

Yacobucci, Guillermo J.

La transformación del derecho penal argentino

The transformation of the argentine criminal law

Prudentia Iuris N° 80, 2015

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Yacobucci, G. J. (2015). La transformación del derecho penal argentino [en línea], *Prudentia Iuris*, 80. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/transformacion-derecho-penal-yacobucci.pdf> [Fecha de consulta:.....]

LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO PENAL ARGENTINO

The Transformation of the Argentine Criminal Law

Guillermo J. Yacobucci*

1. La Política Criminal de las últimas décadas

Las últimas décadas de la Política Criminal en Argentina, al menos en lo que se ha plasmado de modo asistemático dentro de la codificación penal, se inscriben en el marco de discusión sobre la crisis del Derecho Penal. Como he señalado en otras oportunidades, resulta paradójico hablar de crisis penal cuando al mismo tiempo se describe su expansión¹ constante². Esa aparente contradicción, en verdad, lo que indica es la transformación del Derecho Penal³. Lo que ha ingresado en una crisis evidente es la comprensión del sistema penal a partir de ciertos criterios propios de la matriz ilustrada del mismo. Por lo demás, se han elaborado nuevas formas de comprensión del fenómeno punitivo que ya no responden a esos cánones originarios. Al respecto han mutado los fundamentos, fines, métodos científicos y estructuras de concreción legislativa de la reacción penal.

Por eso, si bien resulta imposible dar cuenta precisa de los cambios suscitados en el Derecho Penal de la Argentina en estos últimos treinta y cinco años, si se atiende de manera sumaria y con cierto grado de discrecionalidad a algunos de esos aspectos, es factible brindar un panorama de lo que ha sucedido.

A modo de introducción, cabe advertir que la Argentina no ha estado ajena, en buena medida, a las líneas que han motorizado las nuevas respuestas penales a nivel comparado, sobre todo en el área continental. La “metamorfosis” del orden penal no solo expresa aspectos vinculados a las decisiones legislativas, esto es, de Política Criminal, sino que integra además los cambios en la dogmática penal. Al mismo tiempo, el Derecho Penal no ha escapado al tránsito, desde un Estado lega-

* Abogado (UBA). Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesor titular de Derecho Penal (U. Austral). Prof. Adjunto Ordinario de Filosofía del Derecho (UBA). Correo electrónico: yac@fibertel.com.ar

1 Silva Sánchez, J. (2011). La expansión del Derecho Penal., *Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, 3ª edición. Buenos Aires. Montevideo. BdeF.

2 Yacobucci, G. (2014). *El sentido de los Principios Penales*, 2ª edición. Buenos Aires-Montevideo, BdeF.

3 Yacobucci, G. y Gomes, L. F. (2005). *As Grandes transformacoes do direito penal tradicional*. San Pablo. Revista Dos Tribunais.

lista de Derecho, hacia una comprensión signada por el neoconstitucionalismo⁴; lo que se ha definido como Estado Constitucional de Derecho. En lo que aquí interesa, esto exige que se atienda no solo a la instancia de creación legislativa de los tipos penales, sino también a lo que sucede en el momento de la aplicación al caso de esos enunciados legales. Resulta obvio señalar, en este punto, la importancia de la jurisprudencia penal, sobre todo la que ha surgido de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). De allí que en términos algo retóricos se puede decir que un símbolo de esos cambios es el paso de la prohibición de interpretación de la ley penal por los jueces –reclamada por Beccaria– a la afirmación de que los tipos penales son finalmente acabados –cerrados– merced a una interpretación teleológica por parte de los magistrados⁵.

En fin, asumiendo desde ahora que la discrecionalidad en la selección de las cuestiones a reflejar supone la omisión de otras que han marcado estas décadas, se intentará presentar en lo que sigue un elenco de temas con el objetivo de caracterizar ese tránsito hacia un nuevo Derecho Penal.

2. Los cambios en las consecuencias jurídicas del delito

2.1. Entre el “punitivismo” de la prisión y la relativización de la reclusión

En el campo de las consecuencias jurídicas del delito, el Código Penal ha sufrido en los últimos treinta años una serie de reformas que obedecen a perspectivas diversas. Por un lado, se ha verificado la extensión del límite máximo de la pena privativa de la libertad divisible, que paulatinamente ha sido llevado, a través de la redacción del art. 55 del CP, a los cincuenta años de prisión, esto es, el doble de lo que tradicionalmente establecía el homicidio simple –veinticinco años–, que determinaba la apertura de aquel enunciado hacia la parte especial del Código. Más allá de las discusiones sobre la proporcionalidad de esa reacción, puede observarse que ese *quantum* punitivo parece orientarse no solo a criterios de responsabilidad por el hecho, sino a fines “encubiertos” tendientes a neutralizar cierto tipo de individuos. La idea de “inocuidación” para delinquentes “irrecuperables” que expresaba la calificación de von Liszt se insinúa como una función no explicitada de esa modificación.

Paralelamente, ya en la instancia jurisprudencial, la CSJN declaró inconstitucional la aplicación del art. 52 del CP en los casos de “*multireincidencia*”, en tanto

4 Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. (2012)., *Constitución y Sistema Penal*. Barcelona. Marcial Pons.

5 Cf. Zagrebelsky, G. (1992). *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Torino. Einaudi Desarrollando la cuestión, Silva Sánchez explica que la denominada interpretación teleológica de los enunciados jurídico-penales parte de cuatro premisas: “1) Que en relación con dichos enunciados existe un *telos*, llámese a éste ‘fin de regulación’ (*Zweck*), ‘idea fundamental’ (*Grundgedanke*), ‘razón justificante’, etc.; 2) Que el *telos* de referencia no lo expresa (o no lo expresa siempre) el propio enunciado jurídico, ni tampoco otro enunciado jurídico; 3) Que, sin embargo, dicho *telos* es susceptible de ser descubierto (o, mejor, asignado); y 4) Que, una vez descubierto (o asignado) el *telos*, cabe reconstruir el sentido del enunciado jurídico en términos de racionalidad teleológica, es decir, configurarlo como medio para el cumplimiento de dicho fin”. Silva Sánchez, J. (2006). “Interpretación teleológica en Derecho Penal”. En *Estudios de filosofía de Derecho Penal*. Bogotá. Universidad del Externado.

remitía a una reclusión por tiempo indeterminado –bajo etiqueta de medida de seguridad a pesar de su inclusión en el art. 5° del CP– para categorías de delincuentes que, precisamente, podían expresar la imposibilidad de atenerse a las exigencias normativas. En el precedente “Gramajo”, los distintos argumentos desarrollados por los ministros, en especial por los jueces Zaffaroni y Petracchi, pusieron en evidencia que esa reacción no atendía a la gravedad de los hechos, sino a una peligrosidad de las personas que podían caracterizarse como “delincuentes molestos”. Los razonamientos que vertebraron esos votos dejaron, sin embargo, a salvo la aplicación de ese aseguramiento marcado por la peligrosidad, en los casos de asesinatos. En el voto del juez Petracchi, se destaca que las opiniones allí vertidas no alcanzan, *per se*, al instituto de la reincidencia como tal.

Este fallo, relacionado a su vez con otros precedentes, puso en crisis la operatividad de la reclusión como pena privativa de la libertad pues, además de neutralizar el cómputo diferenciado respecto de la prisión preventiva en relación con la pena de prisión que prevé el art. 24 del CP, quedó afectada la real distinción entre ambas penas que limitan la libertad ambulatoria de las personas. Sin duda esto ha traído consecuencias prácticas relevantes en los casos de tipos penales que atienden reacciones diversas en su *quantum* punitivo, cuando se trate de reclusión o de prisión. Dicho de otro modo, supuestos como los del art. 81 del CP, homicidios en emoción violenta y preterintencional, que prevén como sanciones reclusión de tres a seis años o prisión de uno a tres años, se presentan como objeto de discusión en punto a la aplicabilidad de la reacción penal basada en la reclusión. Por cierto, si esta última opción queda descartada como pena, las consecuencias a los fines de la prescripción resultan manifiestas, ya que su lapso se verá modificado radicalmente. Dependerá así de la hermenéutica que se adopte –asumir o no la desaparición por vía jurisprudencial de la reclusión–, la escala penal aplicable y el lapso de prescripción de la acción penal a su respecto. Este solo ejemplo indica ya la significación que tiene en el nuevo paradigma de la legalidad la interpretación constitucional.

2.2. Necesidad de pena y prevención especial

De otra parte, en el Código Penal se ha establecido un sistema tendiente a evitar que la pena de prisión resulte la consecuencia habitual de la responsabilidad penal, aún siendo condicional su ejecución –art. 26 del CP. Para evitar los efectos “estigmatizantes” de una condena, el legislador ha volcado en el Código de Fondo un instituto que “compite” con instrumentos de disposición de la acción y otros mecanismos alternativos establecidos en los códigos de procedimiento provinciales. Así, la suspensión del juicio a prueba –art. 76 bis del CP–, nombrada en nuestro medio como “*probation*” –alterando la estructura originaria–, permite que con determinadas reglas se evite el juzgamiento del imputado y, cumplidas estas, se extinga la acción a su respecto. Más allá de los debates y la doctrina de la CSJN, en el precedente “Acosta” sobre el *quantum* punitivo que habilita ese instituto, lo que resulta interesante remarcar es que, a través de esa decisión, el sistema penal argentino ha pasado de la doble vía tradicional, concretado a través de penas para los culpables y medidas de seguridad para los peligrosos, hacia un esquema tendencialmente de

triple vía, en tanto incorporó la reparación –de naturaleza diversa a la civil– como una posibilidad de atender conflictos.

En esa misma línea, las reformas sobre la ejecución de las penas privativas de la libertad, especialmente merced a la Ley Penitenciaria 24.660, han concretado un régimen de progresividad en el cumplimiento de ese tipo de sanciones. A través de esta, se expresan criterios de prevención especial y, así, al menos se orienta al objetivo resocializador que se persigue o declama; más allá de la obvia naturaleza de respuesta al delito que encarna toda pena impuesta sobre la base de los hechos por los que la persona responde jurídicamente. La CSJN ha precisado en este marco una serie de criterios que no pueden desatenderse en la hermenéutica de la pena, su naturaleza y operatividad, incluido lo relativo a la delincuencia de menores y juvenil. En esa línea cabe citar los precedentes “Romero Cacharane”, “Maldonado” y “Squilaro”.

Finalmente, más allá de la discusión sobre la naturaleza de la responsabilidad que se atribuye a las personas jurídicas dentro del Código Penal, su art. 304 establece un elenco de consecuencias jurídicas especiales que se han de aplicar cuando se trata de delitos como el lavado de activos. Este tipo de respuestas –¿sanciones penales?– se suma, así, a las ya previstas en materia penal aduanera.

3. Los cambios en la técnica de legislación penal y sus consecuencias operativas

3.1. La nueva relación entre creación y aplicación de la ley

La pretensión de Beccaria⁶, en punto a que los jueces no pudieran interpretar las leyes penales, requería, al menos idealmente, que los enunciados legales se construyeran sobre la base de elementos descriptivos, marcadamente objetivados y con la mayor neutralidad posible. Esto es, que habilitaran una metodología de aplicación a través de la subsunción como forma mecánica –sin interferencias– de asumir el hecho juzgado dentro de la extensión lingüística –literal– de la ley. Así, el juez no tenía posibilidad de “interferir” en la relación entre enunciados y hechos, pues no había elementos que exigieran valoración, ya que todo dependía de la “percepción” que habilitaban las descripciones literalmente comprendidas por el magistrado.

Con esta técnica se lograban dos objetivos fundamentales: uno de naturaleza política, otro de orden epistemológico. En la esfera política, la ley penal salía “acabada” de manos del legislador, su única fuente legitimada, impidiendo así que los jueces avanzaran sobre competencias que eran ajenas en ese reparto de poderes. Conforme, además, a criterios netamente formalistas, propios del positivismo legal, el contenido de la norma era ajeno a consideraciones en la instancia de aplicación. La ley era la vara con la que se determina lo bueno y lo malo, lo justo o lo injusto, como señalaba Hobbes y luego reafirmaría Kelsen con su conocida afirmación: la ley

⁶ Beccaria, C. *De los delitos y de las penas*, se sigue la edición de Franco Venturi (1983). Barcelona. Bruguera.

puede tener cualquier contenido. En definitiva, “*auctoritas, non veritas facit legem*” (Leviathan, cap. 19).

Esta consideración política favorecía en el campo metodológico un proceso claramente formalista, deductivo y mecánico, que encontraba en la imagen de la subsunción el aseguramiento y la certeza en la operatividad de la ley frente a los hechos⁷. La prohibición de analogía se presentó, así, como un sucedáneo más realista de la primigenia prohibición iluminista de interpretar⁸.

Esta comprensión “cultural” y política de la cuestión entró en crisis a partir de la década de los años sesenta del siglo pasado, se proyectó de manera definida en sus últimos años y en lo que lleva el siglo XXI se ha vivido una consolidada transformación. En nuestros días, el legislador ha adoptado una técnica de construcción de los enunciados típicos que necesariamente exige la intervención hermenéutica en la instancia jurisdiccional. Suele decirse hoy que la creación de la ley y su aplicación no constituyen dos compartimientos estancos o diversos, sino que se integran en un proceso de gradual concreción normativa; aunque se deba salvar la subordinación de la última instancia a la primera, para respetar la sujeción del juez a la ley⁹.

No se trata de algo que los magistrados han arrebatado a los legisladores sino de la consecuencia necesaria del modo en que estos construyen los tipos penales. Las últimas décadas de legislación en la Argentina ponen en evidencia esta situación a través de ciertos aspectos o criterios de redacción de los enunciados. Fundamentalmente, a los fines de este trabajo, pueden identificarse algunas cuestiones relevantes que expresan este fenómeno.

3.2. *El Derecho Penal de riesgos y el adelantamiento de la punición*

Así puede señalarse que el legislador argentino ha elaborado un número apreciable de tipos penales buscando un “adelantamiento de la punibilidad”. Esto significa que ha discernido como bienes jurídicos lo que en verdad son “normas de flaqueo”, es decir, reglamentos, controles o programas que, en el sistema jurídico general, buscan regular, propiciar o proteger el cumplimiento de objetivos finales. Esto se complementa, además, con la referencia a meros peligros abstractos, alejados de la lesión efectiva de bienes jurídicos. En ese marco, lo que originariamente era visto como mera contravención administrativa no solo termina convirtiéndose en un delito, sino que incluso adquiere una notoria gravedad dentro del sistema punitivo del Código. Una muestra de esto se verifica en los distintos tipos penales que se integran en el art. 189 bis del CP, especialmente en lo relativo a los delitos de tenencia y portación de armas de fuego “sin la debida autorización”.

Se trata, en el primer caso –tenencia–, de un ejemplo de los denominados de-

7 Cfr. Müller, F. (1995). *Juristische Methodik*. Berlín. Duncker & Humblot.

8 Kaufmann, A (1999). *Das Verfahren der Rechtsgewinnung*. München. CH Beck’sche. La función de la analogía en la aplicación de la ley puede verse en Riggi, E. (2010). *Interpretación y ley penal, un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*. Barcelona. Atelier.

9 Cf. Yacubucci, G. (2014). *El sentido de los Principios Penales*. Ob. cit.

litos de posesión que se construyen sobre presupuestos de peligro abstracto, pues se satisfacen por la sola inobservancia de las exigencias administrativas para “tener” un arma de fuego. Esta opción legislativa plantea en el campo del análisis científico penal varias discusiones, donde se integran desde el debate sobre la efectiva existencia de comportamiento –¿es el tener propiamente una acción?– hasta la individuación de los bienes jurídicos que están en juego dentro de la teleología del tipo.

Ya en el supuesto de la “portación” de un arma de fuego, se infiere la exigencia de un peligro concreto –diverso al riesgo de la mera tenencia– y por esto reclama para su atribución una serie de componentes extras en la situación ilícita. Esto es, que el traslado se verifique fuera de un determinado ámbito de intimidad y privacidad, que el arma de fuego esté cargada y sea apta para el disparo. Aspectos que, en la tenencia, resultan innecesarios.

La noción de peligrosidad y el adelanto de la punibilidad no se reducen a la configuración objetiva solamente, pues el legislador ha agravado o atenuado las consecuencias jurídicas de estos hechos según ciertas características del sujeto. En buena medida, ha cedido a la tentación de adoptar criterios propios de un Derecho Penal de autor, que condicionan el acto –hecho– que es el punto de partida fundamental de la imputación. De allí que busque agravar las sanciones si se trata de un individuo eximido de prisión o excarcelado o si posee antecedentes vinculados a delitos con armas de fuego o contra las personas. Al mismo tiempo, permite una reacción “atenuada” si se descarta, de manera certera y evidente, que la portación del arma de fuego persiga otros objetos ilícitos.

Si bien estos tipos penales pueden guardar, como se dijo, cierta relación con la lógica del adelantamiento de la punibilidad, esta función no agota el significado jurídico del injusto, en tanto el legislador ha adoptado criterios de autoprotección del Estado a través de la defensa de la seguridad y la tranquilidad pública, como bien jurídico diferenciado de los ilícitos que, en particular, puedan afectar bienes individuales.

Esto se pone de manifiesto por la rúbrica donde se integran sistemáticamente los tipos en análisis y la graduación del peligro que se verifica en la consideración de las consecuencias punitivas atribuidas a cada supuesto incluido en el art. 189 bis del Código Penal.

En ese orden, en lo que el tipo expresa como deber impuesto al sujeto que detenta un arma de fuego –omitir su posesión o traslado ilegítimo–, está claro que no requiere de una ejecución más extensa que la de tener el objeto en las condiciones antes aludidas, pues con esto determina ya una perturbación objetiva. El estado o situación de antijuridicidad tiene, pues, un sentido de permanencia que nuestra legislación penal diferencia a través de la configuración típica entre tenencia y portación según la entidad del riesgo emergente.

Todos estos aspectos volcados a los enunciados legales ponen de manifiesto que en la instancia de aplicación ha de concretarse una intensa labor hermenéutica, no solo en aras de evaluar la constitucionalidad de esos tipos frente a los casos concretos, sino además ponderar aspectos que remiten a elementos subjetivos, por principio, de dudosa legitimidad.

En esa misma línea, el legislador se ha valido de tipos penales que asumen como comportamiento autónomo, relevante a los fines de la sanción, acciones que en

verdad –empíricamente hablando– son meros actos preparatorios de un delito y, por ende, previos a un *iter criminis* punible. Dicho de otro modo, actos que no se integran siquiera a la tentativa de un delito específico.

Si bien tradicionalmente un ejemplo de esa técnica legislativa puede encontrarse en la posesión de instrumentos conocidamente orientados a la falsedad de moneda –art. 299 del CP–, en nuestros días la más clara expresión de esa modalidad reside en la figura del “grooming” expresada en el art. 131 del CP. Ello es así por cuanto en este tipo penal concurre no solo la caracterización de un acto preparatorio como ilícito en sí mismo, sino que además integra la necesidad de evaluar, por parte del aplicador, intenciones del sujeto –“con el propósito de cometer” un delito sexual. La labor interpretativa, en este caso, resulta particularmente exigente, en tanto el enunciado precisa el medio a través del cual el agente “expresa” su finalidad ilícita sexual. Por eso se trata en verdad de un “cibergrooming”, ya que el mismo comportamiento sin ese instrumento comunicativo carece de relevancia penal.

3.3. La necesaria interpretación teleológica y valorativa en los delitos sexuales

La idea de alcanzar la neutralidad del enunciado merced al uso de elementos descriptivos aparece hoy abandonada por el legislador, frente a ciertos bienes jurídicos que se instalan como objetivos preferentes de la Política Criminal. Así, en el campo de los delitos sexuales, se ha recurrido a fórmulas que adoptan marcadores claramente valorativos e, incluso, remiten a la víctima concreta que aparece en el hecho particular sometido a juicio. Este es el caso de la reforma de la ley 25.087 del Código Penal sobre los delitos sexuales. El enunciado del art. 119 del CP, por ejemplo, habla de ataques sexuales que por su duración o circunstancias de realización configurarían un “sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima”.

La reforma de este grupo de comportamientos ilícitos en el Código Penal es en sí misma una muestra de la metamorfosis en términos de técnica legislativa y las consecuencias directas o indirectas que suscitan en la práctica. Lo primero a señalar es que un cambio en la identificación del bien jurídico lesionado provoca necesariamente modificaciones en la hermenéutica de los comportamientos delictivos. Esto muestra la relevancia de la interpretación teleológica en relación con los bienes jurídicos.

Vale recordar que históricamente el Código se refería a este tipo de conductas con la rúbrica de “delitos contra la honestidad”. Congruente con esa identificación, en el estupro se requería que la víctima fuera “mujer honesta” y la afectación básica se definiera como “abuso deshonesto”. De allí también que la manualística de la época considerara que no era posible la existencia de “violación” en las relaciones maritales, pues aunque fueran forzadas no afectaban la “honestidad” de la mujer, quedando solo subsistente alguna posible lesión. Más aún, por la interpretación que merecía el verbo típico, se afirmaba que la mujer nunca podía ser sujeto activo de violación ya que, desde una perspectiva anatómica, ella no podía “penetrar” o “acceder” al varón –no podía violarlo.

La redacción de aquél momento derivó, por otra parte, en una fuerte discusión

jurisprudencial acerca de la posibilidad de aplicar la punición de la violación a la *fellatio in ore* o, si por el contrario, aquella solo quedaba operativa para el coito –vaginal y anal.

La reforma en esta área tan delicada comenzó por la propia referencia al bien jurídico afectado. En este punto, la nueva rúbrica lo definió como “integridad sexual”. Este cambio determinó, obviamente, una modificación profunda de la hermenéutica de los tipos penales, ya que incorporó como bienes jurídicos la libertad y la indemnidad sexual –especialmente de los menores de edad. Así, en nuestro sistema, los tipos de injusto en cuestión hacen referencia a la afectación de la libertad en el ejercicio de la sexualidad. En ese punto, los condicionamientos y, sobre todo, la coacción son un medio eficaz para mostrar la afectación al bien jurídico integrado al tipo.

La operatividad del tipo debe ser analizada entonces de acuerdo a la *ratio iuris* del injusto que se concreta a través de la afectación de la libertad sexual de la víctima, sin perjuicio de los intercambios sociales precedentes, en tanto estos no impliquen una situación de error sobre el consentimiento de la persona en la realización del acto. En el caso de los delitos contra la integridad sexual, el núcleo del injusto típico reside en un comportamiento que no consulta la voluntad del afectado en su libre ejercicio de la sexualidad. En nuestra configuración social las personas tienen la libre disposición de su sexualidad, de acuerdo con criterios de edad y circunstancias diversas que siempre dejan a salvo la expresión de consentimiento. Precisamente, este último se hace ineficaz a los efectos de la imputación, cuando en el intercambio sexual aparece un menor de trece años, cuya indemnidad en ese aspecto se pretende asegurar.

Existe, pues, un derecho garantizado a decidir libremente sobre los contactos sexuales, que integra desde una perspectiva que podemos definir como negativa la facultad de exclusión de terceros de ese campo de organización, ejercicio y disposición de las personas.

La garantía del libre ejercicio de la sexualidad reconocida en el sistema jurídico no implica la posibilidad de acciones positivas sobre terceros para el aseguramiento normativo de su concreción. El ejercicio de la sexualidad queda, por tanto, sujeto a la libre decisión de los sujetos, de acuerdo a reglas de tipo social, comunicativo, afectivo y civil. Por eso, el consentimiento sexual frente a terceros no se presupone “*per se*”, pues está relacionado con el libre ejercicio de un derecho individual dentro de determinados contextos de interacción. Ninguna persona puede reclamar de otro la prestación sexual aduciendo su derecho al propio ejercicio de la sexualidad.

De allí que en el contenido material del bien jurídico que presenta la rúbrica se hable de integridad sexual para referirse a un aspecto fundamental del libre desarrollo de la personalidad, de acuerdo a valores de diverso rango –sociales, éticos, culturales, religiosos, etc. Una parte esencial del bien jurídico se vincula, pues, con la libertad sexual que impide sobre todo injerencias de terceros no consentidas –derecho de exclusión– y neutraliza pretensiones no aceptadas de prestación.

De todos modos, la rúbrica con la que el legislador ha identificado el Título II, del Libro II del Código Penal, “delitos contra la integridad sexual”, no se relaciona simplemente con la afectación de la libertad sexual, sino que incluye también aspectos de indemnidad e intangibilidad referidos, sobre todo, a los menores de edad y, especialmente, a la franja de estos, comprendida hasta los trece años. Esto es congruente con la axiología constitucional, particularmente a partir de la reforma de

1994, donde al principio de dignidad humana históricamente asumido se sumaron los criterios que impone la “Convención de los Derechos del Niño” (art. 19, apartado 1 y art. 34) y el principio 2º de la “Declaración de los Derechos del Niño”.

Este marco de orientación se concreta, además, en tipos penales como el de la corrupción o suministro de material pornográfico. En tal sentido, el art. 125 del CP considera disvaliosa la intromisión abusiva y por esto ilegítima de un adulto en la esfera de desarrollo sexual del menor, incluyendo como fundamento de agravación la circunstancia de que esa injerencia se concrete por parte de un conviviente. De esa forma se pretende asegurar el derecho del menor a un desarrollo libre y progresivo de su sexualidad que implica excluir interferencias que abusen de su situación de vulnerabilidad. En esto se expresa la búsqueda de cierta intangibilidad frente a los intercambios de contenido sexual que supongan una instrumentalización del sujeto o, de acuerdo a la edad, un condicionamiento ilegítimo de su desenvolvimiento madurativo. Se trata, pues, de una consideración normativa, en tanto la integridad sexual es asumida como derecho del menor, que busca preservarlo de la relación de prevalencia obvia de los adultos en ese campo específico.

3.4. Algunas consecuencias del cambio de bien jurídico en los delitos sexuales

El abandono de la noción de la honestidad como bien jurídico aplicable a los delitos sexuales y la aparición de la integridad sexual en su lugar, más allá de la relevancia política criminal que expresa, provocó consecuencias interpretativas de notable impacto en las relaciones sociales y en la comprensión de la dogmática penal. Ciertamente, tras esa reforma, ya no puede haber discusión alguna respecto a que el acceso carnal no consentido en la relación conyugal constituye un ilícito penal. Resulta igualmente claro que el estupro no requiere discutir sobre la “honestidad” de la víctima que, por otra parte, puede ser de cualquier género –no solo femenino como entonces. Hoy, el juez habrá de valorar acerca de la “inmadurez sexual” del afectado –menor de dieciséis años aunque mayor de trece– para concluir si su consentimiento ha resultado manipulado por el sujeto –mayor de edad– activo.

En tanto el legislador expresa en el tercer párrafo del art. 119 del CP, como fundamento de la imputación –de lo que antes se indicaba como violación–, que “hubiere acceso carnal por cualquier vía”; este enunciado también ha provocado cambios notables. Por un lado, al no hacer referencia al sujeto que “accede carnalmente” sino a la situación de acceso carnal –habla de “hubiese”–, que es lo que debe verificar el juez para imputar el hecho, la mujer puede ser responsable del delito frente a una víctima masculina. Lo que importa para la relevancia típica es que hubiese acceso carnal, no quién es el sujeto agente del acceso, ya que lo que aquí interesa, en términos del tipo de injusto, es considerar la edad del afectado, la inexistencia de consentimiento válido o la presencia de violencia física o moral –coacciones.

Por otro lado, si bien la referencia del enunciado a acceso carnal “por cualquier vía” provoca dificultades de aquellas que se identifican como problemas de “sobre inclusión” típica, lo cierto es que no parece haber duda que ahora integra en la pena prevista para los accesos carnales por vía vaginal y anal, también a la *fellatio in ore*.

4. La identificación en los enunciados típicos de especiales sujetos vulnerables

La apertura radical del sistema jurídico argentino a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, a partir de la reforma constitucional de 1994, significó un cambio notable en los criterios interpretativos de las leyes penales pero, al mismo tiempo, impulsó decisiones de Política Criminal de notable importancia. En ese contexto debe situarse la promulgación de tipos penales relacionados con la violencia de género e intrafamiliar, la especial atención a la mujer como víctima potencial de agresiones psicológicas y físicas, la ubicación de los menores de edad como sujetos que requieren de especial atención a través del instrumento punitivo, el señalamiento de crímenes de lesa humanidad y, finalmente, la importancia en general de la vulnerabilidad social, particularmente representada en la trata de personas.

Así, el Código Penal fue incorporando tipos de injusto donde se atiende a “víctimas” que aparecen expuestas, por situaciones de sometimiento, inequidad sociológica de las relaciones, motivos de rechazo o discriminación, a padecer lesiones en bienes jurídicos fundamentales –vida, integridad física y sexual, libertad etc. La reforma del art. 80 del CP –homicidios agravados– se muestra, en esta línea, como un ejemplo especial, ya que se amplía en el inciso primero la naturaleza de los vínculos personales que fundamentan la pena de prisión perpetua, pues trasciende el concepto institucional de cónyuge y se proyecta sobre la noción de pareja, sin importar que hubiera convivencia actual o pretérita. De allí la notoria dificultad de otorgar algún contenido cierto a la expresión “pareja” como sujeto pasivo del ataque contra la vida. Adviértase que al neutralizar el enunciado, la convivencia como indicador relevante de la estabilidad del vínculo, se hace más difusa la delimitación del contenido de esos vínculos.

Al mismo tiempo, ya en el inciso cuarto del art. 80 del Código Penal, que atiende tradicionalmente a los agravantes por la motivación del autor, se incluyeron –además del odio racial y religioso– el relativo a “género, orientación sexual, identidad de género o su expresión”. Esta línea de Política Criminal se completa a través de los incisos once y doce, que se refieren, en el primer caso, a la muerte causada por un hombre contra una mujer, mediando violencia de género y, en el otro, cuando se mata para causar sufrimiento a una persona con la que mantiene o ha mantenido un vínculo de pareja en los términos del inciso primero. Este último supuesto es una expresión contemporánea del histórico *inoxxi pro noxio*, que exteriorizaba la muerte del enviado –inocente– como medio de afectar al realmente comprometido en el conflicto. Por eso se define como un homicidio transversal, en tanto se mata a un sujeto con el propósito de terminar afectando a quien ha sido o es pareja del autor.

Un punto importante en la interpretación de los institutos que se presentan como sustitutos del juicio penal, lo establece la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, *Convención de Belén Do Pará* –ley 24.632. La hermenéutica propuesta por la CSJN en el precedente “Gongora” parece inhibir, como ya lo habían decidido otros tribunales penales, la posibilidad de no llegar a dilucidar la violencia de género fuera de un juicio formal.

Cabe recordar que para esa Convención, la violencia a la que se refiere se concreta a través de “*cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*” (art. 1°). En el artículo siguiente establece que “*se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual*”.

A su vez, y en relación con los criterios que han de adoptar los Tribunales, el art. 7° de la Convención determina, en lo que respecta a estos sucesos: “[...] *los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique la propiedad; e. tomar las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; f. establecer procedimientos legales y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención*”.

La aplicación de instrumentos internacionales incluso ha provocado la configuración de tipos penales que van más allá de los criterios propiciados a nivel comparado. Tal es el caso del injusto relacionado a la trata de personas, dentro del cual el consentimiento deja de tener una función desincriminante. En ese enunciado punitivo –ley 26.842– se describe la trata de personas como el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países. La explotación es definida no solo a través de situaciones de reducción o sujeción a esclavitud, servidumbre, trabajos forzados, sino también cuando se facilite o comercialice la prostitución, la pornografía infantil o se forzaren matrimonios o uniones de hecho. Finalmente, se incluyen comportamiento relacionados con la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos y tejidos humanos.

La cláusula más significativa, en términos de Política Criminal, establece que el “consentimiento dado por la víctima de la trata y explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores”.

5. Los delitos contra el orden económico y financiero

En las últimas décadas, el sistema penal argentino se orientó, como sucedió a nivel comparado, hacia bienes colectivos y macrosociales, muchos de ellos de claro contenido económico y financiero¹⁰, incluyendo reglas de control o de flanqueo como se advirtiera antes¹¹. Así se promulgaron distintas leyes en materia penal tributaria que pusieron en el centro las obligaciones de los ciudadanos en el sostenimiento de la “hacienda pública”, dando lugar al debate acerca de la “elusión” de impuestos –no punible penalmente– y la “evasión” –castigada en la legislación penal¹².

Sin embargo, la inclusión dentro de la sistemática del Código Penal del Título XIII, sobre delitos contra el orden económico y financiero, implicó una radical ampliación de las discusiones, empezando, claro está, por la responsabilidad de la persona jurídica¹³ y continuando, en términos de impacto en la praxis, con la nueva consideración del lavado de activos, que incluiría el denominado “autolavado”. Junto con los tipos penales incluidos en el Código Aduanero, esa normativa –tributaria, previsional, económica y financiera– ha constituido un nuevo ámbito de debate dogmático y jurisprudencial.

Repárese en el desafío que implica, en términos de imputación penal, la estructura de organización de la empresa a los fines de discernir competencias, intervenciones punibles y conductas neutrales. Este nuevo ámbito, como la praxis jurisprudencial lo ha puesto de manifiesto en casos socialmente sensibles, no puede ser abordado con los mismos “instrumentos” científicos que fueron centrales como herramientas de comprensión de los delitos tradicionales –homicidio, lesiones, robos. De allí que incluso la discusión haya alcanzado al contenido de los principios fundamentales como son el de culpabilidad y legalidad.

10 Cf. Yacobucci, G. –director–; Laporta, M. y Ramírez, N. –coordinadores– (2010). *Derecho Penal Empresario*. Buenos Aires. Montevideo. BdeF.

11 La CSJN ha dicho que el legislador ha concebido el delito de contrabando como algo que excede el mero supuesto de defraudación fiscal (*Fallos*: 206:473 y 302:1078), ya que lo determinante en este caso para la punición “es que se tienda a frustrar el adecuado ejercicio de las facultades legales de las aduanas [... circunscribiendo dichas facultades de control, respecto del contrabando, solamente a los hechos que impiden u obstaculizan el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y las exportaciones” (*Fallos*: 312:1920).

12 Cf. Yacobucci, G. (2008). “La conducta típica de evasión tributaria. Un problema de interpretación normativa”. En *Derecho Penal Tributario*, Tomo I. Madrid-Buenos Aires. Marcial Pons.

13 Un análisis detallado del tema dentro de esa reforma aparece en Yacobucci, G. (2012). “Responsabilidad de la persona jurídica en el delito de legitimación de activos”. En *Tratado de Leyes y Normas Federales en lo Penal*. Buenos Aires. La Ley. Para un análisis integral de los problemas en materia penal económica, García Cavero, P. (2014). *Derecho Penal Económico*. Parte General, 3ª edición. Lima. Jurista Editores.

6. Las armas como instrumento privilegiado de agravación del injusto en las decisiones del legislador

Las armas, ya sean propias o “impropias” pero, especialmente, las armas de fuego, se han convertido en la Política criminal argentina de los últimos tiempos en un instrumento que por su peligrosidad y poder lesivo se ubicó en la mira del legislador.

El Código Penal posee una cláusula general –art. 41 bis del CP– que agrava la pena de todo delito, cuando se cometiere mediante el uso de un arma de fuego y esta no aparezca contemplada expresamente en su enunciado. Además, en los delitos contra la propiedad, el legislador ha realizado una compleja cadena de supuestos, donde la interpretación teleológica se hace imprescindible a la hora de asegurar racionalidad a la aplicación de esos tipos de injusto.

La reforma del art. 166, inc. 2º, del Código Penal, por ley 25.882, concretó de manera gradual las tesis “objetiva” y “subjetiva”, en relación con el agravante del robo con armas. A partir de los argumentos legislativos quedó en evidencia que la norma califica en general el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble cuando se “cometiere con armas” y, en especial, cuando el arma utilizada fuera de “fuego”. También agrava la imputación de la figura simple, al tratarse de un arma de fuego sin aptitud para el disparo o de un instrumento que tenga apariencia efectiva de serlo, aunque resulte en definitiva una réplica, juguete o “arma de utilería”, con capacidad coactiva.

Así, el artículo contempla distintos tipos penales que remiten a la aplicación de una escala penal diferenciada entre los hechos donde se utiliza un arma de fuego con aptitud real, los hechos donde se usa otro tipo de arma y, finalmente, aquellos donde, a pesar de faltar la idoneidad lesiva de un arma de fuego, se logra una coacción específica –más intensa– gracias a su apariencia. La interpretación sistemática y teleológica de estas normas pone en evidencia que el legislador ha contemplado entonces dos motivos diferentes para fundar un disvalor superior en el injusto típico. Por un lado, se trata de la mayor intimidación que provoca la comisión de un robo valiéndose de un objeto que, al menos aparentemente, tiene la aptitud lesiva de un arma de fuego. Por el otro, la existencia de un riesgo efectivo para la integridad de las personas, provocado por quien se vale de un instrumento con real capacidad de afectación.

Por lo tanto, si en los hechos comprobados judicialmente aparece un arma de fuego de “utilería” o el uso de otra cuya aptitud o no para el disparo no ha podido ser constatada y se verifica que tuvo una especial aptitud o eficacia coactiva, se concretará la razón del agravante en el ilícito apoderamiento, aún descartándose la falta de lesividad física del instrumento.

En la medida en que no queden dudas de que el arma de fuego –o lo que tenía apariencia de tal– fuera usada de modo intimidatorio, se ha concretado la específica conformación de la “violencia” calificada del comportamiento. En esa línea no puede obviarse que la noción de violencia –“física”– asumida por el enunciado típico ha sido normativizada de acuerdo a exigencias sistemáticas –respecto de la extorsión– e implica un concepto de *crimen vis* de significado extensivo.

Desde esa perspectiva, Núñez considera como un modo de conducta violenta la amenaza a mano armada, expresando: “*La amenaza con arma a una persona*

*para apoderarse de la cosa ajena no es una simple intimidación, sino que constituye el despliegue de una energía física [...] que se dirige contra ella y, por su poder material, vence su resistencia". En ese aspecto, advierte que "la concurrencia de un arma sólo contribuye a la calificación del robo si es utilizada o blandida contra una persona para vencer o evitar su resistencia al apoderamiento de la cosa" [Núñez, R. (1989) *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV. Buenos Aires. Lerner, 224 y 240, respectivamente].*

Es más, abonando esa dogmática del tipo, Núñez explica, en su estudio sobre los delitos contra la propiedad, que la energía física a la que alude la violencia en el robo "*no es necesario que [...] haya obrado encima del cuerpo de la víctima, pues también se despliega [...] cuando se la amenaza con ella de manera inmediata*", poniendo como ejemplos "*apuntar con un revólver o emplear un arma para intimidar*". En conclusión, Núñez sostiene, en punto al agravante del robo, que "*las armas deben ser un instrumento para la ejecución del mismo [...]*" [Núñez, R. (1951). *Delitos contra la propiedad*. Buenos Aires. Bibliográfica Argentina, 198 y 236, respectivamente].

7. La transformación del principio de legalidad penal frente a los crímenes de lesa humanidad

Cuando Feuerbach sintetizó la legalidad penal a través del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* previa, escrita, que fue incorporando además las exigencias de estricta y cierta, se estableció el fundamento principal del *ius puniendi* en la modernidad ilustrada. Sin embargo, en las últimas décadas, el contenido de ese principio ha sufrido una notoria flexibilización de cara a necesidades políticas y exigencias de justicia material. En el caso argentino, esto se concretó de manera especial merced a la jurisprudencia de la CSJN que recibió, en buena medida, la influencia de los fallos de la CorteIDH.

Los graves crímenes de la dictadura militar e, incluso, determinadas situaciones que sin constituir crímenes de lesa humanidad afectaron derechos fundamentales, motorizaron fallos de la CorteIDH, que han modificado la configuración originaria de la legalidad penal.

En los precedentes de la CSJN se hace referencia a un núcleo intangible de valores, derechos y principios –*Derecho de Gentes*, clásicamente entendido como Derecho Natural secundario– que no exigen para su juridicidad una positividad escrita a través de enunciados precisos y penas tasadas. Se asume que forman parte de la conciencia universalizada de la convivencia, lo cual supone una evidente modificación de los postulados del principio de legalidad penal como fueran comprendidos y aplicados históricamente por el sistema nacional.

Se formó, en consecuencia, un *ámbito de excepción* dentro de la potestad pública estatal de sancionar, que si bien remite de manera particular a los denominados crímenes de lesa humanidad, no dejó de impactar también en casos de graves violaciones a derechos humanos pero que no integran ese concepto particular. En ese orden, la CSJN dispuso "[...] reconocer el carácter imprescriptible de los delitos de lesa humanidad ('Arancibia Clavel', *Fallos*: 327:3312); declarar la inaplicabilidad de las leyes de obediencia debida y punto final ('Simón', *Fallos*: 328:2056); reconocer el

derecho a la verdad sobre los hechos que implicaron graves violaciones de los derechos humanos ('Urteaga', *Fallos*: 321:2767); otorgar rol protagónico de la víctima en este tipo de procesos ('Hagelin', *Fallos*: 326:3268); también replantear el alcance de la garantía de cosa juzgada compatible con los delitos investigados ('Videla', *Fallos*: 326:2805) y considerar inconstitucionales los indultos en esas materias ('Mazzeo', *Fallos*: 330:3248)".

El análisis de la jurisprudencia de la CSJN muestra, entonces, un cambio de paradigma en la consideración de la legalidad penal a partir de las exigencias de cierta juridicidad material que imponen las instancias de control internacional, a costa misma de otras garantías.

8. Una breve reflexión final

La República ha vivido en las últimas décadas grandes cambios políticos, constitucionales, sociales y económicos. Todos ellos de una u otra manera se han reflejado en las decisiones de la Política Criminal y, a través de estas, se vieron instrumentadas en el sistema punitivo, especialmente en el Código Penal. El comienzo de un nuevo período gubernamental presenta una oportunidad extraordinaria para que la racionalidad, el profesionalismo y el respeto por la dignidad humana y el bien común político guíen a quienes seguramente plasmarán en un nuevo Código los objetivos que la comunidad demanda en materia de seguridad. Paul Robinson¹⁴ ha señalado con lucidez que los sistemas penales, en la medida en que se alejen de los valores, intuiciones y criterios sociales de justicia, van perdiendo legitimidad, confianza y credibilidad. La respuesta penal, por lo tanto, no puede ser ajena a los reclamos de imparcialidad, proporcionalidad, igualdad, justicia y subsidiariedad. El recurso al Derecho Penal, como respuesta a los desafíos comunitarios, implica, por regla, el reconocimiento de un menor nivel de concordia y amistad política. Dicho de otro modo, la extensión de "lo penal" es de hecho el reconocimiento de un fracaso colectivo.

¹⁴ Robinson, P. (2008). *Competing Conceptions of Modern Desert: Vengeful, Deontological, and Empirical*. Cambridge Law Journal, 68.