

El concepto de "acto de naturaleza sexual" en el derecho penal

Beatriz Corrêa Camargo
Universidade Federal de
Uberlândia

Joachim Renzikowski
Martin-Luther-Universität Halle –
Wittenberg

Sumario

-

Todos los sistemas jurídicos asumen el concepto de un acto de naturaleza sexual al regular los delitos sexuales. Los esfuerzos realizados hasta el presente para aclarar este concepto no han sido suficientes. El Derecho penal alemán tampoco tiene tal definición, pese a que el § 184h StGB exige la práctica de un acto sexual relevante. Nuestro trabajo trata de superar este déficit. Los actos sexuales no deben ser entendidos a través de la metáfora de una fotografía, como entienden los académicos alemanes, sino con la metáfora de un guión interpretado por un actor, como dicen los teóricos de la sexualidad.

Abstract

-

All systems of law assume a concept of an act of a sexual nature by regulating sexual crimes. All efforts to clarify this concept were in vain. The German criminal law does not have such a definition either, although § 184h of the German Criminal Code requires the execution of a relevant sexual act. Our paper tries to overcome this deficit. Sexual acts should not be understood through the metaphor of a picture, as German legal scholars believe, but with the metaphor of a script played out by an actor, as sexual theorists put it.

Abstract

-

Alle Rechtsordnungen setzen einen Begriff der sexuellen Handlung voraus, indem sie die Sexualdelikte regulieren. Bemühungen, diesen Begriff zu klären, wurden vergeblich unternommen. Auch im deutschen Strafrecht gibt es eine solche Definition nicht, obwohl § 184h StGB die Praxis einer relevanten sexuellen Handlung verlangt. Unser Aufsatz versucht, dieses Defizit zu überwinden. Sexuelle Handlungen sollten nicht durch die Metapher eines Bildes verstanden werden, wie deutsche Rechtswissenschaftler glauben, sondern mit der Metapher eines Drehbuchs, das von einem Schauspieler gespielt wird, wie Sexualtheoretiker es ausdrücken.

Title: *The concept of an "act of a sexual nature" in the criminal law*

Titel: *Zum Begriff der sexuellen Handlung im Strafrecht*

-

Palabras clave: *Delitos Sexuales, Acto Sexual, Elementos Subjetivos del Delito, Autodeterminación Sexual*

Keywords: *Sexual Crimes, Sexual Act, Crime Intent, Sexual Autonomy*

Stichwörter: *Sexualdelikte, Sexuelle Handlung, Subjektive Tatbestandsmerkmale, Sexuelle Selbstbestimmung*

-

DOI: 10.51009/InDret.2021.i1.05

-

1.2021

Recepción
22/06/2020

Aceptación
16/10/2020

-

Índice

-

1. Presentación del problema

2. Perspectivas objetivas y subjetivas en la definición del acto sexual

2.1. Enfoques objetivos

2.2. Ampliación del debate mediante la penalización del acoso sexual

2.3. Crítica a los enfoques subjetivos

3. Fundamentos: La (inter)acción sexual como comunicación


3.1. ¿El acto sexual como una acción "natural"? De una comprensión de la sexualidad basada en la imagen a una comprensión basada en la "escenificación" (*Inszenierung*)

3.2. Característica subjetiva de la acción sexual y la intención de satisfacción sexual

4. Reflexión final

5. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Presentación del problema*

«Todas las definiciones de "lo sexual" que conozco son tautológicas, vagas o poco interesantes. Y, sin embargo, el concepto de "lo sexual" que adopte quien hable sobre la sexualidad es de crucial importancia para el análisis y juicio de la naturaleza de la realidad sexual».¹

En el famoso caso estadounidense *State v. Kargar* se condenó al refugiado afgano Kargar por abusar sexualmente de su hijo de 18 meses. Según el Código Penal del Estado de Maine, se entiende por acto sexual "todo acto entre dos personas que implique un contacto físico directo entre los genitales de uno y la boca o el ano de la otra (...)".² Siguiendo la costumbre afgana, Kargar había besado el pene de su hijo en varias ocasiones. Este evento había sido presenciado en su propia casa por sus invitados, entre los que se contaba la hija del denunciante, una vecina estadounidense de Kargar. Esta vecina ya había visto con anterioridad una fotografía en la que Kargar también estaba besando el pene de su hijo. El Tribunal Supremo de Maine consideró que las acciones de Kargar estaban excusadas (en el sentido de una *Defense*) en consideración a su cultura. Según el Tribunal, «los testigos de Kargar, todos ellos emigrantes relativamente recién llegados de Afganistán, declararon que besar el pene de un hijo es común en Afganistán, que es algo que se hace para mostrar amor por el niño, y que es lo mismo si se besa el pene o se pone completamente en la boca porque no hay sentimientos sexuales involucrados».³ Kargar no tenía ninguna duda de que el abuso sexual de niños es un delito. Como quedó probado ante el Tribunal, él conocía la prohibición islámica de que cualquier actividad sexual entre un adulto y un niño puede ser castigada con la muerte.

Este clásico ejemplo de *cultural defenses* es interesante precisamente porque muestra los límites de la legislación en materia sexual: el beso de Kargar no fue un acto criminal que necesitara ser excusado, pues, de entrada, este acto no fue de naturaleza sexual. La argumentación del Tribunal apunta a dos componentes que excluyen la naturaleza sexual del beso de Kargar. Objetivamente, reconoce que el caso se refiere a la costumbre afgana, según la cual los besos paternos en el pene son una expresión común de amor en las relaciones familiares. Además, los sentimientos del acusado se consideran relevantes como elemento subjetivo de su acción, a saber, porque el contacto oral con los genitales no excita ningún "sentimiento sexual".

* Autores de contacto: Joachim Renzikowski, joachim.renzikowski@jura.uni-halle.de; Beatriz Correa Camargo, beatrizcorreacamargo@gmail.com. Título original: «*Zum Begriff der sexuellen Handlung im Strafrecht*». Traducción a cargo del Dr. Luis Alberto Jiménez Bernal (Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg). Este trabajo se desarrolló con el apoyo de Alexander-von-Humboldt-Stiftung y la Coordinación para el Mejoramiento del Personal de Educación Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamiento 001.

¹ DANNECKER, *Das Drama der Sexualität*, 1992, p. 10.

² Maine Criminal Code, § 251 (1) .C: «"Sexual act" means: (1) Any act between 2 persons involving direct physical contact between the genitals of one and the mouth or anus of the other, or direct physical contact between the genitals of one and the genitals of the other; (2) Any act between a person and an animal being used by another person which act involves direct physical contact between the genitals of one and the mouth or anus of the other, or direct physical contact between the genitals of one and the genitals of the other; or (3) Any act involving direct physical contact between the genitals or anus of one and an instrument or device manipulated by another person when that act is done for the purpose of arousing or gratifying sexual desire or for the purpose of causing bodily injury or offensive physical contact».

³ *State of Maine, v. Mohammad KARGAR*, Tribunal Judicial Supremo de Maine, publicado el 20 de junio de 1996, 679 A.2d 81 (Me. 1996).

La decisión de la Corte Suprema de Justicia de Maine va más allá de una interpretación superficial del Código Penal de Maine. A primera vista, este Código define el acto sexual pertinente en términos puramente objetivos: el contacto de la boca con genitales extraños parece ser suficiente. Si el Tribunal da importancia al aspecto subjetivo del comportamiento del acusado, esto significa que se exigen requisitos adicionales de responsabilidad penal a su favor. A diferencia del Código Penal americano de Maine, el Código Penal alemán (de aquí en adelante "StGB") no contiene una definición de acto sexual. El § 184h del StGB sólo limita el castigo a los actos sexuales "de cierta relevancia".⁴ El concepto de "acto sexual" es controvertido en el Derecho penal alemán.⁵ Ello depende de la perspectiva que se adopte: 1) la perspectiva subjetiva del autor,⁶ 2) la perspectiva subjetiva de la víctima,⁷ 3) de un enfoque subjetivo-objetivo,⁸ o 4) exclusivamente del aspecto objetivo de la acción.⁹

A continuación, se defenderá la tesis de que no sólo las normas culturales objetivas, sino también la intencionalidad subjetiva del actor se puede tener en cuenta al evaluar un acto como "sexual". Sin embargo, no estamos sosteniendo un enfoque subjetivo-objetivo como el que se defiende comúnmente en la discusión alemana. Por el contrario, el objetivo es mostrar que un acto sexual es un acto de comunicación. En otras palabras: lo relevante es el lenguaje de la sexualidad. Así pues, un acto de naturaleza sexual como término legal debe entenderse siempre en el marco de una perspectiva objetivo-subjetiva, del mismo modo que la comunicación en un idioma determinado presupone que los interlocutores de la conversación comprendan el significado (objetivo) de las palabras utilizadas. El concepto jurídico de "acto sexual", por tanto, coincide en gran medida con la comprensión general del comportamiento sexual. Sin embargo, la coincidencia no es plena, pues no todos los actos sexuales son *per se* relevantes para el Derecho penal, sino sólo los actos que representan una violación grave de la autonomía sexual de otra persona.

⁴ El § 184h StGB establece: «A los efectos de la presente ley, 1) los actos sexuales son sólo los que tienen cierta relevancia con respecto al respectivo bien jurídico protegido, 2) los actos sexuales en presencia de una tercera persona son sólo aquellos que son realizados por una persona distinta a la que los observa».

⁵ El concepto de acto sexual también es controvertido en España, como demuestra el estudio de RAGUÉS I VALLÈS, «Los elementos subjetivos no escritos: ¿hacia su definitiva desaparición?», en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (dir.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, 2017, pp. 815-827. El autor defiende una perspectiva mixta de carácter objetivo y subjetivo, similar a la perspectiva defendida en este artículo.

⁶ En este sentido, por ejemplo, *BT-Drucksache 18/9097*, § 184i del StGB, «Acoso sexual», pp. 29 ss.

⁷ Esto parece presuponer la característica del «acoso» en el § 184i del StGB: véase FISCHER, «§ 184i», *StGB*, 67ª ed., 2020, nm. 7. En España, véase GUARDIOLA GARCÍA, «Especiales elementos subjetivos del tipo en derecho penal: aproximación conceptual y contribución a su teoría general», *Revista de derecho y proceso penal*, 2001, pp. 86-87; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 737 s.

⁸ En la doctrina dominante, por ejemplo, EISELE, «§ 184h», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 30ª ed. 2019, nm. 6, con más evidencias. En España, véase ORTS BERENGUER, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Derecho Penal: Parte Especial*, 6ª ed., 2019, p. 232.

⁹ Por ejemplo, HÖRNLE, «§ 184h», *MiK-StGB*, t. 3, 3ª ed., 2017, nm. 3 s. En España, véase MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal: Parte Especial*, 22ª ed., 2019, pp. 207-210.

2. Perspectivas objetivas y subjetivas en la definición del acto sexual

2.1. Enfoques objetivos

No es fácil formular una definición concreta del sentido sexual de un acto, aunque su significado en el caso individual parece ser obvio. Esto explica que resulte muy cómoda una solución basada en la fórmula "lo reconozco cuando lo veo" (*"I-know-it-when-I-see-it"*), tal como lo expresó el juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Potter STEWART, con respecto a la definición de pornografía.¹⁰ Por lo tanto, no es sorprendente la gran casuística que caracteriza la discusión común sobre la definición de "acto sexual" en Derecho penal.

La solución más clara parece ser la que proviene de un enfoque puramente objetivo. Según este último, el sentido sexual de un comportamiento se debe definir en virtud de la "apariciencia externa" de dicho comportamiento.¹¹ Conforme a este concepto, el criterio decisivo lo constituyen las «condiciones marco objetivas desde la perspectiva del observador que percibe todos los detalles del acontecer».¹² Sin embargo, el problema de esta explicación es que no determina de manera sustantiva cuál debe ser exactamente la apariciencia externa de un acto sexual ni cuál es el contenido de tales condiciones marco objetivas. HÖRNLE considera, por ejemplo, que las percepciones sensoriales son el fundamento básico para reconocer un acto sexual. Esto incluye percepciones ópticas, pero también acústicas, táctiles y olfativas.¹³ Además, hay actos que se consideran obviamente sexuales como, por ejemplo, la penetración vaginal o anal a través del pene o cualquier otro objeto.¹⁴ Ahora bien, los problemas derivados de un enfoque puramente objetivo se ponen de manifiesto en el caso Kargar que se ha mencionado anteriormente, pues "la imagen" de la boca del padre en el pene de su hijo indica un sentido sexual y, sin embargo, el acto no tiene significado sexual alguno.

El enfoque objetivo también resulta demasiado limitado para resolver ciertas constelaciones de casos, en concreto, en las denominadas "acciones ambivalentes", cuyo sentido sexual no se puede deducir claramente de su apariciencia externa, como es el caso de los exámenes físicos o las acciones violentas que afectan a la zona genital. El ejemplo clásico es el caso del ginecólogo que se excita durante el examen físico de su paciente y se satisface sexualmente. En este caso, parte de la literatura entiende que es imposible deducir la significación sexual del acto únicamente del aspecto externo de la acción y, por lo tanto, sostienen que para castigar tal acto, hay que tener en cuenta además la motivación sexual del médico. Según esta opinión, que es parcialmente subjetiva, las acciones ambiguas podrían considerarse actos sexuales si el autor actúa con la intención de excitarse o satisfacerse sexualmente.¹⁵ En cambio, los defensores de

¹⁰ LEMBKE, «Sexualität und Recht: eine Einführung», en LEMBKE (ed.), *Regulierungen des Intimen*, 2017, pp. 13 s.

¹¹ LAUFHÜTTE/ROGGENBUCK, «§ 184g», *LK-StGB*, t. 6, 12ª ed., 2009, nm. 5 ss.

¹² HÖRNLE, «§ 184h», *MüK-StGB*, t. 3, 3ª ed., 2017, nm. 3; también WOLTERS, «§ 184h», *SK-StGB*, 9ª ed., 2017, nm. 3 ss.

¹³ HÖRNLE, «§ 184h», *MüK-StGB*, t. 3, 3ª ed., 2017, nm. 2.

¹⁴ HÖRNLE, «§ 184h», *MüK-StGB*, t. 3, 3ª ed., 2017, nm. 2.

¹⁵ FISCHER, «§ 184h», *StGB*, 67ª ed., 2020, nm. 4.a; LACKNER/KÜHL/HEGER, «§ 184h», *StGB*, 29ª ed., 2018, nm. 2; EISELE, «§ 184h», *SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB*, 30ª ed., 2019, nm. 6.

la teoría objetiva niegan que el médico del ejemplo deba ser castigado,¹⁶ pues desde un punto de vista objetivo, el comportamiento del médico sólo puede ser relevante para el Derecho penal si durante el examen médico da señales externas de la experiencia sexual que está teniendo, por ejemplo, mediante conversaciones o gemidos de carácter sexual.¹⁷

2.2. Ampliación del debate mediante la penalización del acoso sexual

La criminalización del acoso sexual reavivó la vieja discusión sobre si las acciones, como acariciar un brazo, tienen carácter sexual debido a la intención de excitarse o satisfacerse sexualmente de aquella persona que realiza el tocamiento.¹⁸ En la década de 1950, en países como Brasil o Italia se rechazó la consideración de ese tipo de tocamientos en los brazos como un acto de carácter sexual, no sólo por la irrelevancia del acto en sí, sino también porque expresaría un "libido anormal" del agente.¹⁹ En el Derecho penal alemán de esa época, la naturaleza sexual de un acto también se definía conforme al "sentimiento saludable" de una persona "normal", en contraposición con los sentimientos de una «*persona o grupo exageradamente mojigato o poco tolerante y laxo*».²⁰

Actualmente, en Alemania se ha formulado la propuesta de evaluar los contactos corporales poco invasivos conforme a la teoría del "comportamiento socialmente adecuado" (*Sozialüblichkeit*). En concreto, en lo que atañe a la prohibición del acoso sexual, los penalistas alemanes consideran importante evaluar objetivamente la connotación sexual del contacto físico y rechazan hacer depender la calificación del contacto de la intención sexual de la persona.²¹ Según este punto de vista, no se debe llegar a la conclusión errónea de criminalizar un contacto físico típico y cotidiano, como el toque de un brazo, basándose en el interés sexual de la persona que realiza el contacto físico. En este sentido, el informe final de la Comisión Alemana de Reforma del Derecho Penal Sexual subraya que «*la intención sexual del delincuente*» no debería ser relevante; de lo contrario, todo intento de intimidación sexual a través del contacto físico estaría sujeto a castigo conforme al § 184i StGB. A juicio de la Comisión, el mero hecho de tocar «*con el fin de tener un contacto sexual consentido*» no debería ser evaluado como una conducta de acoso sexual.²²

Sin embargo, la teoría del comportamiento socialmente adecuado no está exenta de problemas. Según esta teoría, los contactos físicos se considerarán socialmente normales si se producen

¹⁶ HÖRNLE, «§ 184h», *MiK-StGB*, t. 3, 3ª ed., 2017, nm. 4; LAUFHÜTTE/ROGGENBUCK, «§ 184g», *LK-StGB*, t. 6, 12ª ed., 2009, nm. 6; RENZIKOWSKI, «Die böse Gesinnung macht die Tat. Zur aktuellen Debatte über die Kinderpornographie», *FS-Beulke*, 2015, p. 524.

¹⁷ HÖRNLE, «§ 184h», *MiK-StGB*, t. 3, 3ª ed., 2017, nm. 5; RENZIKOWSKI, *FS-Beulke*, 2015, p. 524.

¹⁸ HOVEN/WEIGEND, «„Nein heißt Nein“ - und viele Fragen offen zur Neugestaltung der Strafbarkeit sexueller Übergriffe», *JZ*, (4), 2017, p. 189.

¹⁹ HUNGRIA, «Arts. 197 a 249», en HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, v. VIII, 5ª ed., 1981, p. 123.

²⁰ MEZGER, «Vor §§173 ff.», *LK-StGB*, t. 2, 8ª ed., 1958, nm. 2.

²¹ HÖRNLE, «Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung», *NStZ* (1), 2017, pp. 20 s.; HOVEN/WEIGEND, *JZ*, (4), 2017, p. 189; crítico, CAMARGO, «Die Strafbarkeit der sexuellen Belästigung durch körperliche Berührung», *ZStW*, (3), 2019, p. 611.

²² Véase el informe emitido por el Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz, *Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht*, 2017, pp. 83 s., 309 s. (disponible en http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.html). En el mismo sentido, BEZJAK, «Reformüberlegungen für ein neues Sexualstrafrecht», *ZStW*, (2), 2018, p. 328.

fuera del contexto de una relación íntima.²³ Con todo, este criterio resulta algo confuso: algunas personas solo aceptan besos en la mejilla de parte de sus parejas sexuales. En cambio, en algunas culturas, el beso en la mejilla es una forma común de saludo. El contacto físico con el cuerpo desnudo, por ejemplo, durante los exámenes médicos es algo socialmente normal y, por lo tanto, es una conducta que se sitúa fuera de las relaciones íntimas.²⁴ A pesar de ello, no tiene sentido clasificar tocamientos y besos corporales como "asexuales" sólo por el hecho de que también se produzcan en el contexto de la interacción social cotidiana.

En última instancia, el límite entre el contacto socialmente habitual y contacto sexual se define sobre la base de la parte del cuerpo objeto del tocamiento. Según autores como HÖRNLE, FISCHER, NOLTENIUS, HOVEN y WEIGEND, tocar la mano, el brazo, el hombro, la pierna y el pie, así como una palmada en las nalgas vestidas, los besos en la mejilla y los abrazos *a priori* no constituyen actos sexuales, aunque exciten sexualmente al actor o la persona que los recibe sienta que está siendo sexualmente agredida.²⁵ Sin embargo, si "los gemidos" y las "conversaciones de contenido sexual" durante los exámenes médicos pueden ser relevantes para calificar un comportamiento como conducta sexual, lo mismo debería aplicarse a otros tipos de contacto físico.²⁶

Aquellas legislaciones que, como el Código Penal de Maine,²⁷ definen un catálogo de comportamientos sexuales relevantes, o aquellas legislaciones que, como el Código penal austríaco (§ 218, párrafo 1.a), definen el acoso sexual como «*toque intenso de una parte del cuerpo que se considera parte de la esfera sexual*», ofrecen un cierto grado de seguridad jurídica. Sin embargo, sigue siendo dudoso que se pueda establecer un límite únicamente sobre la base de criterios objetivos.

2.3. Crítica a los enfoques subjetivos tradicionales

Aunque la perspectiva puramente objetiva topa con dificultades en los casos límite, lo cierto es que su propuesta de acudir a criterios objetivos para definir la naturaleza sexual de un acto tiene su base en un escepticismo justificado frente a los intentos de definir subjetivamente el acto sexual. Básicamente, la perspectiva objetiva rechaza el enfoque subjetivo con el argumento de que la connotación sexual de una acción no puede depender de lo que ocurre dentro de la cabeza del actor.²⁸ En concreto, la perspectiva objetiva detecta en la concepción subjetiva principalmente dos problemas. Por un lado, los críticos del enfoque subjetivo temen que se produzca un uso demasiado amplio del término "acto sexual", fruto de basarse únicamente en la motivación del actor. A primera vista, la crítica tiene sentido: imaginar que se

²³ HÖRNLE, *NStZ*, (1), 2017, p. 21; también NOLTENIUS, «§ 184i», *SK-StGB*, 9ª ed., 2017, nm. 5.

²⁴ CAMARGO, *ZStW*, (3), 2019, p. 612.

²⁵ Ver los ejemplos en FISCHER, «§ 184i», *StGB*, 65ª ed., 2018, nm. 5ª; HOVEN/WEIGEND, *JZ* (4), 2017, p. 189; HÖRNLE, *NStZ*, (1), 2017, p. 21; NOLTENIUS, «§ 184i», *SK-StGB*, 9ª ed. 2017, nm. 5; pero más adelante RENZIKOWSKI, «§ 184i », *MiK-StGB*, nm. 11.

²⁶ En este sentido, CAMARGO, *ZStW*, (3), 2019, p. 618.

²⁷ Maine Criminal Code, § 251 (1), en particular (C) y (D).

²⁸ Por ejemplo, HÖRNLE, *NStZ*, (1), 2017, p. 21, afirma que «*el significado de un tocamiento no debe evaluarse sobre la base de los motivos del actor, sino desde un punto de vista objetivo*». En este sentido, BEZJAK, «Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers», *KJ*, (4), 2016, p. 568.

está teniendo una relación sexual con una persona es algo diferente a tenerla realmente. Como muestra el ejemplo del ginecólogo mencionado anteriormente, los meros procesos internos de una persona no deben ser en sí objeto de castigo.²⁹ Esta idea también es relevante para el castigo de la pornografía infantil: las fotos de niños no devienen pornográficas sólo porque su dueño haya querido excitarse al mirarlas.³⁰ Por ello, mediante la exigencia de un mínimo de objetividad en la definición de un acto sexual, se evita que las meras preferencias sexuales sirvan de base para una acusación penal. Por otro lado, los críticos objetan que, en ciertos casos, el enfoque subjetivo no es suficiente; especialmente cuando se requiere la "intención sexual" específica del actor de excitarse o satisfacerse sexualmente. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal del Reich alemán (*Reichsgericht*) afirmó que «*el acto en sí mismo ha de estar impregnado internamente por una intención libidinosa del autor*». Con esta justificación subjetiva, el Tribunal confirmó en una sentencia de 1895 la absolución de un hombre que tocó los genitales de una niña de nueve años por debajo de la ropa. Según el Tribunal, la absolución estaba justificada porque no se podía determinar si el acusado había tenido la intención de «*despertar o satisfacer su deseo sexual a través de este acto*» o si había actuado simplemente para hacer una broma.³¹ La literatura brasileña también exigió dicha intención sexual durante mucho tiempo.³² MEZGER en su comentario al Código Penal basado en la jurisprudencia más antigua, afirmó que «*los actos de broma, los castigos desvergonzados en el cuerpo desnudo, desnudando a la persona maltratada por ira, los actos por superstición, curiosidad o el deseo de saber o, incluso, los actos con fines de diagnóstico, terapéuticos u otros fines médicos, científicos o artísticos*»³³ no deben considerarse actos sexuales. Pues bien, hoy en día algunas legislaciones siguen definiendo el comportamiento propio del delito sexual basándose en la intención de excitar o satisfacer sexualmente "a sí mismo o a un tercero".³⁴ En resumen, el problema de la concepción subjetiva es que si la naturaleza sexual de un acto solo se puede basar en la intención de obtener placer sexual, habría que excluir de muchas acciones del concepto de acto

²⁹ LAUFHÜTTE/ROGGENBUCK, «§ 184g», *LK-StGB*, t. 6, 12ª ed., 2009, nm. 6; RENZIKOWSKI, *FS-Beulke*, 2015, p. 524.

³⁰ RENZIKOWSKI, *FS-Beulke*, 2015, pp. 524 ss., pero de manera diferente BGH, *NStZ*, 2011, pp. 570 s., por lamer un pepinillo.

³¹ Véase *RGSt* (28), pp. 77-80. El placer sexual como característica subjetiva de la acción aparece aquí en dos sentidos: uno como la intención del perpetrador de satisfacerse a sí mismo, y el otro como la potencial excitación sexual de la víctima.

³² HUNGRÍA, «Arts. 197-249», en HUNGRÍA, *Comentários ao Código Penal*, v. VIII, 5ª ed., 1981, pp. 122 s.

³³ MEZGER, «Vor §§173 ff.», *LK-StGB*, t. II, 8ª ed., 1958, nm. 2.

³⁴ Por ejemplo, el artículo 215-A del Código Penal brasileño, que prohíbe la práctica de «*un acto sexual contra una persona sin su consentimiento con el fin de satisfacer la lujuria propia o de un tercero*». También el apartado 2 del artículo 205 - A del Código Penal austríaco contiene ese tipo de intención sexual mediante la prohibición de la agresión sexual: «*Del mismo modo, será castigado quien induzca a una persona en la forma descrita en el párrafo 1 a realizar o tolerar una relación sexual o un acto sexual equivalente al coito con otra persona o, con el fin de excitarse o satisfacerse sexualmente a sí mismo o a un tercero, provocando de esta manera la realización de un acto sexual involuntario que equivale a una relación sexual en sí mismo*». Esta mala técnica legislativa debe entenderse más bien como un signo de la dificultad del legislador para encontrar una buena definición de un acto de "naturaleza sexual" para los ámbitos legislativos. BINDING ya señaló, con respecto a este tipo de problema, que «*el propio legislador a menudo no sabe lo que quiere prohibir y, por lo tanto, vincula la práctica jurídica al tipo de intención delictiva erróneamente determinada por él*» (BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung – eine Untersuchung über die Rechtsmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, 2ª ed., 1916, p. 1139).

sexual que, si bien no pueden describirse como búsqueda de satisfacción sexual, son (o deberían ser) reconocidos como actos sexuales.³⁵

Un ejemplo especialmente drástico es el caso de la violencia sexual en el contexto de los conflictos armados. En el plano internacional, al menos desde los conflictos de Bosnia y Ruanda, con la expresión "violación como arma de guerra"³⁶ se hace referencia a los casos de violencia perpetrados concretamente contra las mujeres y las niñas con el propósito de «humillar, dominar, infundir miedo, dispersar y/o reubicar por la fuerza a los miembros civiles de una comunidad o un grupo étnico».³⁷ Estos casos muestran que el reconocimiento de un acto como violación de la autonomía sexual de la víctima no puede depender de cómo se sienta el autor del delito o de si sus acciones tienen también otros propósitos, además de la satisfacción sexual. No obstante, hay buenos argumentos a favor de una concepción distinta de aquella intención relevante en la definición del acto de naturaleza sexual. Como se examinará a continuación, tiene sentido una definición de acto sexual que incluya no solo elementos objetivos, sino también elementos subjetivos de la acción. Según el enfoque objetivo-subjetivo que defendemos, el elemento objetivo de la acción es una condición necesaria pero no suficiente para la calificación de un acto como sexual; además es necesario que el propio autor entienda su conducta como de naturaleza sexual en las circunstancias particulares de su actuación.

3. Fundamentos: La (inter)acción sexual como comunicación

3.1. ¿El acto sexual como una acción "natural"? De una comprensión de la sexualidad basada en la imagen a una comprensión basada en la "escenificación" (*Inszenierung*)

Como hemos visto, una teoría objetiva de la naturaleza sexual de un acto tiene que superar dos limitaciones diferentes a las que afectan a la teoría subjetiva. La primera es epistémica, o sea, relativa a cómo se puede reconocer un acto sexual. En este plano es necesario aclarar la relación entre los criterios generalmente objetivos e individualmente subjetivos para calificar un comportamiento como acto sexual. El segundo problema tiene que ver con el papel que la excitación o satisfacción sexual puede desempeñar en esa definición. Esto no sólo tiene importancia desde el punto de vista epistémico, sino que requiere una explicación especial en lo que respecta a la protección concreta de la autodeterminación sexual.

Empecemos con la idea de que el acto sexual es, de hecho, una acción. Partiendo de esta premisa, la pregunta que hay que hacerse es a qué tipo de acción nos estamos refiriendo cuando hablamos de actos sexuales: ¿son acciones "naturales" como, por ejemplo, la acción de nadar? ¿O hay que hacer comparaciones con otro tipo de acciones, como, por ejemplo, la consistente en hablar un idioma? Tanto la natación como el habla presuponen la aplicación de reglas,³⁸ con

³⁵ HÖRNLE, «§ 184h», *MiK-StGB*, t. 3, 3ª ed., 2017, nm. 7; LAUFHÜTTE/ROGGENBUCK, «§184g», *LK-StGB*, t. 6, 12ª ed., 2009, nm. 7.

³⁶ Sobre la difusión de expresiones influenciadas por la literatura feminista, véase HIRSCHAUER, *The Securitization of Rape Women, War and Sexual Violence*, 2014, pp. 2-4, 10 s.

³⁷ Esta es la definición de la Resolución 1820 (2008) de las Naciones Unidas, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5916ª sesión, celebrada el 19 de junio de 2008.

³⁸ HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, 1976, p. 12.

la diferencia de que el lenguaje humano, y con ello el habla, solo es posible sobre la base de la cultura. John SEARLE explica esta distinción recurriendo al ejemplo de un partido de fútbol: mientras que un perro puede percibir que las personas se mueven en un campo, solo nosotros los humanos podemos reconocer que es un juego, y solo aquellos de nosotros que conocemos las reglas del fútbol podemos comprender plenamente el significado que tiene un pase en el curso del juego.³⁹ Para hablar un idioma no basta con ser capaz de pronunciar palabras. Los loros también lo hacen. Los extranjeros no comprenden inmediatamente un idioma extranjero desconocido al oír hablar a los hablantes nativos, aunque los sonidos que escuchan puedan formar parte del proceso de expresión y comunicación.

Pues bien, la sexualidad humana es similar a hablar un idioma. Sin embargo, las dimensiones culturales y normativas de lo "sexual" suelen permanecer ocultas, en primer lugar, porque son banales y, en segundo lugar, porque están profundamente arraigadas en los respectivos órdenes culturales, políticos y económicos de las sociedades.⁴⁰ Para descubrir esas estructuras ocultas se necesita una gran cantidad de crítica social y autorreflexión, como lo demuestra la escuela de "ciencia sexual crítica" de Alemania desde la década de 1970.⁴¹ Por esta razón, en la ciencia sexual, la relación entre los factores biológicos y los procesos de aprendizaje social en la explicación del comportamiento sexual es objeto de constante controversia.⁴²

Esta es la razón por la que algunos teóricos sexuales subrayan que la palabra "sexualidad", que en el mundo occidental tiene unos 200 años de antigüedad,⁴³ no se refiere a una cosa específica que existe en el mundo, sino que se utiliza con numerosos sentidos diferentes.⁴⁴ La idea de que existe realmente "la" sexualidad humana es, de hecho, muy controvertida, y sería más correcto hablar de "sexualidades". Una concepción puramente naturalista de la sexualidad humana no sólo es errónea como modelo explicativo, sino que también oculta las relaciones de poder que hay detrás de ella y la influencia de la socialización y la cultura en las prácticas sexuales. El "nacimiento" de la sexualidad en la modernidad coincide con su apropiación terminológica por

³⁹ SEARLE, «What is an institution?», *Journal of Institutional Economics*, (1), 2005, p. 3.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, la representación en CAPLAN, «Kulturen konstruieren Sexualitäten», en SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, 2000, pp. 44 ss.

⁴¹ SCHMERL, «Phallus in Wonderland. Bemerkungen über die kulturelle Konstruktion, Sex = Natur», en SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, 2000, p. 147; SIGUSCH, «Anfänge einer Sexualmedizin in Deutschland. Ein persönlicher Rückblick», *Bundesgesundheitsblatt*, (9), 2017, pp. 932–936.

⁴² Brevemente, SIGUSCH, *Auf der Suche nach der sexuellen Freiheit*, 2011, pp. 42 ss.; SCHMERL, en SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, 2000, pp. 147 s.

⁴³ CAPLAN, en SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, 2000, p. 45; DANNECKER, «Sexualität als Gegenstand der Sexualforschung», *Z Sexualforsch*, (4), 1991, p. 282; WREDE, «Was ist Sexualität? Sexualität als Natur, als Kultur und als Diskursprodukt», en SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, 2000, p. 35; SIGUSCH, *Sexualitäten – eine kritische Theorie in 99 Fragmenten*, 2013, p. 33; KHOSRAVIE/BANSE, «Sexuality», en KÜHNHARDT et al. (eds.), *The Bonn Handbook of Globality*, 2019, p. 287.

⁴⁴ WREDE, en SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, 2000, p. 34; CAPLAN, en SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, 2000, p. 60.

parte de varias ciencias e instituciones, como, entre otras, la Iglesia y la ciencia médica.⁴⁵ Desde la perspectiva de estas últimas, la sexualidad se ha reducido a la reproducción, se ha considerado que la única práctica "sana" de la sexualidad es la penetración vaginal, siendo lo que se desvía de esta algo antinatural; se ha considerado moralmente correcta la penetración vaginal sólo con fines de reproducción dentro del matrimonio.⁴⁶

En contra de lo que se afirmaba en el siglo XIX, el adjetivo "sexual" no puede ser traducido a un término empírico. No hay atributos externos de una acción que permitan reconocerla siempre y sin excepción como "sexual" por naturaleza.⁴⁷ El sexo no es un acto "natural" como la respiración o la natación.⁴⁸ Por esta razón, los actos sexuales no pueden ser reconocidos inequívocamente por una "aparición externa". Desde una perspectiva filosófica, se acepta ampliamente la idea de que idénticos movimientos corporales pueden tener, en efecto, diferentes significados y, por lo tanto, ser constitutivos de diferentes tipos de acción. Por ejemplo, el tocamiento de los genitales no suele ser un acto de naturaleza sexual si tiene lugar en el contexto de un examen médico, pero probablemente lo será si tiene lugar entre una pareja en el dormitorio. Como queda claro en este ejemplo, la interpretación de un movimiento corporal como una acción de un tipo específico exige insertar el comportamiento en un contexto de significado, lo cual sólo es posible acudiendo a convenciones sociales.⁴⁹ En ambos ejemplos, las normas sociales definen, entre otras cosas, de qué manera se supone que un tipo de caricias debe conducir a la estimulación sexual y qué tipo de contacto físico es necesario para fines médicos. Por consiguiente, lo que es "sexual" en una acción no es sólo un atributo que debe describirse, sino la atribución de un estatus válido en un ámbito cultural determinado.

La atribución de un determinado tipo de acción a una persona también depende de la relación entre la situación, la comunicación y la interacción con otras personas. En última instancia, lo decisivo son las razones por las que uno actúa de una determinada manera.⁵⁰ Como ocurre con cualquier otro comportamiento social, uno se comporta "sexualmente" según sus convicciones respecto a las expectativas de cómo tiene que comportarse en un determinado papel social.⁵¹ En la famosa teoría de los *scripts* sexuales, SIMON y GAGNON sostienen que así como la existencia del lenguaje es un prerrequisito para el habla, el comportamiento sexual humano sólo es

⁴⁵ KHOSRAVIE/BANSE, en KÜHNHARDT *et al.* (eds.), *The Bonn Handbook of Globality*, 2019, p. 289; SCHMERL, en SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, 2000, pp. 142 s.

⁴⁶ WREDE, en SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, 2000, pp. 35 s.; CAPLAN, en SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, 2000, p. 49; DANNECKER, *Z Sexualforsch*, (4), 1991, p. 284.

⁴⁷ STEIN-HILBERS/SOINE/WREDE, «Einleitung: Sexualität und Geschlecht im Kontext kultureller Zweigeschlechtlichkeit», en SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, 2000, p. 10.

⁴⁸ Así, la crítica contra el naturalismo en las ciencias sexuales tal y como la expresa TIEFER, «Sex is not a natural act», *Z Sexualforsch*, (1), 1994, p. 37.

⁴⁹ KINDHÄUSER, «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW*, (1), 1984, p. 8.

⁵⁰ Véase también KINDHÄUSER, *ZStW*, (1), 1984, pp. 8 s.; KINDHÄUSER, «Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff», *FS-Puppe*, 2011, p. 43.

⁵¹ SCHMERL, en SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, 2000, p. 144.

posible a través de un complejo de paradigmas sociales predominantes.⁵² Según ambos autores, esos antecedentes normativos -denominados "escenarios culturales"- determinan «*los objetos apropiados, los objetivos y las cualidades deseables de la relación entre uno mismo y el otro*». Los escenarios culturales también dan instrucciones sobre tiempos, lugares, secuencias de gestos y palabras, así como, que es casi lo más importante, sobre lo que se supone que están sintiendo el actor y las demás personas involucradas (reales o imaginarias).⁵³

La metáfora del encuentro sexual como creación conjunta de un "script interpersonal" por parte de sus actores hace énfasis en la modificación de los paradigmas aprendidos en la situación concreta.⁵⁴ Con la ayuda de los estándares de los escenarios sociales relevantes, los actores entran en una acción compleja, cuya realización depende mutuamente de todas las personas involucradas.⁵⁵ Así pues, el script interpersonal sirve para hacer más simple el encuentro sexual. Los scripts reducen la inseguridad de los actores y legitiman las formas de interacción elegidas por ellos.⁵⁶ Sin embargo, a nivel intrapsíquico individual, una reacción sexual dependerá de la secuencia de significados de acciones, posturas corporales, objetos y gestos que una persona adopte.⁵⁷ En este sentido, los "scripts intrapsíquicos" contienen deseos, fantasías, recuerdos y muestras mentales que pueden formar estrategias para la realización de scripts interpersonales.⁵⁸

Siguiendo esta teoría, la idea de "comportamiento socialmente adecuado" puede entenderse en términos diferentes. La referencia a la parte del cuerpo como criterio para la atribución del adjetivo "sexual" ofrece, en efecto, una "imagen" para la orientación. Sin embargo, utilizar solamente esta "imagen" es arbitrario, porque no se tienen en cuenta las preferencias individuales de las personas involucradas, cuya sexualidad se discute. En realidad, la influencia de las reglas y estándares sociales sobre las necesidades y deseos sexuales de un individuo viene mediada por sus experiencias personales. Es decir: la fuerza y la extensión de las pautas sociales sobre la sexualidad del individuo depende de su propia biografía.⁵⁹ Por lo tanto, constituiría una concepción demasiado limitada de la sexualidad humana restringirla a ciertas formas de contacto y, en particular, al tocamiento de ciertas zonas del cuerpo, ya que ese enfoque ignora las sexualidades reales y obstaculiza el castigo de una gran variedad de abusos sexuales.⁶⁰

⁵² SIMON/GAGNON, «Sexual scripts», *Society*, (1), 1984, p. 53; WIEDERMAN, «Sexual script theory: past, present, and future», en DELAMATER *et al.* (eds.), *Handbook of the Sociology of Sexualities*, 2015, p. 7; más sobre esto en CAMARGO, *ZStW*, (3), 2019, pp. 615 s.

⁵³ SIMON/GAGNON, «Wie funktionieren sexuelle Skripte?», en SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, 2000, p. 71.

⁵⁴ SIMON/GAGNON, *Society*, (1), 1984, p. 53. Véase también SCHMERL, en SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, 2000, pp. 144 s.

⁵⁵ SIMON/GAGNON, en SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, 2000, pp. 72 s.

⁵⁶ SIMON/GAGNON, *Society*, (1), 1984, p. 54.

⁵⁷ SIMON/GAGNON, en SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, 2000, pp. 74, 85.

⁵⁸ WIEDERMAN, en DELAMATER *et al.* (eds.), *Handbook of the Sociology of Sexualities*, 2015, p. 8.

⁵⁹ WREDE, en SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, 2000, pp. 30-32, 39.

⁶⁰ LEMBKE, en LEMBKE (ed.) *Regulierungen des Intimen*, 2017, pp. 13 s.

Por su vez, las condiciones sociales estructuran la sexualidad individual definiendo reglas sobre cómo, dónde, cuándo y hacia quién pueden mostrarse y sentirse las inclinaciones sexuales.⁶¹ Los estudios empíricos muestran que las zonas de contacto consideradas como relevantes en la interacción social no son fijas, sino que varían según la cultura, el género y los lazos afectivos existentes. Por ejemplo, los tocamientos que son comunes en las relaciones madre-hija difieren de los que se suelen considerar apropiados entre hermanos y hermanas.⁶² Así, los actos sexuales no pueden "existir en el vacío", como dice CAPLAN: «*lo que la gente quiere y lo que hace depende [...] en cada sociedad en gran medida de lo que se les sugiere que quieran y de lo que se les permite hacer*». Así está claro que la sexualidad no puede escapar a su condicionamiento cultural".⁶³

El hecho de que un determinado tocamiento sea sexual sólo puede determinarse reconstruyendo el escenario cultural, pero sobre todo asumiendo que la persona en cuestión desempeña efectivamente un papel en ese escenario. En este sentido, la apropiación del significado sexual por parte de una persona debe entenderse como una "actuación" dentro de un escenario. Esto explica por qué el reconocimiento de una determinada (inter)acción como de naturaleza sexual depende de criterios generales y objetivos, pero sólo en la medida en que se tenga en cuenta también la perspectiva subjetiva del individuo. En palabras de SIGUSCH:

*«Incluso en cuanto forma social, la sexualidad solo es real desde la perspectiva individual, por mucho que se objective, mistifique o estandarice. Si la sexualidad no fuera tan individual como general, seríamos máquinas sexuales que sólo llevan a cabo automáticamente lo previsto por lo general, la estructura, las reglas, el discurso, el código».*⁶⁴

Para actuar sexualmente, el actor se asegura acerca de cuáles son tales paradigmas y los aplica (a su manera), desviándose de ellos si es necesario. El aspecto subjetivo del acto sexual, como elemento subjetivo de la acción del delito, radica precisamente en la aplicación y adaptación de las normas por parte del individuo. Estos paradigmas, así como los límites y las normas sociales, existen en la realidad y no son solo producto de la imaginación del propio actor.⁶⁵ Pero no por ello se está diciendo, en ningún caso, que haya que creer sin más la afirmación del acusado de que no quiso tener un contacto de naturaleza sexual.

3.2. Característica subjetiva de la acción sexual y la intención de satisfacción sexual

Como hemos argumentado, los actos sexuales son construcciones culturales. Cada cultura contiene innumerables factores por los que se asigna a un determinado acto significado sexual:

⁶¹ WREDE, en SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, 2000, p. 40.

⁶² En general, la aceptación del contacto físico es más limitada en las zonas con mayor sensibilidad erógena. Acerca de esto, SUVILEHTO *et al.* (eds.), «Topography of social touching depends on emotional bonds between humans», *Proceedings of the National Academy of Sciences*, (45), 2015, pp. 13811 ss.; RENZIKOWSKI, «§ 184i», *MiK-StGB*, 3ª ed. 2017, nm. 9.

⁶³ CAPLAN, en SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, 2000, p. 65.

⁶⁴ SIGUSCH, «Sexualität in der (Post-)Moderne», en GLATZER (ed.), *25. Deutscher Soziologentag 1990. Die Modernisierung moderner Gesellschaften*, 1991, p. 758.

⁶⁵ Hay un cierto estándar social para el coqueteo o para el trato en las relaciones. Pellizcar el trasero de extraños o colegas definitivamente no es uno de ellos; RENZIKOWSKI, «§ 184i», *MiK-StGB*, 3ª ed., 2017, nm. 9 con más evidencias; con una visión distinta FISCHER, «§ 184i», *StGB*, 67ª ed., 2020, nm. 9 ss.

el lugar de la acción, el tipo de comportamiento, la secuencia de los gestos, el contenido y las formas de hablar, pero también la relación entre los actores, así como el tipo de interacción entre ellos, su edad, su género, etc. La asunción de un acto como sexual bajo los paradigmas existentes puede confirmarse o refutarse con las razones reales que están tras la acción de los actores. A continuación, ilustramos nuestro punto de vista a través del análisis de algunos casos. Al examinarlos, tendremos que retomar la crítica dirigida a la teoría subjetiva tradicional, según la cual la consideración de las intenciones específicas, por un lado, no llega lo suficientemente lejos, mientras que, por otro lado, va demasiado lejos. En la defensa de una concepción comunicativa de los actos sexuales, es innegable la necesidad y legitimidad de un examen crítico del papel que desempeñan los (supuestos) propósitos de los actores. Lo único que no debe ocurrir es que ello lleve a la conclusión de que aquellas razones, gracias a las que un comportamiento resulta comprensible, son irrelevantes para su interpretación.

Volvamos al caso del refugiado afgano Kargar. No sólo en América, sino en muchas culturas, el contacto oral con los genitales se considera una práctica sexual. Ello justificaría *prima facie* la suposición de que, para la persona que busca el contacto, este último constituye un comportamiento sexual. Sin embargo, el hecho de que Kargar pertenece a un grupo cultural en el que el contacto entre la boca del padre y el pene del hijo no siempre se considera de carácter sexual, sirve para refutar aquella suposición. Según el concepto comunicativo de sexualidad, el beso no se considera sexual si las circunstancias y la forma del contacto se ajustan a la tradición del ámbito cultural al que pertenecen las personas involucradas. En este caso específico, tal conformidad se hace particularmente patente por el hecho de que Kargar se dejó fotografiar en esta pose para el álbum familiar.

En Alemania, el Tribunal Superior del Estado de Oldenburg examinó un caso similar. Una madre que ya no estaba amamantando le había permitido a su hijo de seis años de edad que succionara su pecho desnudo varias veces. En al menos tres ocasiones, su sobrina de nueve años había presenciado la escena y hecho inmediatamente lo mismo. La acusada declaró ante el Tribunal que había tolerado el comportamiento de los niños por amor a ellos.⁶⁶ Al final, la madre fue absuelta de la acusación de abuso sexual infantil, porque, en opinión del Tribunal, el contacto con los niños no era de naturaleza sexual. En tales casos, la búsqueda de la lactancia materna por parte de los niños puede explicarse psicológicamente como una búsqueda de seguridad materna. Esto se apoya en el hecho de que no fue la mujer sino los niños quienes buscaron el contacto. Además, los niños se encontraban en una edad en la que todavía no se les reconoce socialmente como actores de una interacción sexual. Este es un lenguaje que aún no dominan. Estas circunstancias hacen plausible la tesis de que el simbolismo de la lactancia materna se utilizó para buscar y realmente proporcionar una sensación de seguridad dentro de la familia.⁶⁷

Según la teoría que sostenemos aquí, en los casos mencionados la consideración de la intención del actor tiene, en principio, un efecto despenalizador. En lugar de suponer la existencia de un acto sexual en cada contacto de los padres con los genitales de sus hijos o de los hijos con el pecho de la madre, nuestra tesis reconoce la realización de un acto de naturaleza sexual sólo si, al observar el caso con más detenimiento, se descubre que los padres no actuaron para expresar

⁶⁶ Véase la sentencia del OLG-Oldenburg, *NStZ-RR*, (10), pp. 240 s.

⁶⁷ HÖRNLE, «§ 184h», *MüK-StGB*, t. 3, 3ª ed., 2017, nm. 3; RENZIKOWSKI, *FS-Beulke*, p. 524; CAMARGO, *ZStW*, (3), 2019, p. 616.

el cuidado y el amor en su familia, sino para excitarse sexualmente. Este intento se puede deducir de manera objetiva desde las circunstancias del caso: no sólo de la zona de contacto, sino también de la forma del contacto físico en sí. Además, el contacto oral con los genitales y los senos puede ser interpretado como sexual si no hay otra razón para explicarlo. Un acto de naturaleza sexual se realiza, en otras palabras, si el padre o la madre escenifica una interacción típica entre un adulto con su hijo o su hija.⁶⁸ En este caso, las personas involucradas no hablan el mismo idioma. Como ejemplo puede servir el caso de una niñera que frota con una pomada la vagina de una niña de siete años varias veces a escondidas, pese a que la pomada no era necesaria, pues la piel de la niña no estaba irritada o herida.

Esto nos lleva a la primera objeción que se puede formular a la tesis defendida en este trabajo, a saber, la objeción conforme a la cual tener en cuenta la intención del actor de satisfacerse sexualmente conduciría a una extensión intolerable de los casos punibles. Esto hace evidente la importancia de distinguir entre un acto sexual en el sentido legal y el comportamiento sexual en su comprensión cotidiana. Nadie dudaría seriamente de que un ginecólogo se comporta de manera sexual si siempre obtiene un placer especial de los exámenes íntimos de sus pacientes, porque se excita y se satisface sexualmente con ello. Pero, ¿debería el hecho de que se excite cambiar la valoración que hace el médico de los tocamientos corporales que realiza durante el examen? La respuesta debería rezar: no. Si el médico experimenta la excitación sexual en su interior, el examen sigue siendo en principio solo un examen. El médico no engaña a la paciente sobre la naturaleza del acto, el cual pertenece a la práctica de un examen médico, sino que le engaña sobre su actitud personal (la del médico) durante el tratamiento o examen. Si dicho médico revela sus experiencias sexuales, por ejemplo, a través de conversaciones de carácter sexual, entonces ya no realiza un examen: al tocar el cuerpo de la mujer, le obliga a desempeñar un papel como objeto sexual. Por tanto, en dicho caso habría un acto sexual en el sentido del Derecho penal que está abarcado por la prohibición de actos sexuales no consentidos como ocurre en los delitos de violación, agresión sexual y acoso sexual.⁶⁹

Sin embargo, el reconocimiento de la satisfacción sexual como elemento en el escenario de un acto sexual no significa que ese tipo de intención agote el elemento subjetivo de la acción de naturaleza sexual. Esta distinción es importante, porque establece una diferencia entre el enfoque comunicativo y una perspectiva exclusivamente subjetiva en un punto crucial. A diferencia de la teoría subjetiva, el modelo propuesto aquí es compatible con la concurrencia de varios propósitos posibles en la realización de actos sexuales. En consecuencia, la crítica tradicional al requisito de la intención especial no se puede dirigir contra nuestro enfoque, ya que dicha crítica se basa en el único argumento de que los casos de abuso sexual no implican necesariamente la concurrencia de una intención de excitación o satisfacción sexual. Esto último lo afirma la teoría subjetiva tradicional, no nuestro modelo de explicación. Cualquier referencia consciente del actor a la connotación sexual de su acto constituye la intención específica de un acto sexual, independientemente de que la satisfacción sexual sea uno de los objetivos de su acción o dicho actor no tenga esta intención en absoluto. La comprensión de tal intención específica de naturaleza sexual se aclarará recurriendo a un último ejemplo.

⁶⁸ DANNECKER, *Das Drama der Sexualität*, 1992, pp. 83 ss.; SIGUSCH, «Sexualwissenschaftliche Thesen zur Missbrauchsdebatte», en QUINDEAU *et al.* (eds.), *Kindliche Sexualität*, 2012, pp. 211 s.

⁶⁹ En Alemania, en virtud del párrafo 1 del § 177 y el § 184i del Código Penal; y en Brasil, en virtud de los artículos 213 y 215-A del Código Penal, es punible.

Durante la dictadura militar brasileña formaban parte de la rutina diaria de los guardias de seguridad ciertas prácticas de tortura de los presos políticos. Estas incluían la inserción forzada de objetos en el ano de los hombres o en la vagina de las mujeres, la palpación del cuerpo desnudo de las mujeres o el sometimiento de los órganos sexuales de los hombres o las mujeres a descargas eléctricas.⁷⁰ Como se desprende de los informes de las víctimas, la satisfacción sexual no era el propósito de estos actos. Conforme a un enfoque exclusivamente objetivo, se podría argumentar que, sin embargo, tales prácticas constituyen una forma de violencia sexual reconocida, ya que implican la penetración de los órganos genitales y el contacto físico con estos. Sin embargo, un golpe en los testículos de un hombre, por ejemplo, no constituye un acto de naturaleza sexual por el mero hecho de que haya un contacto con los genitales de la víctima. En lo que respecta en particular a la tortura, también podría argumentarse que el principal aspecto es causar dolor físico, que es más eficaz en las partes sensibles del cuerpo.

Como señala acertadamente la Comisión Nacional de la Verdad de Brasil, la referencia simbólica que hacían los agentes militares al ámbito sexual caracteriza sus actos como formas especiales de humillación y sumisión de las víctimas. Este último aspecto explica por qué la violencia sexual era un método habitual de tortura. Comúnmente, los violadores utilizan el significado social del contacto íntimo sexual y la penetración precisamente pervirtiendo ese significado en detrimento de su víctima.⁷¹ En la dictadura militar, este fue el caso en la violencia sexual contra las mujeres. Sus cuerpos eran sometidos a una clase de exposición que sólo habrían permitido en el contexto de intimidad sexual con sus parejas. Al obligarlas a ponerse en estas situaciones, los oficiales militares expresaban de manera especialmente drástica la irrelevancia de los derechos de autodeterminación de las prisioneras; estas últimas eran reducidas a la condición de objetos con los que cualquiera podía hacer literalmente lo que quisiera. Al ser obligadas las mujeres a desnudarse, penetradas, tocadas o electrocutadas en sus genitales, las ofensas verbales de los guardias militares confinaban a estas mujeres a una identidad femenina que, desde la perspectiva del orden sexual de ese momento, era constitutiva de una profunda inmoralidad: se las llamaba prostitutas, adúlteras, pervertidas.⁷² Los hombres, por otro lado, eran "feminizados" mediante la penetración sexual. Además, estos quedaban en una situación de impotencia cuando se les obligaba a presenciar la violación y otros tipos de abuso sexual contra sus parejas y contra miembros de su grupo político. A menudo, los guardias militares "bromeaban" durante la tortura diciendo que los prisioneros eran inhibidos sexuales.⁷³ El sexo se asociaba, pues, al dolor y al sufrimiento.

En definitiva, podemos concluir que, desde la perspectiva del Derecho penal, una persona realiza un acto de naturaleza sexual no simplemente por el hecho de saber que un determinado gesto se considera práctica sexual en determinados contextos -como en el caso de Kargar-, sino por el hecho de querer realmente hacer uso de este significado, posiblemente para satisfacerse sexualmente con él, para humillar especialmente a otra persona o, incluso, para dominarla. El enfoque que defendemos es, además, coherente con la definición de los delitos sexuales como

⁷⁰ Sobre los casos y el posterior análisis de las víctimas y los relatores en el marco de la Comisión Nacional de la Verdad de Brasil, véase COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE - BRASIL, *Relatório*, v. 1, parte 3, Brasília, 2014, pp. 400-435.

⁷¹ Sobre esto GARDNER/SHUTE, «The wrongness of rape», en HORDER (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2000, pp. 210 s.

⁷² COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE-BRASIL, *Relatório*, v. 1, parte 3, Brasília, 2014, p. 402.

⁷³ COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE-BRASIL, *Relatório*, v. 1, parte 3, Brasília, 2014, pp. 402-404, 407.

delitos de violencia y agresión.⁷⁴ Por lo tanto, la "intención sexual" específica requerida es toda intención que pueda explicar el acto como el uso deliberado de un patrón de comportamiento sexual.

4. Reflexión final

Según el planteamiento que aquí se propone, un acto de naturaleza sexual es toda acción que, conforme a un determinado ámbito cultural, pertenece al dominio de las interacciones sexuales y que es realizada conscientemente por el actor vinculándose a tal significado social. La definición de las denominadas "condiciones marco objetivas" de un acto sexual depende de la evaluación de los paradigmas sociales, los cuales indican, entre otras cosas, conforme a qué tiempos, lugares, secuencias de gestos, palabras, sensaciones esperadas, qué actores y qué interacciones se puede asignar significado sexual. Las razones para recurrir al simbolismo sexual pueden ser numerosas: excitarse o satisfacerse sexualmente, bromear a expensas de la sexualidad de otras personas, confirmar la propia pertenencia al grupo, someter a otras personas al propio grupo, negar a la otra persona su autodeterminación sexual, humillarla, perjudicarla en el ejercicio futuro de su sexualidad. Una persona no está haciendo uso del sentido sexual si sus razones presentes para actuar insertan su comportamiento en un contexto no sexual.

Este trabajo intenta aproximar la teoría del Derecho penal a los estudios contemporáneos sobre la sexualidad occidental. Para el Derecho penal -y especialmente para su discurso científico-, el mundo de la "vieja moral sexual" era mucho más simple. Este, como indica SCHMIDT, era esencialista y se centraba en la prohibición de acciones individuales como los contactos homosexuales, las relaciones extramatrimoniales, la masturbación y el sexo oral. Hoy en día, rige una moralidad de consentimiento, según la cual ya no importa qué práctica se lleva a cabo o con quién, sino sólo «la forma y el modo en que se llevan a cabo» estas prácticas, que deben ser el resultado de un acuerdo.⁷⁵ La moral del consentimiento marca el cambio de paradigma en la reciente reforma del § 177 del StGB, el cual pasa de una concepción de la sexualidad basada en la coacción a una concepción basada en el consentimiento. La ley se centra ahora en la reconstrucción de la comunicación y el contexto de la relación sexual.⁷⁶

SCHMIDT describe cómo se ha producido la transición de la moral sexual tradicional a las actuales "relaciones sexuales posmodernas". Esta transición tiene su primer origen en el discurso de la liberalización sexual de las décadas de 1960 y 1970, que se dirigía esencialmente contra el tabú religioso de la sexualidad. Posteriormente, el discurso de autodeterminación del movimiento femenino de los años ochenta llevó a una democratización de las relaciones sexuales al cuestionar el dominio sexista propio del patriarcado. Hoy en día se observa una desdramatización de la sexualidad por el imperativo del bienestar, que ha hecho que las relaciones sexuales sean más auténticas, pero también más "fluidas".⁷⁷ Paradójicamente, si bien

⁷⁴ Véase KRATZER-CEYLAN, *Finalität, Widerstand, „Bescholtenheit“*. Zur Revision der Schlüsselbegriffe des § 177 StGB, 2015, pp. 38 ss.

⁷⁵ SCHMIDT, «Spätmoderne Sexualverhältnisse», en SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, 2000, p. 269.

⁷⁶ HÖRNLE, *NStZ*, (1), 2017, p. 15; FISCHER, «§ 177», *StGB*, 67ª ed., 2020, nm. 12.

⁷⁷ SCHMIDT, en SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, 2000, pp. 271 ss.

actualmente hay más espacio para una mayor variedad de parejas y prácticas sexuales, al mismo tiempo, la mayor libertad de autodeterminación del individuo también crea más espacio para los contactos no sexuales. Esto es así porque la libertad que se experimenta en las sociedades occidentales contemporáneas ha hecho posible la normalización social de interacciones antes prohibidas de antemano siguiendo la lógica del sexo matrimonial, como, por ejemplo, la desnudez en público o el contacto físico con otras personas.

Las tres olas que ha experimentado (y sobrevivido) la moral sexual occidental han contribuido significativamente a ampliar la variedad de acciones y la complejidad de contextos que debe tener en cuenta el Derecho penal sexual.

5. Bibliografía

BEZJAK (2018), «Reformüberlegungen für ein neues Sexualstrafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (130-2), pp. 303 ss.

————— (2016), «Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers», *Kritische Justiz*; (49-4), pp. 557 ss.

BINDING (1916), *Die Normen und ihre Übertretung – eine Untersuchung über die Rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, t. 2–2, 2ª ed., Engelmann, Leipzig.

CAMARGO (2019), «Die Strafbarkeit der sexuellen Belästigung durch körperliche Berührung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (131-3), pp. 595 ss.

CAPLAN (2000), «Kulturen konstruieren Sexualitäten», en SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, Springer, Wiesbaden, pp. 44 ss.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE – BRASIL (2014), *Relatório*, vol. 1, parte 3, Brasília; disponible en: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo10/Capitulo%2010.pdf>.

DANNECKER (1992), *Das Drama der Sexualität*, Europäische Verlagsanstalt, Hamburgo.

————— (1991), «Sexualität als Gegenstand der Sexualforschung», *Zeitschrift für Sexualforschung*, (4-4), pp. 281 ss.

EISELE (2019), «§ 184h», en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30ª ed., Beck, Múnich.

FISCHER (2020), *Strafgesetzbuch: mit Nebengesetzen*, 67ª ed., Beck, Múnich.

GARDNER/SHUTE (2000), «The wrongness of rape», en HORDER (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, pp. 193 ss.

GUARDIOLA GARCÍA (2001), «Especiales elementos subjetivos del tipo en derecho penal: aproximación conceptual y contribución a su teoría general», *Revista de derecho y proceso penal*, (6), pp. 39 ss.

HÖRNLE (2017), «§ 184h», en *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3^a ed., Beck, Múnich.

————— (2017), «Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (1), pp. 13 ss.

HOVEN/WEIGAND (2017) «„Nein heißt Nein“ – und viele Fragen offen Zur Neugestaltung der Strafbarkeit sexueller Übergriffe», *Juristen Zeitung*, (4), pp. 182 ss.

HRUSCHKA (1976), *Strukturen der Zurechnung*, de Gruyter, Berlín.

HUNGRIA (1981), «Arts. 197 a 249», en HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, v. VIII, 5^a ed., Editora Forense, Rio de Janeiro.

KHOSRAVIE/BANSE (2019), «Sexuality», en KÜHNHARDT/MAYER (eds.), *The Bonn Handbook of Globality*, Springer, Cham, pp. 287 ss.

KINDHÄUSER (2011), «Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff», en PAEFFGEN *et al.* (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Dunker & Humblot, Berlín, pp. 39 ss.

————— (1984), «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (1), pp. 1 ss.

KRATZER-CEYLAN (2015), *Finalität, Widerstand, „Bescholtenheit“ – Zur Revision der Schlüsselbegriffe des § 177 StGB*, Duncker & Humboldt, Berlín.

LACKNER/KÜHL/HEGER (2018), *Kommentar zum StGB*, 29^a ed., Beck, Múnich.

LAUFHÜTTE/ROGGENBUCK (2009), «§184g», en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 6, 12^a ed., De Gruyter, Berlín.

LEMBKE (2017), «Sexualität und Recht: eine Einführung», en LEMBKE (ed.) *Regulierung des Intimen*, Springer, Wiesbaden, pp. 3 ss.

TIEFER (1994), «Sex is not a natural act», *Zeitschrift für Sexualforschung*, (1), pp. 36 ss.

MEZGER (1958), «Vor §§173 ff.», en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 2, 8^a ed., De Gruyter, Berlín.

MOLINA FERNÁNDEZ (2001), *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, José María Bosch, Barcelona.

MUÑOZ CONDE (2019), *Derecho Penal: Parte Especial*, 22^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

NOLTENIUS (2017), «§ 184i», en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 9ª ed., Carl Heymanns, Colonia.

ORTS BERENGUER (2019), «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Derecho Penal: Parte Especial*, 6ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia.

RENIKOWSKI (2017), «§ 184i», en *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3ª ed., Beck, Múnich.

————— (2015), «Die böse Gesinnung macht die Tat – Zur aktuellen Debatte über die Kinderpornographie», en FAHL/MÜLLER/SATZGER/SWOBODA (eds.), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe: Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, pp. 521 ss.

HIRSCHAUER (2014), *The Securitization of Rape - Women, War and Sexual Violence*, Palgrave Macmillan, Londres.

RAGUÉS I VALLÈS (2017), «Los elementos subjetivos no escritos: ¿hacia su definitiva desaparición?», en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (dir.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Buenos Aires, pp. 815 ss.

SCHMERL (2000), «Phallus in Wonderland. Bemerkungen über die kulturelle Konstruktion, Sex = Natur», en SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, Springer, Wiesbaden, pp. 139 ss.

SCHMIDT (2000), «Spätmoderne Sexualverhältnisse», en SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, Springer, Wiesbaden, pp. 268 ss.

SEARLE (2005), «What is an institution?», *Journal of Institutional Economics*, (1), pp. 1 ss.

SIGUSCH (2017), «Anfänge einer Sexualmedizin in Deutschland. Ein persönlicher Rückblick», *Bundesgesundheitsblatt*, (60-9), pp. 932 ss.

————— (2013), *Sexualitäten – eine kritische Theorie in 99 Fragmenten*, Campus Verlag, Frankfurt.

————— (2012), «Sexualwissenschaftliche Thesen zur Missbrauchsdebatte», en QUINDEAU/BRUMLIK (eds.), *Kindliche Sexualität*, Beltz Juventa, Weinheim.

————— (2011), *Auf der Suche nach der sexuellen Freiheit*, Campus Verlag, Frankfurt.

————— (1991), «Sexualität in der (Post-)Moderne», en GLATZER (ed.), *25. Deutscher Soziologentag 1990. Die Modernisierung moderner Gesellschaften*, pp. 758 ss.

SIMON/GAGNON (2000), «Wie funktionieren sexuelle Skripte?», en SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, Springer, Wiesbaden, pp. 70 ss.

————— (1984), «Sexual scripts», *Society*, (22-1), pp 53 ss.

STEIN-HILBERS/SOINE/WREDE (2000), «Einleitung: Sexualität und Geschlecht im Kontext kultureller Zweigeschlechtlichkeit», en: SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, Springer, Wiesbaden, pp. 9 ss.

SUVILEHTO/GLEREAN/DUNBAR/HARI/NUMMENMAA (2015), «Topography of social touching depends on emotional bonds between humans», *Proceedings of the National Academy of Sciences*, (45), pp. 13811 ss.

WIEDERMAN, (2015), «Sexual script theory: past, present, and future», en DELAMATER/PLANTE (eds.), *Handbook of the Sociology of Sexualities*, Springer, Basel, pp. 7 ss.

WOLTERS (2017), «§ 184h», en WOLTERS (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 9^a ed., Carl Heymanns, Colonia.

WREDE (2000), «Was ist Sexualität? Sexualität als Natur, als Kultur und als Diskursprodukt», en SCHMERL (ed.), *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, Springer, Wiesbaden, pp. 25 ss.