

**Aniceto Masferrer, *De la honestidad a la integridad sexual. La formación del Derecho penal sexual español en el marco de la cultura occidental*, Cizur Menor: Thomson Reuters – Aranzadi, 2020, 518 pp. [ISBN: 9788413454719]**

## 1. Investigar

Nadie duda de que investigar conlleva plantearse una suma de interrogantes a los que el historiador se enfrenta como punto de partida. Sin estos no puede existir ni investigación, ni creatividad, ni interpretación de unos hechos, acontecimientos o textos siempre objeto de análisis y de permanente controversia, sin la cual solo cabe una estéril descripción, la que conduce al manido *status quaestionis*. Nada que no sepamos. Nada que no hayamos visto con reiterada frecuencia. Por esta razón, cabe recordar las palabras de Humboldt: “se ve fácilmente que, en la organización interna de los establecimientos científicos superiores, lo fundamental es el principio de que la ciencia no deber ser considerada nunca como algo ya descubierto, sino como algo que jamás podrá descubrirse por entero y que, por tanto, debe ser, incesantemente, objeto de investigación” (*Sobre la organización interna y externa de los establecimientos científicos superiores en Berlín*).

Esta es una verdad que conoce bien un historiador que inicia su obra admitiendo una realidad tan cierta como fatigosa: “Elaborar un estudio monográfico como el presente exige tantas horas de dedicación, que sólo la ilusión, la determinación y una fuerte motivación permiten llevarlo a cabo” (p. 19). Su reflexión no cae en la retórica manida, muy al contrario, es fruto de una larga y paciente labor investigadora, que se ha visto refrendada con la dirección de numerosos Proyectos de Investigación sobre esta materia, o sobre otras que tienen notable concordancia, así como un nutrido conjunto de artículos y de estudios monográficos previos. Labor de años. Labor que se plasma en esta amplia y cuidada monografía –no solo por extensión, sino por un acopio bibliográfico, literario, filosófico y documental de primer orden–, que, a buen seguro, se ha de convertir en todo un referente para quienes aborden el Derecho histórico penal. Labor que no puede pasar desapercibida entre los investigadores, pero, sobre todo, entre los más noveles, porque en ella pueden tomar el ejemplo de cómo acercarse a la realidad jurídica sin apriorismos ni concepciones manidas, sino a través de un diálogo fecundo con las fuentes que la Historia otorga, y con aquellos colegas que aportan un punto de equilibrio y de reflexión a nuestra mirada de un pasado que hacemos nuestro cuando lo releemos una y otra vez.

Hemos dicho que investigar es interrogar, es cuestionar, es inquirir, es desmitificar, es colmar las lagunas que la Historia deja tras de sí. Así lo entiende, también, el autor cuando escribe: “¿Cómo es posible que un ámbito tan sensible a la moral y usos sociales como el de la sexualidad haya podido permanecer tan estable en el ordenamiento penal español a lo largo de un siglo y medio tan complejo y convulso (1848-1978)? ¿A qué se debe esa estabilidad o continuidad en un periodo tan cambiante política, cultural y socialmente? ¿Y a qué se debieron los cambios que tuvieron lugar a partir de finales de los años setenta? Una respuesta rápida y algo simplista podría ser la de remitirse al influjo de la religión en un país mayoritariamente creyente con respecto a la etapa continuista (1848-1878), y a los efectos de la Transición y al inicio del nuevo régimen democrático, con sus derechos y libertades reconocidos constitucionalmente, con respecto al periodo más reformista iniciado a finales de los años setenta. Algo de verdad hay en esa tesis, pero, así expresada, resulta incompleta, y en parte, incluso falseada” (pp. 22-23).

En efecto, de sus palabras comprendemos que no estamos ante una monografía acomodaticia, sino ante un estudio que pretende un cambio en el paradigma que buena parte de la historiografía ha sostenido sobre este ámbito de estudio. No se fija en lo escrito para recopilarlo, asumirlo y guardar un inoportuno silencio, una dudosa aquiescencia. Su reto, así lo entiendo, es muy otro. Es un reto que recuerda la reflexión que en su día escribiera Tovar, cuando evoca cómo, en un momento en que “[n]o había nacido aún la historia de las ideas, [...] los discípulos todos, dominados también por la conciencia de misión que había poseído el maestro, exponían en sus diálogos la doctrina viviente que ellos interpretaban, vivían y continuaban a su modo, sin llegar al sentido histórico de percibir lo que era suyo y lo que era ajeno”, razón por la que “[l]a humanidad ha visto, a partir especialmente del siglo XVIII, un Sócrates ya metafísico, ya dialéctico escéptico; ya racionalista y crítico, ya piadoso y místico; ya individualista e ilustrado, ya sometido; ora científico y especulativo, ora práctico. Y así las contraposiciones pueden alargarse hasta el infinito” (*Vida de Sócrates*).

En la monografía del profesor Masferrer no tiene cabida un “a su modo”, una visión interesada, partidista, apriorística. Si así hubiera actuado, habría deformado la realidad jurídica, hasta convertirla en un vulgar calidoscopio, en el que los hechos se proyectarían como meras sombras chinescas, tan ambiguas como podían ser las interpretaciones que se hacían de Sócrates.

Leído el texto, comprendemos que no hay alteración de la verdad histórica, solo una recta interpretación, la que nace del cuidadoso cotejo de los documentos y de las múltiples lecturas efectuadas por el autor. Esta tarea se llama investigar, porque investigar significa resolver las dudas e interrogantes planteados, para, de esta forma, desentrañar el intrincado legado que la Historia ha ocultado.

## **2. Interdisciplinariedad**

Como señalara Heinrich Mitteis, la Historia del Derecho no puede limitarse ni a la Historia de las instituciones, ni al mero estudio de los textos y códigos jurídicos –por importante que pueda ser–. Si el historiador así actuara, reduciría la realidad jurídica a un departamento estanco, en el que la influencia de las ideas, ya fueran jurídicas o metajurídicas, no tendrían cabida. No se equivocaba Mitteis. El Derecho, al incardinarse dentro de las Ciencias sociales, es una Ciencia de síntesis, una Ciencia que se nutre de otras disciplinas: Filosofía, Economía, Sociología, etc., disciplinas con las que la Ciencia histórica mantiene un permanente y fecundo diálogo, que sólo un positivismo que se atenga a una férrea dogmática jurídica puede cuestionar que el Derecho forme parte de la Historia de la cultura (p. 23). Así lo reconoce el autor cuando sostiene: “El derecho forma parte de la cultura. Y tanto la cultura como el Derecho se desarrollan en el tiempo, en el marco de un contexto espacio-temporal. [...] Elaborar un estudio de estas características requiere el uso y manejo de una variedad notable de fuentes, tanto jurídicas como no jurídicas [...] (p. 23).

Ateniéndonos a este criterio, entendemos que no le falta razón a Helmut Coing cuando advierte que al conocimiento de la Historia del Derecho se llega cuando se vincula el Derecho con las estructuras sociales, esto es, cuando se enlaza con los acontecimientos que efectivamente ofrecen una explicación al problema planteado en la investigación, una

“concatenación especial” que exige identificar los elementos del contexto social, político o económico que contribuyen a explicar un determinado hecho jurídico. A esta tarea, siempre ardua, está llamado el historiador que sabe que “[e]l verdadero problema para el historiador del derecho es, por tanto, poder seleccionar de la totalidad de los elementos culturales los que sean relevantes para la comprensión del ordenamiento jurídico y enlazar esos elementos con el propio ordenamiento jurídico” (*Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)*).

No nos cabe duda de que la labor investigadora del profesor Masferrer no se asienta en buscar trazos singulares, sino en una heterogeneidad de saberes que ayuda a comprender que en el quehacer del investigador no tiene cabida el conocimiento cerrado o estanco, sino, por el contrario, el estudio de una realidad jurídica –ya sea presente o pasada– que se halla en continuo proceso de construcción, y en la que las distintas coordenadas y referentes socioculturales tienen, a diferencia de Kelsen, mucho que decir. Así lo entendía, incluso, autores más tradicionales como pudiera ser García-Gallo, quien venía a reconocer que “La Historia del derecho [...] deberá de tratar, exclusivamente, de conceptos jurídicos”, porque “De los distintos aspectos que ofrece cada institución sólo el jurídico interesa a la Historia del derecho. Los demás deben quedar fuera de consideración”; no obstante, su agudo sentido de la Historia le lleva a sostener: “esta eliminación de aspectos o matices no jurídicos no impide el que aquélla, para comprender la evolución del derecho, estudie y examine como causas los factores o elementos no jurídicos que la han ocasionado” (*Manual de Historia del Derecho español*).

### 3. Metodología

Incumbe al historiador no juzgar el pasado, sino dar cuenta de lo que realmente sucedió. Para la consecución de este fin, la opción metodológica alcanza gran relevancia. En este terreno nos adentramos en lo que Eric Hobsbawm denominó el delicado problema del “compromiso” del historiador (*Sobre la Historia*), un compromiso que determina que si se quiere comprender cómo fue el tiempo, las instituciones, las ideas o los textos jurídicos, el método que empleamos para analizarlo no puede ser errático o incoherente, porque de él dependerá el que podamos desarrollar un sólido discurso histórico-jurídico acorde a las premisas planteadas; si, por el contrario, este no es el adecuado, el resultado no podrá ser otro que una exposición carente de sentido y de utilidad.

En el presente estudio la lógica se impone. El autor no renuncia a los métodos tradicionales: el método exegético, el histórico-crítico o el dogmático. En mayor o menor medida, se sirve de ellos para ir analizando figuras e ideas, delitos y códigos; pero, en coherencia con los objetivos marcados, su metodología se asienta en dos grandes concepciones metodológicas: el método comparado y la historia de las ideas, métodos que, a nuestro juicio, deben tener una necesaria impronta tanto en la investigación como en la docencia, porque, a la luz de las ideas y de los cuerpos jurídicos coetáneos, podemos alcanzar una mejor comprensión del Derecho, ya sea del pasado o del presente (pp. 24-25), al que se ha de llegar no para cambiarlo, sino para entender su origen, su desarrollo y declive (p. 26), en clara oposición a *Las Tesis sobre Feuerbach* escritas por Karl Marx, en cuya nota XI se lee: “Los filósofos no han hecho más que interpretar de diversos modo el mundo, pero de lo que se trata es de transformarlo”. El autor no viene a transformar nada, solo a analizarlo y a exponerlo con pulcritud.

#### 4. Estructura y contenido

El autor estructura su estudio en seis amplios capítulos, claramente delimitados.

**Capítulo 1. Configuración normativa de los delitos contra la honestidad (1822-1944)**

**Capítulo 2. Análisis crítico de la doctrina penal (1848-1900)**

Del estudio de ambos capítulos destacamos tres líneas argumentales nítidamente diferenciadas:

[1] La despenalización de conductas que venían siendo castigadas en el período absolutista, pero que, entrado el s. XIX, habían caído en desuso. A este respecto, J. Francisco Pacheco reconoce la despenalización de: la prostitución ordinaria, el lenocinio ordinario, el amancebamiento común, el estupro simple, el incesto, la sodomía y el bestialismo.

[2] La impronta de dos principios fundamentales: 1) la necesidad de proteger el pacto familiar –Lardizábal: “destruida la familia [...], el desorden se apoderaría de la sociedad” (p. 83) –; 2) la estrecha relación entre delitos contra la honestidad y las buenas costumbres, de tal forma que se dejaban sin castigo todas las prácticas que se realizaban en “el silencio del hogar”.

[3] La minimización de la influencia extranjera, sobre todo la francesa, el Título X del CP de 1949, lo que viene a no solo a cuestionar sino a diluir definitivamente su influjo en el mencionado texto legal (pp. 75-76).

Sin duda alguna, esta es una gran aportación, porque, hasta hace poco tiempo, en la historiografía sobre la Codificación penal se mantenía, como sillares férreamente anclados, dos lugares comunes:

- 1º) el Derecho penal de la Codificación apenas recogió la tradición penal española;
- 2º) el Derecho penal español codificado siguió, en buena medida, al Derecho penal contenido en el Código penal napoleónico (1810).

Ambas concepciones parten de una misma lógica argumental: si la tradición no proporcionó sustrato alguno en el proceso de elaboración de los Códigos penales, cabe concluir que fue debido al influjo del Código francés, que fue tomado como verdadero modelo a seguir, como sucediera con el Código civil. Pero los hechos esgrimidos demuestran lo irreal de esta corriente de pensamiento. No hubo influencia, solo tradición y adecuación (p. 78). De nuevo, la investigación se muestra “irreverente” ante los supuestos criterios de autoridad, para ponerse, sin componendas, al servicio de la verdad histórica. A este respecto, y con carácter ejemplarizante, Manuel Seijas Lozano: “[...] el Código pero redactado, el Código pero combinado y pero calculado es el que Francia tiene”, (p. 177).

Si algo nos ha quedado claro del estudio que presenta el profesor Masferrer es que en él no tiene cabida simplificar la riqueza y complejidad de la Codificación española, y, en particular, la Codificación penal; no en vano, el aporte doctrinal recogido en el segundo capítulo viene a confirmar los postulados expuestos.

### **Capítulo 3. Análisis de la jurisprudencia decimonónica**

Se inicia el presente capítulo con una extensa, pero necesaria, declaración de intenciones: “La Historia de Derecho no debe limitarse a la simple historia de las instituciones. La tarea del historiador del Derecho consiste precisamente en mostrar la evolución de las ideas jurídicas a través de la historia, y no puede quedarse en una mera descripción de las instituciones jurídicas, ni en una historia de los hechos o sucesos acaecidos. Es necesario reflejar la relación existente entre el factor personal o humano y lo institucional, pues las personalidades son los portadores de las ideas (elemento dinámico) [...] En consecuencia, el Derecho legal no debería identificarse jamás con el Derecho real y vivido”. Por esta razón, el autor afirma: “Constatar el grado de aplicación de una determinada institución o grupo de preceptos es importante en la investigación histórico-jurídica a fin de distinguir entre la vigencia oficial y la vigencia efectiva del Derecho. Hay normas que están vigentes y apenas se aplican”, por este motivo concluye: “Hay que saber cómo se aplica, con qué criterios, cómo se interpreta, etc.” (pp. 127-128).

Una vez que ha reconocido el papel que juega la jurisprudencia, el autor, tras analizar más del centenar de sentencias del Tribunal Supremo, fija una serie de conclusiones:

[1] La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contribuyó a resolver y a colmar las lagunas de los preceptos legales como, por ejemplo, se desprende de la clarificación de la compleja línea divisoria entre tentativa y delito frustrado en el delito de adulterio.

[2] Entiende el autor que el TS tuviera que casar interpretaciones erróneas de los preceptos legales por parte de órganos jurisdiccionales inferiores, precisamente cuando estos preceptos presentaban lagunas que requerían ser colmadas.

[3] En otras ocasiones, se aprecia que los errores de los tribunales inferiores no eran fruto de la complejidad del precepto legal, sino de su falta de acierto interpretativo.

[4] Entre las contribuciones relevantes del TS se hallaba la definición y clarificación del sentido y alcance de ciertos conceptos y categorías de la Parte General, así como elementos constitutivos de tipos delictivos.

[5] Finalmente, si bien no es fácil encontrar sentencias del TS que resuelvan antinomias de preceptos legales, no obstante, el autor ha podido cotejar su existencia.

### **Capítulo 4. Los delitos contra la honestidad en el siglo XX (1944-1978)**

En el presente capítulo se aborda cómo a partir de 1848 las reformas relativas a los delitos contra la honestidad fueron escasas y de menor orden, no en vano –señala el autor– la doctrina apenas se ocupó de esta materia. Esta siguió siendo la tónica durante la primera

mitad del siglo XX, salvo algunas aisladas excepciones, lo que se debió al escaso interés por estos delitos sexuales y porque su regulación era relativamente pacífica.

Entre las excepciones, el autor destaca al penalista Bernaldo de Quirós, para quien el estupro, el adulterio y la bigamia debían ser despenalizados.

Ya en el contexto de la II República se pueden destacar algunos cambios en la esfera jurídico-privada, como puede ser la supresión de la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, la regulación del matrimonio civil y del divorcio; y en el ámbito penal, la despenalización del adulterio y del amancebamiento.

No será hasta la década de los años 60 cuando, de nuevo, se aborde la cuestión de los delitos contra la honestidad. Así se contempla el estudio de la violación (p. 195), de la homosexualidad (p. 196), de la prostitución (p. 199), delitos que, desde 1944 apenas si se habían abordado (p. 201). Habrá que esperar a los años setenta, en especial 1976-1978, para que, de nuevo, se puedan ver reformas sobre el delito de estupro, de prostitución, de raptó o sobre la despenalización de la anticoncepción (p. 205 y ss.). En todos ellos prima una nueva orientación: la idea de libertad debía reemplazar la imposición coactiva de determinadas ideas políticas o morales (p. 209); de esta forma se contempla que la libertad se debe imponer a la honestidad.

Finalmente, el autor vuelve a cuestionar una vieja convicción profundamente asentada en el imaginario historiográfico: el carácter conservador de la jurisprudencia durante el siglo XX hasta 1978. Siguiendo el planteamiento de Polaino Navarrete y Carmona Salgado, y a la luz de los textos jurisprudenciales, el autor demuestra que ya antes de 1989 “la jurisprudencia del TS empleó la expresión ‘libertad sexual’, considerándola como un bien jurídico protegido compatible con la ‘honestidad’” (p. 213). Así se desprende del delito de violación en sentencia de 1947, donde se “constata que la ley protege el bien de la libertad sexual de la mujer”. O con los abusos deshonestos, en sentencia de 1968, así como en un largo etc.

### **Capítulo 5. De la ‘honestidad’ a la ‘libertad sexual’**

En este amplio capítulo, el autor aborda el que, a nuestro juicio, bien pudiera ser la piedra angular de la reforma penal en este ámbito del Derecho penal: el paso de la concepción de la honestidad a la libertad sexual; sin duda, un cambio propiciado por la nueva coyuntura política, social y cultural surgida al amparo del régimen democrático que se iniciaba en 1978, lo que supuso el fin del continuismo en el régimen jurídico de los delitos sexuales imperante desde 1848 hasta la promulgación de la CE (pp. 227-230).

La promulgación de la CE conllevó un elenco de reformas penales: la de 1983 (delitos relativos a la prostitución), la de 1989 (rúbrica “Delitos contra la libertad sexual”), la del CP de 1995 (libertad sexual como bien jurídico protegido fundamental), la de 1999 (incorporación de la expresión ‘indemnidad’ o ‘integridad’ como bien jurídico, reflejada también en la rúbrica del Título relativo a los delitos sexuales), la de 2003 (endurecimiento de las penas de los delitos sexuales, y, en particular, el de la pornografía infantil), la de 2010 (protección de menores), y la de 2015 (protección de menores). Unas reformas que, sobre todo, desde 1999 tienden a la protección de los menores y al endurecimiento de las penas (pp. 230-234).

Una vez que el autor ha fijado el nuevo contexto político y jurídico, así como las reformas que se han llevado a cabo en esta materia, su preocupación se centra, en primer término, en plasmar la configuración del bien jurídico protegido desde 1978, toda vez que la concepción de la familia como “condición indispensable de toda la sociedad” ya no tenía cabida social ni acomodo jurídico (p. 236).

La mentalidad social, política y jurídica que surge a raíz del nuevo marco constitucional, en el que la idea de libertad se convierte en un símbolo y en una necesidad, facilita que, con la reforma de 1989, la libertad sexual se convierta en el bien jurídico común, lo que permite desterrar la honestidad al balcón del olvido (pp. 241 y 245); una concepción que varía con la reforma de 1999, en donde se evidencia “que la ‘libertad sexual’ no es el bien jurídico protegido más relevante con respecto a las conductas sexuales con menores e incapaces” (p. 249), de ahí la ampliación del bien jurídico protegido en favor de los más vulnerables: los menores e incapaces (p. 250).

Este cambio de concepción tiene su reflejo en el ámbito doctrinal, en donde, como acertadamente refleja el autor, se pueden ver sectores de la doctrina que aceptan que el bien jurídico protegido sea la libertad sexual (Polaino Navarrete, Carmona Salgado o Díez Ripollés), o quien lo cuestiona, como Muñoz Conde, por considerarla “una apuesta demasiado atrevida” (p. 254), ya que este no daba cobertura a tres importantes tipologías delictivas: las realizadas por menores, las realizadas con deficientes mentales o enajenados, así como la prostitución, el exhibicionismo y la difusión de la pornografía con menores (p. 255), por lo que ve más conveniente utilizar el término de moral sexual para dar cobertura a estos supuestos (p. 258).

Tampoco satisfizo al conjunto de la doctrina penalista la reforma penal de 1999 cuando introdujo, junto con la libertad sexual, la indemnidad o integridad sexual como bienes jurídicos protegidos (p. 262). Un ejemplo son las críticas de Díez Ripollés, quien se sigue manteniendo en la necesidad de mantener la libertad sexual como único bien jurídico protegido. ¿Y la opinión del autor? Al lector que ha llegado hasta este punto de la monografía, no le cabe duda de que no se va amparar en el nutrido elenco de penalistas. Bien podría hacerlo. Nadie le podría reprochar nada. Tanto la bibliografía seleccionada como la claridad expositiva ya conforman un valor en sí mismo; pero, una vez más, el autor no se conforma con exponer y ausentarse. Esta no es la labor de un investigador. Tantas lecturas, tantas horas invertidas en reflexionar y escribir no pueden quedarse en una mera exposición de hechos consumados. Si el autor no expone un criterio personal, no hay autor, ni hay investigación, solo un decente ejercicio escolar, tan decente como inane. Nada más. Pero no es el caso de un acreditado investigador como es el profesor Masferrer. Sus palabras hablan por sí mismas: “En consecuencia, mi postura y propuesta al respecto es la de considerar la integridad sexual como el bien jurídico único y exclusivo de todos los delitos sexuales, y no tan sólo de la parte relativa a los cometidos con menores e incapaces [...] Por lo tanto, sería deseable que el legislador español, en una ulterior reforma del Título VIII del CP, modificara la rúbrica [...] y la sustituyera por la de ‘Delitos contra la integridad sexual’” (p. 271). Anotado queda.

Por último, aborda la polémica cuestión del bien jurídico individual vs bien jurídico colectivo. En este punto, que no deja de ser extenso, me interesa fijarme en un aspecto concreto: en la discrepancia que mantiene con un consolidado penalista: el Profesor Gimbernat. Se preguntará el lector: ¿por qué razón? Muy sencillo: entiendo que la Universidad vive por y para el diálogo de ideas, para la sana controversia, la que da

origen a nuevos y fecundos planteamientos, pero no para el acatamiento de consignas o de criterios tomados de un libro revelado. Lo sencillo para un historiador del Derecho sería recoger el planteamiento de Gimbertat (pp. 279 ss.), acotarlo o ponderarlo, y a lo sumo dejar una breve y lacónica referencia a que, quizá, pudiera haber un desencuentro. ¿Qué desencuentro? No son pocas las veces que uno lo lee y nada más se dice. ¿Por falta de criterio o por temor reverencial? En cualquier caso, lo que se manifiesta es una falta de honestidad profesional, la que no se le puede imputar al autor. Este no comparte la visión del Gimbertat cuando sostiene que fue el nuevo bien jurídico protegido el que sirvió para que la “minoría ilustrada” pudiera influir en la sociedad, cambiando así su mentalidad, pero no que esta, amparada en los cambios sociales y políticos que se producían no solo en España, tanto en Estados Unidos como en el viejo Continente, facilitara la revisión del bien jurídico protegido, así como la despenalización de comportamientos u orientaciones sexuales como la homosexualidad. A este respecto, Masferrer, criterio que compartimos, sostiene que no puede atribuirse al Derecho penal la fuerza motora del cambio en la mentalidad sexual, sino al contrario: “lo que [Gimbertat] no dice, sin embargo, es que esa ‘minoría ilustrada’, además de ser influyente, ya había sido notoriamente influida por las nuevas corrientes de pensamiento moral que circulaban por Estados Unidos y Europa desde hacía varias décadas” (pp. 281-282).

Sabemos que lo que se investiga se enseña, y quien así investiga enseña a pensar a sus alumnos, a que reflexionen y, sobre todo, a que no den nada por sentado. Todo es objeto de análisis, de confrontación, de aceptación o de repudio. A esta forma de entender la docencia se llama *Paideia*, formación, una formación que se aleja de los manidos estándares y de los anquilosados cronogramas, para dar paso a la palabra que forma las mentes en el único pensamiento posible: el pensamiento crítico.

### **Capítulo 6. De la ‘libertad sexual’ a la ‘vulnerabilidad’: la crisis del consentimiento**

Finaliza la obra con un estudio sobre la libertad sexual y la vulnerabilidad. Un estudio amplio y valiente, ya que se mueve en un terreno políticamente poco correcto, pero que resuelve con razonada ponderación y rigor académico.

Si un alumno me pidiera una visión de conjunto sobre la evolución de la concepción sexual desde el siglo XIX hasta nuestros días, no lo dudaría, le aconsejaría que se acercara a sus páginas y que las leyera minuciosamente, pero que lo hiciera sin prejuicios ni dogmas predeterminados. Si así lo hiciera, podría aprender cómo desde el siglo XIX la concepción de la vida, de la familia y de la sexualidad ha tomado un giro copernicano, desde la muerte de Dios, anunciada por Nietzsche, pasando por la visión freudiana del sexo, en el que toda represión conlleva neurosis o alteración de la salud mental, hasta la desconcertante mirada de De Beauvoir, para quien la familia, la maternidad y la sexualidad constituían el fin último de un nocivo patriarcado del que toda mujer debía aborrecer. Su lectura provoca una sonrojante paradoja: una recalcitrante marxista asumiendo la tesis de un no menos recalcitrante nacionalsocialista como era Karl Schmitt, quien acuñó el binomio amigo/enemigo. Amigo es quien sostiene sus demolidoras concepciones –demolidoras porque suponen la deconstrucción de la sociedad–; enemigo es quien es capaz de sostener que sin maternidad ni familia la raza humana se extinguiría por completo; aún más, enemigo es quien hace ver que su visión

no ampara a la mujer, sino que la masculiniza cuando le sustrae su naturaleza para adoptar la del hombre, iguales en dignidad y derechos, pero diferentes en su fisonomía. Pero, como bien sabemos, la lógica no siempre se impone al dogma. La Historia nos lo hace ver con dolorosa frecuencia (pp. 331-358).

Sin embargo, el profesor Masferrer solo se sabe mover en el terreno de la lógica académica, una lógica que le lleva a reflexionar sobre algunos de los perjuicios que esta nueva moral sexual –“más llevadera”– está provocando en la sociedad: desde el abuso de la pornografía, los abusos y acosos sexuales en redes sociales, la cosificación del cuerpo femenino, la fractura familiar y marital, lo que provoca en el ser humano una sensación de vacío e insatisfacción difícil de solventar (p. 373), porque todo aboca a una sociedad hipersexualizada (pp. 374-375) que impide que se pueda dar esa autonomía de la voluntad soñada por Kant (pp. 379 ss.) cuando el cuerpo se convierte en un simple objeto de placer y consumo (p. 389).

Como bien sabemos, toda sociedad busca un culpable, un chivo expiatorio, ya por su raza, creencia religiosa, por el color de su piel o por su sexo. En este caso, el culpable es el hombre, así como la vigencia de una opresora sociedad patriarcal. Fijado el dogma, fijada la persecución. Porque el dogma no admite el diálogo o el razonamiento, porque este conlleva cuestionar las verdades y los principios, las estructuras y las instituciones, un anatema al que los dogmáticos no están dispuestos a levantar. Sus ideas “no permiten un diálogo y un debate plural”. Quien se atreve, ya está condenado de antemano.

Se podría pensar que esta realidad no afecta al Derecho. Nada más lejos de la realidad. El Derecho se empapa de la realidad con la misma fuerza con que la nutre. No cabe un Derecho aséptico, como tampoco lo es el legislador, el jurista o el docente. Y no cabe porque la presión mediática y social ha alcanzado cotas tan altas que en no pocas ocasiones llega a ser irrespirable. Un buen ejemplo lo tenemos con la sentencia de “La manada”, en la que nada más dictarse sentencia, y sin tiempo para leerla, los colectivos feministas salieron a criticarla. De nuevo la ponderación vino de un académico, en este caso de Gimbernat, quien asentó una verdad tan obvia como necesaria de ser recordada – una y mil veces– en la actualidad: sin presunción de inocencia no cabe el Estado de Derecho, y la presunción de inocencia la tienen todos, incluidos quienes, como se comprobó a posteriori con la sentencia del Supremo, violaron y vejaron a la joven.

Por desgracia, esa misma ponderación no vino de quien más debe acogerse a ella: del ejecutivo. La política suele adaptarse a los vaivenes sociales. Unas veces con razón y otras sin ella. Pero lo que importa es acallar la crispación, aunque para ello se deba legislar “en caliente”, lo que significa no legislar, porque cuando se legisla para el *hic et nunc*, para el aquí y el ahora, la ley, cuando salga, ya es papel mojado, bien por falta de rigor intelectual, bien porque el hecho previsto ya se ha superado u olvidado. Así se desprende del Anteproyecto, y más aún, de la Proposición de Ley de Proyección integral de la Libertad Sexual, de julio de 1918, en cuya declaración dogmática se reduce a una simplista declaración: “Las violencias sexuales son una manifestación de la violencia machista”. Fin de la cita. Fin de la verdad (p. 427).

*In medio virtutis*, sostiene el autor (p. 441). Y acierta. Y acierta porque, a su juicio –que compartimos– debería hablarse de “integridad sexual” como bien jurídico protegido. Un término sin acepciones peyorativas y más integrador, tanto para la mujer, el hombre y para los seres más vulnerables; quizá así, como sugiere Masferrer, se podría

“redescubrir el significado y el valor humano de la sexualidad” (p. 445). Me pregunto con total ingenuidad: ¿estamos todavía a tiempo? Quizá, y solo quizá, si se lee esta espléndida monografía sin apriorismos ni clichés preconcebidos podamos, entre todos, desterrar una confrontación social y política que solo conduce a una exclusión y un reduccionismo propio de otras épocas, de otros regímenes que deseamos desterrar de nuestra bitácora de viaje.

## 5. Coda

Cabe concluir. Pero no podría hacerlo sin manifestar mi admiración por una obra tan exigente como bien elaborada; por su pulcra y esmerada redacción, muy alejada de la desaliñada escritura que con tanta frecuencia vemos, no sin desasosiego, en numerosas obras; por su prolija bibliografía, todo un Vademécum para quien desee adentrarse en este ámbito concreto del Derecho penal; por su coherencia investigadora, una labor ejemplar que viene desarrollando desde su reconocida Tesis Doctoral, ya sea dirigiendo Proyectos de Investigación, Seminarios, Conferencias, estudios monográficos, artículos de investigación, dirección de Revistas científicas o de eventos culturales.

Solo quien posee estos atributos puede embarcarse en una obra tan compleja como la presente, de la que sale notablemente airoso, hasta el punto de que su lectura podrá satisfacer al más exigente y crítico de los lectores.

Solo me cabe evocar las palabras con las que Jean Jacques Rousseau inicia el Libro Primero de *Las confesiones*, palabras que bien podrían decirse del autor, porque su obra, no cabe duda, ha venido a colmar el vacío de una memoria, que no es otra que la memoria histórica:

“[...] yo, con este libro, me presentaré ante el Juez Supremo y le diré resueltamente:

He aquí lo que hice, lo que pensé y lo que fui. Con igual franqueza dije lo bueno y lo malo. Nada malo me callé ni me atribuí nada bueno; si me ha sucedido emplear algún adorno insignificante, lo hice sólo para llenar un vacío de mi memoria. Pude haber supuesto cierto lo que pudo haberlo sido, más nunca lo que sabía que era falso”.

Juan Alfredo Obarrio Moreno  
Universitat de València