito pueden sufrir vergüenza o angustia significativas.³⁶ Sin embargo, dado que es muy probable que muchas de ellas no sepan jamás que han sido objeto de voyeurismo, este podría considerarse un “ilícito sin daño”, análogo al caso hipotético de la denominada violación pura formulado por John Gardner y Stephen Shute.³⁷ En el caso de las exhibiciones obscenas, entiende Green, la criminalización es más complicada que en el caso del voyeurismo, pues tanto la ilicitud como el daño de esa conducta son más difusos o menos evidentes.³⁸ En este capítulo, se concentran los esfuerzos en buscar (si es que la hubiera) la justificación subyacente de una criminalización legítima de actos exhibicionistas.

La parte III de la obra (capítulos 14 a 16) se ocupa de los delitos que involucran conductas supuestamente consentidas, esto es, en los cuales resulta muy controvertido el hecho de que la conducta haya sido efectivamente consentida. Se trata de clases de conductas que han sido tradicionalmente criminalizadas con fundamentos en el moralismo jurídico, idea según la cual es posible prohibir conductas únicamente en virtud de su inmoralidad, independientemente de si causan o no un daño. Green pretende reconstruir algunos de estos delitos de modo que su criminalización sea legítima bajo los principios liberales de daño y de ilicitud,³⁹ elementos que el autor considera necesarios para la legitimidad de una criminalización. El capítulo 14 analiza el incesto, tanto entre un adulto y un menor de edad como entre adultos. La criminalización de este último es lo que plantea problemas más

³⁰ GREEN (2020), p. XXII.

³¹ GREEN (2020), pp. 187 y ss.

³² GREEN (2020), p. XXIII.

³³ GREEN (2020), p. 193.

³⁴ GREEN (2020), p. 194; GREEN, (en prensa).

³⁵ GREEN (2020), pp. 201 y s.

³⁶ GREEN (2020), p. 211.

³⁷ GREEN (2020), pp. 211 y ss.; GREEN, (en prensa).

³⁸ GREEN (2020), p. 225.

³⁹ GREEN (2020), p. XXIV.

difíciles a nivel de la justificación de su criminalización. Pues, se trata aquí de relaciones sexuales entre adultos que han sido consentidas y queridas por ambos y que, por lo tanto, implican el ejercicio de su autonomía sexual positiva y el derecho *prima facie* de elegir la propia pareja sexual (voluntaria).⁴⁰

El capítulo 15 aborda el abuso o agresión sadomasoquista. Se trata de una clase de conducta que, si bien no ha sido considerada como delito autónomo, sí ha sido perseguida en virtud de normas generales (no sexuales) sobre maltrato (*assault*) y lesiones corporales (*battery*), aún en caso de ser consentida.⁴¹ Aquí Green explora la pregunta de la admisión del consentimiento como defensa; más en concreto, de por qué el consentimiento es normalmente admitido como defensa en dichos delitos ante la causación de daños que ellos implican, pero no así en los casos de agresión sadomasoquista.⁴² El autor analiza tres razones por las cuales se podría afirmar que el contenido de ilicitud de las relaciones sexuales sadomasoquistas es superior al de otras clases de causación consentida de daños, como las cirugías, los *piercings* o las flagelaciones religiosas.⁴³ Asimismo, se pregunta el autor si el hecho de que el sadomasoquismo (consentido) sea “moralmente peor” a esas actividades constituye una razón suficiente para justificar su criminalización.⁴⁴

El capítulo 16, Green aborda la prostitución. Se trata de un abordaje diferente al resto de los capítulos de la obra pues el autor, en lugar de preguntarse si existen razones para criminalizar de modo legítimo la prostitución, se concentra en su definición, es decir, en qué se considera (o debería considerarse) prostitución.⁴⁵ Se analiza la definición de los conceptos de “actividad sexual”⁴⁶ y de “intercambio de valores”⁴⁷ en el contexto del comercio sexual. Para Green la respuesta a la pregunta de *qué* debe contar como prostitución dependerá, en última instancia, de por qué se considere que la compra o la venta de sexo es ilícita o dañosa.⁴⁸

La parte IV se ocupa de las así llamadas relaciones sexuales “aconsentidas”, es decir, que no son ni no consentidas ni consentidas: el bestialismo (capítulo 17) y la necrofilia (18). Aquí, el autor intenta leer en clave liberal a clases de conductas que han sido consideradas habitualmente un tabú y criminalizadas únicamente en virtud de consideraciones de moralismo jurídico.⁴⁹ En el capítulo 17, el autor intenta acercarnos una definición más concreta de qué es el bestialismo.⁵⁰ A continuación, analiza si las conductas de bestialismo pueden satisfacer los requisitos liberales de una criminalización legítima (esto es, ser dañosas y, además, ilícitas moralmente).⁵¹ La interrogante principal que intenta responder Green en este capítulo es el siguiente: ¿qué distinguiría al bestialismo de muchas otras clases de daños

⁴⁰ GREEN (2020), pp. 265 y ss.

⁴¹ GREEN (2020), pp. XXIV, 277 y 280.

⁴² GREEN (2020), pp. 280 y ss.

⁴³ GREEN (2020), pp. 287 y ss.

⁴⁴ GREEN (2020), p. 291.

⁴⁵ GREEN (2020), pp. XXV, 295.

⁴⁶ GREEN (2020), pp. 301 y ss.

⁴⁷ GREEN (2020), pp. 305 y ss.

⁴⁸ GREEN (2020), pp. 313 y ss.

⁴⁹ GREEN (2020), p. XXV.

⁵⁰ GREEN (2020), pp. 327 y ss.

⁵¹ GREEN (2020), pp. 334 y ss.

e ilícitos contra animales que no sólo no constituyen delito penal, sino que no están prohibidas otras áreas del derecho?⁵² El autor pone como ejemplo los daños causados a los animales para brindarnos a los humanos comida, ropa o entretenimiento.⁵³

En el último capítulo del libro se analiza la necrofilia, uno de los delitos sexuales menos cometidos y menos perseguidos penalmente.⁵⁴ De allí que se trate de una clase de conducta cuyo tratamiento en el ámbito jurídico-penal ha sido más bien escaso pero que, no obstante, plantea interesantes interrogantes a nivel conceptual y moral. Luego de analizar ciertos aspectos psicológicos del fenómeno y de dar un panorama general sobre la legislación penal sobre necrofilia, Green se pregunta por la criminalización de esta clase de conducta. En particular, se cuestiona si es posible tener por satisfecho el principio liberal de daño en caso de una persona ya fallecida y, además, en qué consistiría el ilícito moral de las clases de conductas abarcativas de necrofilia.⁵⁵

Luego de este breve repaso por el contenido de cada sección del libro y de sus capítulos en particular, me centraré en formular algunas observaciones e interrogantes. En particular, me enfocaré en la legitimidad de la criminalización de ciertas (in)conductas sexuales.

En consonancia con sus libros previos (principalmente: *Lying, Cheating and Stealing. A Moral Theory of White-Collar Crime* y *Thirteen Ways to Steal a Bicycle: Theft Law in the Information Age*), Green aborda la pregunta de la criminalización legítima en un Estado de derecho liberal. A continuación, se ocupa de la pregunta sobre *qué* hace que una clase de conducta en el ámbito de los delitos de cuello blanco (por ejemplo, en el libro mencionado en primer lugar) o en el ámbito de los delitos contra la propiedad (por ejemplo, en el segundo libro mencionado) deba ser criminalizada. Su último libro centra la atención, esta vez, en la criminalización de conductas sexuales indebidas.

El enfoque sobre la criminalización preferido por Green en este libro es un híbrido: incorpora elementos tanto del consecuencialismo como del retribucionismo. Sin embargo, se ocupa con mayor detención en este último. Green asume que “es intrínsecamente incorrecto castigar a los autores de delitos que carecen de culpabilidad y que también es incorrecto castigar a los autores culpables más severamente de lo que merecen”.⁵⁶ En otras palabras, quienes no son culpables no deberían ser castigados por el Estado.⁵⁷

Green sostiene que, entre otros factores que el poder legislativo debe tener en cuenta a la hora de decidir qué clase de conducta criminalizar (como por ejemplo si los beneficios de la criminalización serían superiores a sus costos o si las sanciones penales servirían como un “último recurso” apropiado), es necesario que esa clase de conducta sea moralmente reprochable.⁵⁸ En este análisis, el foco no son los actos *concretos* de autores individuales en

⁵² GREEN (2020), pp. 346 y s.

⁵³ GREEN (2020), p. 350.

⁵⁴ GREEN (2020), p. 351.

⁵⁵ GREEN (2020), pp. 356 y ss.

⁵⁶ GREEN (2020), pp. XX y 40.

⁵⁷ GREEN (2020), p. 40.

⁵⁸ GREEN (2020), p. 40.

un caso particular de violación, exhibiciones obscenas, acoso sexual, etc. Más bien se examinan, como se señaló, *clases* de conducta⁵⁹ y se analiza en qué sentido deben ser entendidas como incorrectas moralmente.⁶⁰

En su último libro —al igual que en *Lying, Cheating and Stealing. A Moral Theory of White-Collar Crime*⁶¹ y en *Thirteen Ways to Steal a Bicycle: Theft Law in the Information Age*⁶²—, Green afirma que una clase de conducta es reprochable cuando es dañosa, ilícita y culpable. Dañosidad, ilicitud y culpabilidad (*mens rea*) son, por lo tanto, los tres elementos básicos de la incorrección moral o del contenido moral de los delitos.⁶³

Quisiera detenerme, en primer lugar, en el elemento de ilicitud moral, pues es el principal foco de atención a lo largo del libro de Green. Allí el autor usa el término ilicitud [*wrongfulness*] para referirse “principalmente a la lesión de los derechos de una víctima individual”.⁶⁴ De este modo, Green adopta un enfoque basado en derechos, a diferencia del enfoque basado en normas como el que siguió en el primer libro arriba mencionado. Este último consiste, básicamente, en “examinar un conjunto de normas morales cotidianas pero sin embargo poderosas”⁶⁵ y considera que la ilicitud moral se refiere a la lesión de alguna de estas normas morales cuando se comete un delito.⁶⁶ Y, como el propio Green argumenta, este enfoque es más específico que el enfoque basado en derechos pues, a diferencia de estos, aquellas normas cotidianas son bastante concretas.⁶⁷ Aquí surge el primer interrogante a la obra de Green: ¿por qué, entonces, el autor prefiere un enfoque basado en derechos en el ámbito de los delitos sexuales?⁶⁸

En segundo lugar, en el ámbito de los delitos sexuales, explica Green que “[l]a principal forma en que un acusado lesiona los derechos de una víctima [...] es infringiendo su autonomía sexual; y la forma más familiar de infringir la autonomía sexual de otra persona es sometiéndola a relaciones o contactos sexuales no consentidos”.⁶⁹ De acuerdo con esto, entonces, la ilicitud moral de los delitos sexuales es la lesión de la autonomía sexual de las víctimas, *usualmente* mediante su sometimiento a relaciones sexuales no consentidas.

⁵⁹ Esto es, en el sentido de “caso genérico” y no de “caso individual”. Sobre esta distinción, véase sobre todos ALCHOURRÓN/BULYGIN, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Buenos Aires, Astrea, 1998, pp. 57 y ss.

⁶⁰ GREEN (2020), p. 40.

⁶¹ GREEN (2006), pp. 30 y ss.

⁶² GREEN (2012), pp. 72 y ss.

⁶³ GREEN (2020), pp. 40-42; GREEN (2006), p. 44.

⁶⁴ GREEN (2020), pp. XX, 42; GREEN (2006), p. 41.

⁶⁵ GREEN (2006), p. 45.

⁶⁶ GREEN (2006), p. 39.

⁶⁷ GREEN (2006), p. 45.

⁶⁸ Si bien el texto no responde expresamente el porqué del apartamiento de su enfoque previo, en la mencionada conferencia en la Universidad de Wurzburg, Green respondió esta pregunta señalando que, a diferencia, por ejemplo, de los delitos de cuello blanco, la totalidad de los delitos sexuales giraban en torno siempre a la cuestión del consentimiento, más precisamente, de la ausencia de consentimiento de la víctima y con ello, de la lesión a su derecho individual de autonomía sexual.

⁶⁹ GREEN (2020), p. 42.

En base a lo anterior, surgen algunos interrogantes vinculados al papel que tiene el consentimiento en la definición de la ilicitud en los delitos sexuales. Primero, si la ausencia de consentimiento es la forma más habitual o común de vulnerar la autonomía sexual de otro, pero no la única, ¿hay otras formas, aparte de actuar sin el consentimiento de la víctima, mediante las cuales se puede vulnerar su autonomía sexual? Segundo, si la existencia de consentimiento se admite normalmente como defensa (como en los delitos de lesiones corporales [*battery*] o maltrato [*assault*]): ¿de qué manera la falta de consentimiento debería desempeñar un papel distintivo a la hora de definir la ilicitud de los delitos sexuales? A fin de cuentas, muchos delitos podrían definirse como “lesión de un derecho de otra persona sin su consentimiento”. A este respecto, tomaré prestadas las palabras de Tadros, quien afirma acertadamente que “el consentimiento desempeña un papel fundamental en el derecho penal. La mayoría de los delitos de los que se ocupa el derecho penal son dependientes del consentimiento”; si una eventual víctima ha consentido, esa persona no ha sufrido una ilicitud. “[L]a idea de que valoramos tener control sobre nuestras vidas, incluido, y esto es importante, el control sobre las acciones de otros que interferirían con nosotros, es fundamental para explicar estos ilícitos”.⁷⁰ El propio Green argumenta en su libro primeramente mencionado que, “si X e Y son boxeadores, existe una posibilidad razonable de que X cause a Y un daño grave. Pero, suponiendo que Y ha ‘consentido’ tal conducta [...] diríamos que X no ha cometido una ilicitud contra Y”.⁷¹ Como puede apreciarse, se trata de un ejemplo vinculado al delito de lesiones corporales y no a un delito sexual. Así pues, podría decirse que el consentimiento y la ausencia de consentimiento “funcionan como el eje en torno al cual girará con frecuencia la decisión de criminalizar”,⁷² pero no solo en el ámbito de los delitos sexuales, sino también en el de muchos otros delitos. Es nuevamente el propio Green quien sostiene que, después de todo, para los liberales “la línea entre el consentimiento y el no consentimiento es el punto de partida de cualquier discusión sobre la criminalización.”⁷³

Tercero, en los casos de agresión sadomasoquista, Green llega a la conclusión de que el planteamiento correcto en esta materia es el que se sigue en Alemania con relación al § 228 StGB.⁷⁴ Este párrafo penaliza las lesiones corporales consentidas solo cuando pueda decirse que con ello se ha atentado contra las “buenas costumbres”.⁷⁵ Y en las lesiones corporales por motivos sadomasoquistas, esto se configura según el Tribunal Supremo Federal alemán solo cuando la víctima se enfrenta a un “peligro concreto de muerte”.⁷⁶ La posición minoritaria de la doctrina alemana comparte esta interpretación.⁷⁷ En este caso, por tanto, la presencia de consentimiento es irrelevante como elemento que podría excluir la criminalización. Más bien, lo decisivo es el peligro que engendra el acto de sadomasoquismo y, por lo tanto, la razón de su criminalización tendría que basarse en la prevención del daño

⁷⁰ TADROS (2006), p. 222.

⁷¹ GREEN (2006), pp. 39 y s.

⁷² GREEN (2020), p. 19; véase también p. 44.

⁷³ GREEN (2020), p. 133.

⁷⁴ Según este párrafo: “Quien comete una lesión corporal con el consentimiento de la persona lesionada sólo actúa de forma antijurídica si, independientemente del consentimiento, el hecho es contrario a las buenas costumbres”. La traducción me pertenece.

⁷⁵ GREEN (2020), pp. 280 y 294.

⁷⁶ GREEN (2020), p. 280; BGHSt 49, 166.

⁷⁷ Véase ARZT (1970), pp. 36 y ss.; JAKOBS (1983), pp. 438 y s.; WEIGEND (1986), pp. 64 y s.

que podría causar un acto de sadomasoquismo tan particularmente peligroso.⁷⁸ Así pues, según esto, al final el consentimiento sería irrelevante no sólo para la criminalización, sino también para la ilicitud moral intrínseca de la conducta. Esto es interesante, ya que en Alemania el punto de vista mayoritario en la doctrina sobre el § 228 StGB parece prestar exclusiva atención a la ilicitud de tal comportamiento, ya que entienden que la lesión corporal atenta contra las “buenas costumbres” cuando es contraria al sentido de la decencia de toda persona sensata y razonable, para lo cual deben tenerse en cuenta la naturaleza, el alcance y la finalidad de la agresión.⁷⁹

Otro caso en el que ni el consentimiento ni la ilicitud moral parecen desempeñar ningún papel en la criminalización es el bestialismo. Según Green, el daño que el bestialismo puede causar a los animales se trata de “estados que se supone que hay que evitar”.⁸⁰ La única razón para la criminalización en este caso sería, una vez más, la prevención del daño.

Asimismo, si la violación se define como relaciones sexuales no consentidas, ¿por qué, entonces, deberían criminalizarse las conductas sexuales indebidas que impliquen relaciones sexuales (consentidas) entre un funcionario de prisiones y un recluso, las conductas sexuales indebidas que impliquen relaciones sexuales (consentidas) con una persona que padezca una discapacidad mental grave, las conductas sexuales indebidas que impliquen relaciones sexuales (consentidas) con un menor de edad,⁸¹ o similares? Estas clases de conducta serían criminalizadas como delitos *malum prohibitum* para, como explica Green, “evitar los problemas de una infra-ejecución y de infra-inclusión que suelen conllevar los delitos graves *malum in se*”.⁸² Como *malum prohibitum*, estos comportamientos serían ilícitos solo por el hecho de estar prohibidos. Por lo tanto, en este caso no se vulnera la autonomía sexual negativa y, además, existe el riesgo de que una legislación de este tenor impida a las personas ejercer su autonomía sexual positiva. Esto significa que el cumplimiento del requisito de ilicitud será difícil de justificar: sigue sin estar claro cuál es la ilicitud moral intrínseca de estos comportamientos. Podría pensarse que una razón para tal criminalización solo podría estar relacionada con la dañosidad de tales clases de conducta: es decir, para prevenir el riesgo de causar un “revés para los intereses”⁸³ significativo (en este caso, para prevenir la vulneración de la autonomía sexual).

Sin embargo, dado que Green sigue el enfoque tradicional del daño (es decir, el principio del daño de Mill, según el cual la criminalización solo se justifica si previene el daño a otros) y la prevención del daño es una razón consecuencialista, ello no explica por qué, desde una perspectiva no consecuencialista o deontológica, tales comportamientos son intrínsecamente moralmente ilícitos.

Para concluir, creo que *Criminalizing Sex* puede leerse en un orden cronológico a continuación de sus obras anteriores y formar un conjunto consistente y sólido en lo que refiere a teoría de la criminalización. Sin embargo, considero que en su última obra el autor

⁷⁸ GREEN (2020), p. 294.

⁷⁹ BGHSt 49, 34 (41); KINDHÄUSER y SCHRAMM (2022), p. 103; ROXIN (2006), pp. 558 y ss.

⁸⁰ GREEN (2020), p. 350; GREEN, (en prensa).

⁸¹ GREEN (2020), pp. 94-95.

⁸² GREEN (2020), p. 95.

⁸³ Véase GREEN (2020), p. 41; FEINBERG (1984), pp. 37-38.

se aparta parcialmente del enfoque dualista que él defiende, esto es, la idea de que el daño y la ilicitud moral son siempre elementos necesarios, aunque no suficientes, de una criminalización legítima.

Bibliografía citada

- ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio (1998): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Buenos Aires, Astrea).
- ARZT, Gunther (1970): *Willensmängel bei der Einwilligung* (Fráncfort, Athenäum).
- FEINBERG, Joel (1984): *Harm to Others* (*The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 1), (Nueva York, Oxford University Press).
- GARDNER, John; SHUTE, Stephen (2007): “The Wrongness of Rape”, en: GARDNER, John, *Offences and Defences – Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law* (Nueva York, Oxford University Press), pp. 1-32.
- GREEN, Stuart P. (2020): *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory* (Nueva York, Oxford University Press).
- GREEN, Stuart P. (en prensa): *La criminalización del sexo*, BEGUELIN, José; DIAS, Leandro; VERDE, Alejandra (trads.), SOLAVAGIONE, Lucía (revisora) (Marcial Pons).
- GREEN, Stuart P. (2012): *Thirteen Ways to Steal a Bicycle, Theft Law in the Information Age* (Cambridge y Londres, Harvard University Press).
- GREEN, Stuart P. (2006): *Lying, Cheating and Stealing. A Moral Theory of White-Collar Crime* (Nueva York, Oxford University Press).
- JAKOBS, Günther (1983): *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (Berlín y Nueva York, de Gruyter).
- KINDHÄUSER, Urs; SCHRAMM, Edward (2022): *Strafrecht Besonderer Teil I: Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft*, 10ª ed. (Baden-Baden, Nomos).
- MILL, John Stuart (2008): *On Liberty* (Oxford University Press).
- ROXIN, Claus (2006): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed. (Múnich, C. H. Beck), t. I.
- SCHAUER, Frederick (1991): *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life* (Oxford University Press, Nueva York).
- TADROS, Victor (2006): *Wrongs and Crimes* (Nueva York, Oxford University Press).
- WEIGEND, Thomas (1986): “Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen”, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* (vol. 98, n.º 1), pp. 44-72.