

BERTOLINO, MARTA, *Libertà sessuale e tutela penale*, Ed. Giuffrè, Milán, 1993, 193 págs.

El presente volumen no trata de hacer un estudio exhaustivo de las conductas sexuales dignas de punición; antes bien se centra en el análisis de lo que es el fundamento de la propuesta de reforma del Código penal italiano en relación con los delitos sexuales.

Es ésta una cuestión actual que también en la legislación española se ha planteado a raíz de las reformas parciales que ha sufrido la normativa penal sobre la materia. En este sentido, se observa una evolución en la doctrina, de manera que los delitos sexuales pasan de tener un fundamento iuspublicista (la moralidad pública) a tener un fundamento personalista (la libertad sexual). Así, el Derecho Penal debería limitarse -según esta orientación- a sancionar aquellas conductas que imposibiliten el libre ejercicio de la sexualidad, según la concepción unitaria que de ella tenga cada individuo. No es momento de entrar a valorar las consecuencias que tal planteamiento comporta a la hora de delimitar el tipo penal y, por tanto, la valoración de las conductas punibles en cada caso, aunque ya se observa que no deja de presentar claros flancos dignos de reparos críticos. De aquí se desprende el interés que suscita este tema en la doctrina, si bien es indudable que, con frecuencia, se plantea sobre el dato erróneo de que el contenido moral de la sexualidad supone una traba al ejercicio de la libertad.

Así las cosas, -como ya se ha apuntado-, la razón de ser del libro está en la propuesta de reforma del Código Penal italiano. Propuesta que en materia de delitos sexuales y en relación con las orientaciones extranjeras es bastante avanzada *grazie all'eliminazione degli elementi di fattispecie della violenza e della minaccia, quali mezzi tipici di coercizione al rapporto sessuale* (p. 2).

El proceso de reforma se ha caracterizado porque la doctrina, a fin de llevar a cabo una mayor protección, ha entendido que la ley debería punir las conductas sexuales caracterizadas por la falta de consentimiento de la mujer. Su objeto sería, en efecto, poner al día una disciplina represiva de todo comportamiento sexual que resulte lesivo para la libertad de determinación de la persona en la esfera de la sexualidad (p. 3).

Pues bien, una vez establecidas las claves de lectura, cabe señalar que el libro, sistemáticamente, se articula en cuatro capítulos. El primero de ellos estudia la libertad sexual y su tutela en la experiencia internacional. Entre las observaciones que allí se hacen hay que destacar las siguientes:

1. No siempre la toma de posición a favor de la libertad sexual (como único bien merecedor de protección de conductas sexuales coercitivas) ha tenido como contrapunto una revisión de la correspondiente normativa del delito de *violenza carnale* en orden a una adecuada protección de la persona (p. 33).

2. En la legislación comparada objeto de estudio se dejan ver dos lagunas. La primera de ellas hace referencia al bien jurídico protegido. En este sentido, no resulta pacífica la admisión de que dicho bien sea la libertad sexual. Hay autores y proyectos que continúan defendiendo un bien jurídico con una impronta de tipo publicista (p. 33).

La otra laguna —más sustancial desde el punto de vista del reconocimiento de los derechos sexuales de la mujer que el Estado moderno debería garantizar— se refiere al nuevo diseño normativo que el tipo penal debería asumir en consonancia con la libertad sexual entendida como núcleo en torno al cual se han de construir tales tipos (p. 33).

Una vez hecha la descripción o planteamiento general del tema, el capítulo segundo recoge un estudio —podríamos decir casi estadístico— de los delitos sexuales, al tiempo que se analizan estos delitos desde la perspectiva cualitativa; esto es, desde la perspectiva de la víctima y del autor. ¿Por qué se sigue semejante metodología, en apariencia tan distante de lo que es el tratamiento jurídico de la cuestión? La respuesta se lee al principio del capítulo en los siguientes términos: *le rivelazioni empiriche e le indagini criminologiche diventano i presupposti imprescindibili di una codificazione penale che, de iure condito, si interroghi sulla sua effettività e, de lege ferenda, se proietti nel futuro di una riforma* (p. 35).

El capítulo constituye más bien un estudio de carácter sociológico centrado en datos estadísticos y en una interpretación psicopatológica y cultural de la actuación del delincuente. Concluye, entre otras cosas, que el consentimiento de la víctima a la relación sexual no puede nunca ser inferido del hecho de que la víctima misma no se haya defendido o haya fallado en su defensa (p. 73).

La Comisión encargada del *schema di legge delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale* mantiene esta postura y como base de su formulación jurídica entiende que el punto de referencia es la persona humana, no el Estado (p. 74). Esto es lo que justifica que se renuncie en los nuevos tipos penales a requisitos como la amenaza o la violencia, ya que éstos no están de acuerdo con el nuevo bien jurídico protegido (p. 74).

Después de este segundo capítulo, de contenido más bien sociológico, el tercero se dedica a *La descrizione legale: violenza e minaccia nei delitti contro la libertà sessuale*.

El punto de partida es la adecuación de los tipos de los delitos sexuales a las nuevas exigencias de tutela con base en dos directrices fundamentales: por una parte, se pone de relieve la naturaleza individual del bien protegido (la libertad sexual) a pesar de la anomalía que supone la colocación de estos delitos en el capítulo relativo a la «moralidad pública». Y por otra, se pretende proteger el supuesto de hecho de la *violenza carnale* teniendo en cuenta la centralidad de la libertad sexual como bien fundamental de la persona, lo cual se hace en primer lugar mediante una interpretación amplia del concepto de violencia (entendida como cualquier conducta por sí constrictiva, independientemente de la modalidad material con que se realice).

Se establecía, en efecto, una clara separación entre los «delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres» y los «delitos contra la familia». En este sentido, y análogamente a lo que sucede en otras legislaciones, el Código Penal Italiano mantiene un encuadramiento sistemático de los delitos sexuales con una impronta típicamente publicista, en la cual los delitos son ofensas también al interés de la moralidad pública (p. 81). Si bien en la intención de los relatores estuvo el proponer como objeto

de tutela un derecho de libertad del individuo, la libertad sexual quedó en un segundo plano porque ésta fue concebida como una subespecie de la moralidad pública, de las buenas costumbres; de ahí que no se le consideraba merecedora de tutela autónoma como bien individual caracterizante de la persona.

En el proyecto, y en lo que atañe al bien jurídico específicamente tutelado («delitos contra la libertad sexual») se dejan ver referencias a las tesis que los caracterizan por el uso de la violencia o las amenazas. Para algunos, el objeto material de protección sobre el que recae la conducta ilícita sería no la integridad física, el estado del cuerpo en sí mismo, sino el uso de aquél. Se trataría por tanto de un bien inmaterial, respecto al cual sería sin embargo erróneo hablar de honor sexual. De ahí que más propio sería decir que dichas normas tutelan la libertad del individuo referida al uso del propio cuerpo en la esfera sexual (pp. 82-83).

Para otros, el objeto de tutela de estos tipos delictivos estaría constituido por la libre disponibilidad del propio cuerpo (p. 88).

El derecho a la libertad sexual viene reconocido por la mayoría de la doctrina como un derecho existente y penalmente relevante, merecedor de tutela tanto en su contenido positivo (como derecho al libre desarrollo de las propias cualidades y facultades sexuales) como en su contenido negativo (como derecho a pretender que otros no agredan el propio cuerpo para hacerlo objeto de manifestaciones sexuales), y una vez así especificado se afirma la legitimidad para ser asumido como objeto exclusivo de tutela por el tipo en examen (p. 91).

En cuanto a la posición adoptada por la jurisprudencia, parece clara la postura de entender que el objeto de tutela común a todos los delitos del capítulo primero es la libertad sexual. En este sentido, la Corte Suprema viene manteniendo que la persona viene degradada a objeto: *solo questa configurazione consente di intendere tutta la gravità ed antiquiridicità del reato, tenuti anche presenti i principii costituzionali. La persona è sempre soggetto e mai oggetto, la persona mai può e deve essere oggettiva: questo il concetto di fondo... Nel reato di violenza carnale la persona è, contemporaneamente, soggetto passivo e oggetto di violenza. Ciò si verifica perchè nel reato in questione il soggetto persona è, precisamente, degradato ad oggetto* (p. 94).

Es más, la Corte Suprema ha querido reafirmar la centralidad del principio personalista en el ordenamiento jurídico italiano. De forma que lo relevante en los delitos sexuales perpetrados con violencia no es la violencia o la amenaza sino el efecto que se produce, aunque éste sea el simple debilitamiento de la voluntad del sujeto que es forzado a ceder a los deseos sexuales de otro (*cf.* p. 95).

El capítulo cuarto se centra propiamente en la reforma. Nuevamente se pone de manifiesto que en los delitos sexuales lo que entra en juego es la libertad de autodeterminación en las relaciones sexuales; de ahí, la inadecuación de la violencia como parametro de valoración del disenso. La consideración de la violencia o las amenazas como índice exclusivo de la valoración de la oposición de la víctima es, en efecto, una cuestión todavía abierta en Derecho Penal, sobre todo, en legislaciones donde se mantiene la violencia o la amenaza como requisito de la acción típica (España, Grecia o Austria).

Según una óptica más avanzada, tal y como han puesto de manifiesto las reformas legislativas de algunos países, se va superando la exigencia de que concurra tanto la conducta propiamente violenta como la resistencia del sujeto pasivo como coordinadas sobre las que valorar los delitos sexuales (*cf.* p. 140)

Por otra parte, la Comisión encargada de la Reforma del Código penal italiano ha asumido este principio en virtud del cual no se hace necesaria una oposición activa, basta un simple disenso (pp. 148-149). La cuestión aparece más claramente manifestada cuando se plantea el problema comparando a aquellas personas que ya han mantenido algún tipo de relación y los restantes supuestos que puedan presentarse: *Ma il requisito della (non) volontà, messo in luce come decisivo dell'idea di un dissenso che non necessita di violenza per essere in grado di manifestare l'aggressione alla libertà sessuale, va portato fino in fondo anche rispetto alle ipotesi di violenza inserite in un contesto di non rapporto. Qui l'idea che l'offesa alla libertà sessuale sussiste ogni volta che manchi la volontà relativa e la assenza di una relazione precedente conducono coerentemente ad affermare che solo un consenso liberamente manifestato è in grado di rendere lecito il rapporto sessuale: correlativamente, il semplice difetto di consenso diventa costitutivo come tale del reato in questione. Quando ricorre 'un contesto di non rapporto' la necessità di una volontà inequivoca impone difermarsi a uno stadio anteriore al dissenso* (pp. 150-151).

Quiere ello decir, en efecto, que sería suficiente para apreciar el delito no ya la oposición sino el no-consentimiento, la ausencia de consentimiento. La dimensión esencial, en último extremo, sería la voluntad: el ejercicio de la libertad de la persona (*voluntas est radix libertatis*).

Teniendo en cuenta el principio personalista, lo más adecuado —tal y como ha propuesto la doctrina— es que los delitos sexuales estén encuadrados dentro del título correspondiente a los «delitos contra la libertad» que, a su vez, están en el libro que recoge los «delitos contra la persona» (p. 183).

Propone la autora que la nueva legislación evite la referencia a las amenazas o a la violencia en la descripción legal del delito.

En síntesis, puede decirse que Marta Bertolino analiza el texto legal centrándose en la novedad que implica el que el proyecto defina la violencia sexual como un delito contra la libertad personal, en lugar de contra la moral, como venía sucediendo hasta ahora.

MARÍA BLANCO

DOGLIOTTI, MASSIMO, *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, Milano, 1994, 231 págs.

La materia objeto de esta monografía escapa al contenido exclusivo del Derecho Eclesiástico del Estado, centrándose en especial en el Derecho de Familia. El autor M. Dogliotti centra su estudio en el análisis detallado de los deberes familiares en general y de la obligación de alimentos en particular, en el Derecho italiano.