

MORAL, SEXUALIDAD Y DERECHO PENAL (p. 25)

José Hurtado Pozo

SUMARIO: *I. Introducción. II. Concepciones morales sobre la sexualidad. 1. Cristianismo. 2. Liberalismo. 3. Marxismo. 4. Feminismo. II. Sexualidad. 1. Sexo y género. 2. Creación de la sexualidad. 3. Sistema de control penal.*

I. INTRODUCCIÓN

En las reformas de la legislación penal, en las últimas décadas, ha jugado un papel muy importante la cuestión referente al criterio que afirma: todo delito debe comportar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. En la base de esta exigencia se encuentran dos ideas fundamentales: de un lado, el derecho penal es un derecho de actos y, por tanto, no debe reprimirse en razón de meras ideas, sentimientos o deseos que no se materialicen en actos modificadores del mundo exterior. De otro lado, el derecho penal no tiene como finalidad imponer a las personas una concepción moral o política determinada.

En los debates sobre si y en qué medida el derecho penal debe ser utilizado para regular los comportamientos de las personas en el dominio de la sexualidad, la crítica frecuentemente expresada respecto a las leyes penales ha consistido en afirmar que tienden a reforzar reglas morales basadas en concepciones patriarcales y autoritarias. De esta manera, se deja de lado la exigencia de que sólo se recurra al derecho penal para proteger los bienes jurídicos contra los ataques (p. 26) que perturban gravemente su conservación y goce por parte de las personas. Así mismo, se exige, de manera paternalista, la obediencia de las personas a reglas que imponen conductas consideradas normales y buenas¹.

Por esto, al abordar el derecho penal sexual, resulta indispensable plantearse la cuestión de las relaciones entre el derecho y la moral. Estas complejas y polivalentes relaciones no pueden ser explicadas y justificadas de manera unilateral. En esta perspectiva, Nino² considera que hay que distinguir dos tipos de relaciones entre el derecho y la moral: una a nivel de la justificación de las normas legales y otra al de su interpretación.

¹ JÄGER, p. 289 y ss.

² 1994, p. 23; cfr. DREHIER, p. 71 y ss.

El primer nivel de relación resulta evidente del simple hecho que se recurre, casi siempre, al derecho penal en ámbitos en los que rige un determinado principio moral. Muy raros son los casos en que se le emplea en áreas no concernidas por la moral: ámbitos de "indiferencia moral". En el de los comportamientos sexuales, es manifiesto que los criterios morales intervienen directamente cuando se delimita lo permitido de lo prohibido. De esta verificación, no hay que deducir que sea de propugnar la represión de todo comportamiento juzgado moralmente negativo. Hay que admitir, por el contrario, que no se puede comprender cabalmente por qué se reprime un comportamiento sexual si no se evidencian los criterios morales tomados en cuenta.

Respecto a la interpretación, el contexto moral en el que surge y se desarrolla el derecho penal determina que la interpretación de las normas sea un proceso preñado de apreciaciones de valor³. En palabras de Nino⁴, "el derecho no puede ser interpretado si no se recurre, en momentos cruciales de esa tarea interpretativa, a consideraciones de índole moral".

De modo que para entender por qué han sido establecidas normas represoras de ciertas conductas sexuales y cómo éstas han sido comprendidas y aplicadas, hay que considerar las concepciones morales sobre la sexualidad que las han inspirado. Sin pretensión de ser exhaustivos, presentaremos algunas de las más importantes de estas concepciones.

(p. 27)

II. CONCEPCIONES MORALES SOBRE LA SEXUALIDAD

1. Cristianismo

Por su importancia preponderante en la formación del pensamiento occidental, debe considerarse, en primer lugar, la ideología cristiana debe ser considerada. Esta ha jugado, en occidente, un papel decisivo en la evolución de las ideas y de la práctica en la sexualidad. Gracias principalmente a su influencia, la libertad sexual y la valoración positiva del placer sexual predominantes en el mundo grecolatino fueron substituidas por la condena generalizada de la sexualidad y la reglamentación estricta de su práctica⁵.

³ Ross, p. 58 y ss.

⁴ P. 128.

⁵ LE GOFF, 1999, p. 567; JOSEP FONTANA, p. 35.

Esta ética sexual⁶ ha conservado su enorme influencia y sólo en nuestra época ha sido cuestionada en sus fundamentos. Es imposible presentar, aun de manera resumida, los cambios que ha sufrido a lo largo de los siglos. De acuerdo con los historiadores, hay que señalar tres grandes sucesos: la reforma gregoriana, la imposición de un modelo de matrimonio monogámico indisoluble y exogámico, la unificación conceptual de los pecados de carne en el pecado de lujuria mediante la previsión de los siete pecados capitales.

La reforma gregoriana (Papa Gregorio VII) tuvo como uno de sus objetivos lograr un mejor control de los cleros. Con este objeto, por ejemplo cuestionó a los clérigos que habían comprado su ordenación o sus cargos (llamados clérigos simoníacos), con la finalidad de restringir el poder de los señores y príncipes de otorgar estos cargos. Trató de imponer el celibato y propugnó el ideal contemplativo que suponía la continencia, la virginidad. De esta manera, consagró la división sexual entre clérigos y laicos. Si bien el celibato era establecido para evitar que los hijos de los clérigos heredasen bienes eclesiásticos⁷, su imposición reflejaba también la manera de percibir la sexualidad. El matrimonio fue reservado para los laicos y se proclamó que sólo en su interior la actividad sexual era moralmente permitida y a condición que fuera practicada con el fin de procrear⁸. De esta manera, cuando el derecho canónico se constituye, en el siglo IV, el matrimonio es presentado como una concesión a los débiles e incompatible con la perfección cristiana. Al mismo tiempo que el celibato es impuesto a los clérigos, **(p. 28)** el carácter peligroso de la mujer es acentuado cada vez más⁹. A partir de la condena de la lujuria, se desarrolla la intolerancia hacia la homosexualidad y una especial manera de tratar la prostitución. Los pecadores sexuales serán calificados de réprobos y excluidos de la sociedad.

En sucesivas encíclicas esta concepción de la sexualidad ha sido ratificada y las violaciones a las pautas de comportamiento sexual establecidas han sido estrictamente condenadas. Los comportamientos que no eran conformes a estos criterios eran calificados de contrarios a la naturaleza y, por tanto, de inmorales. De donde se deducía fácilmente, por ejemplo, que el adulterio (práctica sexual fuera de matrimonio) y la masturbación o la

⁶ LE GOFF, 1999, p. 576 y ss.

⁷ FONTANA, p. 51.

⁸ KLAPISCH-ZUBER, p. 315 y ss.

⁹ DE BEAUVOIRE, vol. 1, p. 157.

homosexualidad (actos carentes de finalidad de procrear) debían ser reprimidos.

La justificación de esta concepción en base a su pretendida inspiración divina determinó que fuera considerada como inmutable. Por esta razón, la naturaleza humana, la sexualidad, la familia son concebidos de manera abstracta como entidades ajenas a toda evolución. De la misma manera, los criterios estatuidos respecto a la sexualidad son considerados dogmas absolutos y permanentes. La monogamia es percibida como fenómeno natural y única base de la vida comunitaria. No sorprende que esta concepción haya sido y sea fuertemente criticada por ser ajena a la historia y presentar las reglas de comportamiento que ha creado como si fueran verdades absolutas.

2. Liberalismo

La concepción liberal de la moral sexual tiene su base en las concepciones filosóficas que afirman la autonomía y la libertad de la persona. De acuerdo con esta manera de pensar, el factor determinante es el acuerdo de voluntades de las personas en las prácticas sexuales. Así, el límite de lo prohibido y permitido moralmente está condicionado por este acuerdo de voluntades recíproco, libre y debidamente informado. Se trataría de una especie de convenio consensual asumido por personas capaces de consentir libremente. Este contrato carece de validez si una de las partes es incapaz o si su consentimiento fue obtenido de manera fraudulenta o violenta. Las personas son libres y merecen que su dignidad sea respetada, de lo que se deduce la tolerancia en relación con los demás. La dignidad sería gravemente violada en la medida en que una de las partes utiliza **(p. 29)** a la otra como mero medio para alcanzar sus fines; por ejemplo, imponer mediante la violencia o el engaño prácticas sexuales a la otra parte. Así, el simple acuerdo no es suficiente para considerar moral la actividad sexual a una persona no libre. El principio kantiano "es moralmente incorrecto tratar a los demás meramente como medios para nuestros fines" completa el criterio contractual como determinante de lo que es moralmente prohibido en el ámbito sexual. Esta concepción ha sido criticada porque no tiene en cuenta que las personas son desiguales, hecho que condiciona negativamente la puesta de acuerdo entre las partes.

3. Marxismo

Estas deficiencias trataron de ser superadas por la ideología marxista, de acuerdo con la cual la condición de la mujer está determinada no por sus características biológicas, sino por su posición en la estructura económica

y social. Su dependencia está directamente en relación con los progresos técnicos y a la manera como es aligerada de sus obligaciones maternas por la sociedad. Por ejemplo, cuando, de un lado, la agricultura se desarrolló con el descubrimiento de los metales y la fabricación del arado y, de otro lado, surge la propiedad privada y la esclavitud, se produce la gran derrota del sexo femenino en la medida en que el hombre deviene el propietario de los bienes, comprendida la mujer y el derecho paternal substituye al maternal (transmisión de la tierra)¹⁰. La familia es considerada como un medio para someter económicamente a la mujer y promover la natalidad con la finalidad de aumentar la fuerza de trabajo de la sociedad. El hombre impone su voluntad en el dominio sexual. Según el marxismo, esta situación injusta sólo desaparecerá cuando se cambien las condiciones económicas que determinan su existencia. La libertad y, en particular, la libertad sexual depende de la desaparición de las clases sociales. Hecho que daría lugar a que el trabajo de la mujer se socialice y que ésta se integre de modo pleno en el dominio público¹¹.

Si se tiene en cuenta la experiencia de las sociedades en las que se trató de materializar la concepción marxista, hay que reconocer que la explicación que da de la situación de la mujer y del problema de orden sexual sólo resulta interesante en la medida que hace tomar consciencia de que la libertad de consentir no puede ser apreciada como si fuera ejercida siempre por personas libres de todo condicionamiento individual y social.

(p. 30)

4. Feminismo

Las concepciones propugnadas por los diversos movimientos feministas expresan críticas muy fuertes a las explicaciones que vienen de ser presentadas. Rechazando los criterios "naturales" a los que recurre el pensamiento católico y el de la libre autodeterminación de la persona preconizado por la concepción contractual, cuestionan de manera radical el sistema sexual predominante y favorable al hombre. Con este fin, buscan liberar la actividad sexual de los límites rígidos establecidos mediante la monogamia y la heterosexualidad; negar que el fin de las relaciones sexuales sea únicamente el de procrear; dejar de considerar a la sexualidad como hecho perteneciente sólo al ámbito eminentemente privado. En este contexto, se propone considerar moralmente permitida la

¹⁰ ENGELS, p. 80 y ss.; DE BEAUVOIRE, vol. 1, p. 96 y ss.

¹¹ ENGELS, p. 82 y ss.

actividad sexual cuando es practicada al "margen de los papeles tradicionales de dominación del hombre y sumisión de la mujer, si las mujeres no están políticamente victimizadas por su sexualidad y tienen el poder y la capacidad de controlar su acceso a ella y definirse por sí mismas"¹².

Las opiniones divergen tanto respecto a la manera como podrían alcanzarse estos objetivos, como sobre las condiciones que permitirían garantizarlos. La solución más radical es la de quienes plantean la separación total de hombres y mujeres y el recurso a la sexualidad para destruir la dominación del hombre. De manera pragmática, otros proponen la integración plena de la mujer en las actividades sociales y económicas, para lo que es indispensable liberarla de las cargas domésticas (comprendidas la que impone la maternidad) y reconocerle la igualdad en el trabajo y la remuneración. El objetivo es conseguir que las mujeres logren abandonar los estándares de conducta tradicionales y creen su propia sexualidad en oposición al dominio de los hombres. Esto no es factible en la medida en que ellas se socializan en el marco de los papeles sexuales creados por la sociedad.

El resumen esquemático de los criterios defendidos por los movimientos feministas da la impresión que existe consenso. Lo cierto es que las opiniones divergen y aun se contraponen. La concepción radical de la separación total de hombres y mujeres no es mayoritaria. La negación de la libertad de consentir o de la autodeterminación, en base a la afirmación que las mujeres están socialmente determinadas a actuar bajo la influencia del poder masculino, es igualmente **(p. 31)** criticada por el efecto perverso que tiene de revenir a lo que se trata de evitar, a los criterios paternalistas de protección de la mujer y de su incapacidad relativa.

Las críticas hechas a estas concepciones son múltiples y de diversa índole; las mismas son planteadas también por las propias feministas desde sus puntos de vista particulares. La tesis radical de la separación de hombres y mujeres parece poco viable y contradictoria en la medida que vuelve a los criterios naturalistas que se rechazan. El criterio de que las mujeres no pueden determinarse con autonomía por estar condicionadas por la opresión masculina conduce igualmente a un callejón sin salida, debido a que implica la necesidad de adoptar una actitud paternalista en favor de las mujeres y, por tanto, la negación de las reclamaciones justas de las mujeres.

¹² BELLIOTTI, p. 445.

II. SEXUALIDAD

1. Sexo y género

Las diversas concepciones morales, como también las de otra índole, sobre el comportamiento sexual de las personas y las diferentes maneras como ha sido regulado suponen se explique una cuestión previa: ¿qué es la sexualidad? Cuestión que, a pesar de su importancia, no ha sido analizada oportuna y suficientemente. Las respuestas que se dan están estrechamente vinculadas a la perspectiva que se adopta y casi siempre revelan la concepción patriarcal predominante.

Dos posiciones extremas deben ser, desde un inicio, descartadas. La primera es aquella que sublima la sexualidad y mediante la cual, consciente o inconscientemente, se oculta la realidad de la sexualidad en tanto fenómeno social. Así, se dice, por ejemplo, que cualquiera que sea el comentario que merece una explicación sobre la sexualidad, una primera constatación se impone: la sexualidad es un misterio. Pero, no comprendido en el sentido simple del término de que lo que concierne al sexo sería necesariamente obscuro e incomprensible. Sino más bien en el sentido fuerte de la palabra: no se terminará jamás de estudiar, de comprender, de elucidar la sexualidad¹³. Es evidente que criterios como éste no son instrumentos útiles para explicar "lo que la humanidad ha hecho de la hembra (p. 32) humana"¹⁴, ni tampoco para comprender y valorar la manera como se han regulado legislativamente los actos de carácter sexual prohibidos.

La segunda consiste en reducir la sexualidad a su dimensión biológica. Se la debe rechazar no porque se niegue la importancia que tienen los factores biológicos que caracterizan a las personas de sexo masculino y a las de sexo femenino, sino porque dichos factores no bastan para comprender la sexualidad y, menos aún, para determinar la jerarquía de los sexos. La sexualidad no es el sexo. La primera está determinada por la evolución de los mecanismos sociales establecidos para regular y controlar la vida sexual de las personas. Ignorar esto implica desconocer el proceso histórico que condiciona la manera de concebir la sexualidad; proceso que es influenciado por las condiciones políticas, económicas y sociales de cada época. En esta perspectiva alcanza todo su significado la afirmación de que no se nace mujer, sino que se deviene mujer¹⁵.

¹³ JALMONT, , p. 6.

¹⁴ DE BEAUVOIRE, vol. 1, p. 77.

¹⁵ DE BEAUVOIRE, vol. 2, p. 13.

En los análisis feministas se prefiere oponer sexo a género para destacar que el primero de orden biológico no es lo mismo que el segundo. Este último es llamado también sexo social, comprendido tanto en el sentido de la significación polivalente del sexo (por ejemplo, social, política, cultural, simbólica), como de su regulación normativa¹⁶. De esta manera, se parte también de la idea que el sistema social y cultural crea, modela la base natural: a partir del sexo se construye la sexualidad. El género, presentado como si fuera un hecho natural, tiene la función de atribuir a los individuos pertenecientes a uno u otro sexo capacidades y características consideradas de carácter universal. De esta manera, se explican y justifican las discriminaciones contra la mujer y, en particular, en el sistema de control social (del cual el sistema penal es sólo una parte).

2. Creación de la sexualidad

Si se tiene en cuenta la evolución histórica, se puede considerar, conscientes del carácter relativamente arbitrario de establecer hitos de este tipo, que la noción actual de sexualidad surge en el siglo XIX, concebida en tres perspectivas: como objeto de estudio científico, de control administrativo y de preocupación social. Los medios empleados para alcanzar este objetivo fueron métodos y técnicas de orden disciplinario, que constituían una manifestación del poder dirigido a **(p. 33)** controlar tanto al individuo como a la población. Uno de esos medios es la represión entendida como uso de la violencia y la coerción. Sin embargo, no es de exagerar la importancia de este factor, el mismo que se habría manifestado, sobre todo, en sistema legal penal. El aspecto legal y jurídico oculta el proceso real de sometimiento de las personas, en la medida en que simula los mecanismos sutiles del sistema social global. Este sistema "incita, induce, desvía, facilita, impide, amplía o restringe, hace más o menos probable; al extremo, coacciona o impide absolutamente"¹⁷. Así, gobierna las conductas de los individuos y de la colectividad: dirigiéndolas y controlándolas.

Toda la estrategia sutil de control es complementada por el desarrollo excepcional de la reflexión y del discurso sobre el sexo. Al respecto, Foucault considera a la confesión como uno de los medios utilizados, entendida como "la tarea, casi infinita, de decir, de decirse así mismo y de decir a terceros, lo más frecuentemente posible, todo lo que puede concernir al juego de los placeres, sensaciones y pensamientos

¹⁶ LABERGE, , p. 273.

¹⁷ FOUCAULT, p. 237.

innumerables que, a través del alma y del cuerpo, tienen alguna afinidad con el sexo".

Mediante el control y el discurso sobre la sexualidad, los comportamientos de las personas son clasificados. En la perspectiva religiosa, se toma especialmente en cuenta la noción de pecado. La misma que es utilizada para orientar el comportamiento sexual de las personas bajo la amenaza del castigo divino, pero sobre todo para justificar la represión penal de ciertas manifestaciones de la sexualidad consideradas como inmorales.

El poder, ejercido desde diversos puntos y niveles, se orienta primero a disciplinar el cuerpo y, al mismo tiempo, desarrolla una política dirigida, en particular, a establecer los reguladores del control de la población. Así, se abordan los problemas concernientes a la natalidad, a la evolución de la población, a la prostitución y a la determinación de los factores que condicionan la aparición y difusión de enfermedades. De esta manera, la sexualidad es percibida y tratada como una cuestión política y económica, lo que facilita y multiplica las injerencias en la vida sexual de las personas.

En el ámbito científico, se concibe como objeto de estudio el denominado "instinto sexual" y así se desarrolla un conocimiento especializado: control médico y (p. 34) y sanitario, especialmente psiquiátrico¹⁸. Se estudian sus anomalías, desviaciones, patologías o deformaciones con el fin de cuidar la salud de las personas. El objetivo es determinar las relaciones entre el individuo y el grupo¹⁹. Se crea la noción de histeria para afirmar que el cuerpo de la mujer está integralmente saturado de sexualidad. Noción que sirve para distinguir de manera especial a la mujer en oposición al hombre y para hacerla objeto de un tratamiento y regulación normativa discriminatoria. De la misma manera, la sexualidad infantil será calificada de peligrosa para controlar y orientar los comportamientos sexuales de los menores. Por ejemplo, para combatir la masturbación se le califica de pecado y, al mismo tiempo, se le considera la causa de enfermedades y de la degeneración. Otro caso es el de la homosexualidad, la que es considerada, junto con otras manifestaciones sexuales, como una perversión. Perversión que es utilizada para reprimir a los homosexuales y someterlos al régimen psiquiátrico. Por último, mediante la afirmación de la socialización de la función procreadora del acto sexual, se concluye

¹⁸ KILLIAS, p. 227; LABERGE, p. 277.

¹⁹ FONTANA, p. 97. Sobre el estudio del cuerpo de la mujer como instrumento de control en el Perú, consultar MANNARELLI, p. 73 ss., así como las obras citadas.

responsabilizando a la pareja tanto de la salud de la familia, como la de la comunidad.

3. Sistema de control penal

En este contexto, hay que preguntarse, de un lado, de qué manera el sistema de control penal ha contribuido a crear y reforzar las distinciones injustas entre los géneros en detrimento del femenino y, de otro lado, cómo dicho control ha tratado a las mujeres individuales con relación a la clase persona de sexo femenino²⁰. Ha mantenido y acentuado la distinción, fuente de discriminación, mediante la regulación normativa de las manifestaciones sexuales, la misma que siempre está en relación a la situación social y cultural en que se encuentran las mujeres. Por esto, sin dejar de ser útil, lo fundamental no es el análisis del poder represivo, sino más bien los diversos y sutiles mecanismos por los que se fabrican los sujetos (entre otros, el sujeto mujer), se les somete a determinados moldes de conducta y se elabora un discurso sobre sujetos y comportamientos que, aun en apariencia crítico de la represión, forma parte del sistema que denuncia.

Ejemplos relevantes son la regulación del aborto con relación a la procreación responsable y a la disponibilidad de su cuerpo; la del adulterio respecto al supuesto (p. 35) honor del hombre y de la familia; la de la violación con referencia a la autoridad del marido como jefe de familia con poder de obligar a la mujer a someterse a ciertos comportamientos; la de la prostitución y de la pornografía con relación al uso y disposición del cuerpo de la mujer como productor de placer.

El hecho de que las estadísticas muestren que las mujeres constituyen un porcentaje mínimo tanto de las personas que cometen delitos como de las que son condenadas por delincuentes, no significa necesariamente que sean tratadas de manera privilegiada por el sistema represivo. Admitir esto implica considerar a este sistema de control como estando sólo constituido por el derecho penal positivo. La elaboración y aplicación de las normas penales es el fruto del sistema social y cultural de una sociedad en una época determinada. El derecho penal sólo es uno de los medios del sistema de control social. En esta perspectiva, si las mujeres no son el objeto inmediato de la represión penal, no dejan de sufrir todos los efectos que produce su funcionamiento. No hay que dudar que la discriminación no sólo está referida a la mujer como sujeto del sistema penal (delincuente) sino sobre todo como víctima de delitos. Si como clase de

²⁰ LABERGE, p.276.

sexo, en particular como persona, el sistema penal prevé que la mujer debe ser tratada según el principio de la igualdad, en la práctica y, en especial, en el proceso penal la mujer como víctima (por ejemplo de delitos sexuales) es objeto de un trato individual discriminatorio.

Al respecto, es de volver a destacar que el papel más importante no desempeña el recurso a la represión entendida como uso de la violencia y la coerción penales, sino sobre todo las estrategias sutiles de control social. Estrategias que han permitido disciplinar, regular, someter los individuos y, así mismo, las colectividades; logro que ha hecho posible dejarles mayores márgenes de libertad. Libertad que implica, en consecuencia, de un lado, un control más estricto tanto de cuerpos como de conductas y, de otro lado, el control o represión de sí mismo.