



Ihering. Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Sociales N.º 4

Año: 2021

Publicación del SEMINARIO DE ESTUDIOS EUROPEOS "DIEGO DE MENDOZA" de la Fundación Universitaria Española

[e-ISSN: 2660-552X](https://doi.org/10.1016/j.ihiering.2021.07.001)



Recibido: 12-07-2021 | Aceptado: 13-07-2021 |

Publicado: 23-12-2021

RECENSIÓN A ANICETO MASFERRER, DE LA HONESTIDAD A LA INTEGRIDAD SEXUAL. LA FORMACIÓN DEL DERECHO PENAL SEXUAL ESPAÑOL EN EL MARCO DE LA CULTURA OCCIDENTAL. THOMSON REUTERS ARANZADI, CIZUR MENOR, 2020. 518 PP

Dr. Julián Gómez de Maya

Profesor asociado de Historia del Derecho en la Universidad de Murcia

gomezdemaya@um.es

660 503 300

868 883 054

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0143-213>

El catedrático de Historia del Derecho en la universidad pública valentina Aniceto Masferrer Domingo nos ha ofrecido a fines del año 2020 un nuevo título que sumar a su prolífica producción, entendido esto a la manera del exitoso narrador, corriente la Restauración borbónica, Palacio Valdés (por lo demás, jurista de formación) en su *Testamento literario* (1929), «porque la verdadera fecundidad en la literatura no consiste en el número de libros que se escriban, sino en que estos libros fecunden el espíritu humano y lo embellezcan», sin perjuicio de que en este caso la calidad medre además sobre ostensible cantidad, la cual no debe de ser otra cosa que

cosecha de dedicación e ilusión, de esfuerzo y motivación (p. 19). En un formato que combina la edición en papel con su versión electrónica, la editorial Thomson Reuters Aranzadi, con la que el autor viene colaborando en ya bastantes ocasiones, le publica, dentro de su fondo de catálogo «The Global Law Collection», esta monografía *De la honestidad a la integridad sexual*, provista de aclaratorio y acotador subtítulo: *La formación del Derecho penal sexual español en el marco de la cultura occidental*.

Toma pie la obra de una perpleja constatación para someterla acto seguido a consecuente y científico escrutinio: «si el Derecho penal es la parte del ordenamiento jurídico que mejor refleja la mentalidad y la moral social de una comunidad política, ¿cómo es posible que un ámbito tan sensible a la moral y usos sociales como el de la sexualidad haya podido permanecer tan estable a lo largo de casi dos siglos tan complejos y convulsos?», en alusión al tracto codificador; es más, «¿a qué se debieron los cambios a partir de finales de los años setenta del siglo pasado?» (p. 22) o «mejor» ¿cuáles fueron los orígenes y alcances en «[...] el cambio de paradigma que tuvo lugar a partir de la segunda mitad del siglo XX» (p. 25) y, por supuesto, no solo en España? Sin que pare ahí el intento, todavía «[...] el estudio se propone tanto la reconstrucción histórica de los delitos relacionados con la sexualidad, como una exposición que permita su comprensión a día de hoy» (p. 23), extremo *ad quem* del que nunca se olvida o desentiende el tratadista a lo largo de su medio millar de páginas.

Luego de un prólogo bajo firma de Ignacio Sánchez Cámara, catedrático de Filosofía del Derecho, luego también de una nota preliminar de cortesía y otra sucinta introducción a la que pertenecen las antecedentes citas orientadoras, por su orden, arranca el recorrido atendiendo a la «Configuración normativa de los delitos contra la honestidad (1822-1944)» (cap. 1), en cuyo curso y dentro de un triangular adarve en defensa de la estructuralidad social de la familia, las buenas costumbres y la interdicción del abuso y la violencia, «[...] se despenalizaron varias conductas que venían siendo castigadas en el contexto de un sistema político absolutista, algunas

de las cuales ya habían caído en desuso, bien porque apenas se daban, bien porque los jueces preferían evitar su persecución y castigo» (p. 75), aunque antes hubo, en su opinión, ruptura filosófica que secularizadora (p. 454), pero, a la par, asimismo continuidad con el acervo hispano clásico, dada la evidencia, a ojos de Masferrer, con que denotan, «en general, tanto la sistemática [...] como el contenido sustantivo [...] más la propia tradición penal que el influjo de modelos extranjeros» (p. 76). Coronado así el repaso a la codificación histórica, convenía ahondar con ceñimiento a la crucial centuria decimonónica en otros vectores operativos y a ello se endereza el subsecuente «Análisis crítico de la doctrina penal (1848-1900)» que deja confirmada como corolario *la escasa influencia de los modelos extranjeros* (cap. 2, en particular, subepígr. 3) en el ánimo de los codificadores; un paralelo «Análisis de la jurisprudencia decimonónica (1848-1900)» se ocupa de la labor de esta en orden al desarrollo o encaje en la realidad, a la efectiva aplicación de cada uno de los tipos interesantes (con atención incluso a las rectificaciones extrajudiciales por gracia de indulto bajo cobertura de su ley de 1870), más al hilo de la pesquisa acometida suministra con despliegue previo un muy substancioso excurso en torno a *la relevancia de la jurisprudencia penal como objeto de estudio* (cap. 3, en particular, subepígr. 1) clarificador a la luz de esa tarea repercusivamente práctica de deslinde conceptual o interpretativo dilatada a la colmadura de vacíos regulatorios. Se pasa luego a considerar «Los delitos contra la honestidad en el siglo XX (1944-1978)», colocando el foco sobre *el cambio de paradigma cultural* (de irradiación norteamericana, mas de genesiaco modelado por acumulativos flujos europeos de pensamiento: empirismo, utilitarismo, nihilismo, marxismo, freudismo...) y su reflejo sobre doctrina, legislación y jurisprudencia nacionales (cap. 4), esto es sobre los espacios o medios jurídicos: ahora, último tercio del siglo XX, sí que llega el investigador a sorprender en ellos un ascendiente foráneo cuyo ideario venía penetrando □y atrayendo prosélitos□ en la Península desde comienzos de la centuria.

Cronológicamente, a partir de la transición democrática en el país (y tampoco se nos escamotea cómo se desarrolló igualmente el proceso desde una perspectiva

comparatista), procedía seguir con densa textura el tránsito, jurisprudencialmente prefigurado, «De la “honestidad” a la “libertad sexual”», a impulso de aquella evolución sociocultural que, incorporada en sus valores o en desaire quizás a un embozado dogmatismo, ahora de cuño laico desvalores, hubo de dejarse sentir a la hora de acotar el bien jurídico protegido, por ende asimismo en la rúbrica de este bloque delictuoso (cap. 5), al paso que el legislador entraba en una espiral de *constante dinamismo reformista* (pp. 229-230) por contraposición a la estabilidad precedente. Recalado tan laborioso empeño cronístico en los albores del siglo XXI, el apartado de cierre se impone, por último, la contemplación de controversias ya coetáneas en toda su actualidad, cartografiadas de primeras por medio de un arduo ejercicio de aquilatamiento que corre desde lo ideológico-filosófico hasta lo estadístico para poner en realce cuanto media «De la “libertad sexual” a la “vulnerabilidad”: la crisis del consentimiento» (o sea de la autonomía y el blindaje de la voluntad que se persigue en las relaciones sexuales), mas, sin detenerse el autor en ese punto de referencia, todavía proyecta la mirada de caminante que mucho ha andado y mucho ha visto: la codificación patria y extranjera, literatura jurídica y filosófica, el reajuste jurisprudencial, etcétera hacia el horizonte, hacia un futuro que se atisba y al que no rehúye proponer alternativas (cap. 6), inasequible a la complacencia positivista ni al adocenamiento crítico: se trata de un colofón merecedor de todo encomio, porque, aparte su colocación culminante para cierre del discurso, lo es en virtud de la ambición y complejidad de una propuesta consumada por cierto en triunfo —convenza o no en todo y a todos— ya como mínimo en cuanto al solo envite especulativo: tras aquel itinerario que ha ido de la *honestidad* a la *libertad sexual*, de ahí a la *libertad e indemnidad sexuales*, Masferrer, a la vuelta de un debate que examina la posible inercia de una tradición patriarcal, la destabuización y el permisivismo moral, la índole de la autodeterminación individualista y del consentimiento como criterio único de moralidad o la hipersexualización social, nos muestra de seguido un camino en declive hacia la vulnerabilidad humana frente al que tiende el puente o efugio de la *integridad sexual* como bien jurídico —*in medio virtus*— digno de la salvaguarda

penal: «la “libertad sexual” promete mucho para luego dar poco a pocos. La “integridad sexual” promete menos para luego poder garantizar más a más individuos, empezando por los más vulnerables» (p. 453). Rinden viaje así el libro y su materia medular, que es la Historia del Derecho, no ya en el vigor del ordenamiento penal contemporáneo, sino, *plus ultra*, en los dominios de la política criminal: excelente muestra de lo que puede (¿debe siempre?) ser y justificar aquella; y, con tanta envidia como va descrita, su noticia y razón ha de resultar por fuerza demasiado sintética y hasta telegráfica, comoquiera trunca, porque hay en él mucho más, habida cuenta de que su artífice, concienzudo observador e intérprete de la realidad en sus profundas aristas, no se escabulle ante ningún aspecto espinoso que venga a salirle al paso, ni siquiera cuando el devenir argumentativo le deja en situación de terciar en polémicas tales como la de los principios procesales de igualdad y presunción de inocencia frente a las inexorables dificultades probatorias, la de la presión mediática frente a la independencia judicial, la de la instrumentalización partidista del Derecho penal sexual frente a una política legislativa meditada, ecuánime y coherente...

Aún resultará no poco útil, para quien sepa servirse de sus orientaciones o sugerencias, el postrero inventario de fuentes y bibliografía. A este respecto y en cuanto a los pertrechos recabados, la empresa □ conforme ya ha ido poniéndose de manifiesto □ «[...] requiere el uso y manejo de una variedad notable de fuentes, tanto jurídicas como no jurídicas» (p. 23): documentación preparatoria, diarios de Cortes, material normativo, jurisprudencia, recursos doctrinales, textos filosóficos, periodísticos..., todo ello puesto a contribución con proteico acudimiento ora a los métodos exegético, histórico-crítico, dogmático, comparado..., ora al análisis filosófico, sociológico e incluso estadístico y a la historia de las ideas, según exigencias de cada problema fragmentario dentro del conjunto y no □ claro que no □ al reclamo de *interés o gusto por la erudición* (p. 26): de otra manera, «la variedad de métodos empleados no ha sido un capricho del autor, sino una necesidad impuesta por el objeto y enfoque multidisciplinar del estudio, en el que confluyen disciplinas tan dispares como el Derecho penal, la Historia del Derecho, la Filosofía

jurídica, la Filosofía moral, la Historia, la Sociología, etc.» (p. 24), si bien «no por ello el presente libro deja de ser un estudio primordialmente histórico-jurídico», mas, superador de cualquier acomodaticia *reconstrucción inerte del pasado*, estudio tendente por vía de propedéutica comprensión hacia unos planteamientos reformistas que culminan, pues, «[...] ofreciendo hacia al final algunas claves *de lege ferenda* para una mejora del derecho vigente» (p. 26), uno de los más apreciables □por su valentía□ aportes de este volumen que, así llegado el caso, no se arredra ante el reto de enfocar los conflictos en principio histórico-jurídicos mediante amplio visor humanista que vivifica una investigación servida con toda la exhaustividad y sutileza analítica por este profesor capaz de adentrarse (a la vista, si aún cabía duda, de su última bibliografía en parte, pues ni mucho menos descuida en contrapeso el quehacer troncal de iushistoriador) por otros terrenos intelectuales que transita con bienandanza hacia el contraste sociopolítico y aun filosófico de prospectivos alientos, alguien que, de más a más, puede exornar bien acreditadas dotes científicas con una bonhomía tantas veces ausente entre los hierofantes del por convención □y sin demasiada convicción□ llamado *templo del saber...*: como predicara el fabulista Miguel Agustín Príncipe de otro *distinguido jurisconsulto y publicista* (sobre *querido amigo* suyo), «en ti la ciencia a la virtud se aduna / y la razón con la piedad se hermana»... (*Fábulas en verso castellano y en variedad de metros*, 1862).