

DICIEMBRE 2022

FACULTAD DE DERECHO

# DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

GACETILLA DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL  
Y CRIMINOLOGÍA

FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

## En este número

**Ciclo de  
conferencias a  
cargo del Prof. Dr.  
Ivó Coca Vila**





# Ciclo de conferencias de Ivo Coca Vila

*13, 15 y 16 de septiembre de 2022 - Redacción a cargo de Agustina Lara Martínez, Axel Maximiliano Oreggia Heiland, Franco Ezequiel Almirón*

**Ivo Coca Vila** (Investigador Ramón y Cajal en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona e Investigador del Max Planck Institut de Friburgo) visitó la Facultad en el marco del Programa de Profesores y Expertos Internacionales de la Universidad y dictará un Ciclo de Conferencias abiertas a estudiantes de grado y posgrado, docentes, profesores e investigadores.

Los días 13, 15 y 16 de septiembre se llevó a cabo un ciclo de conferencias en la Facultad de Derecho, organizado por el Proyecto UBACyT dirigido por Marcelo D. Lerman<sup>[1]</sup> y el Departamento de Derecho Penal y Criminología. Durante estas jornadas el Prof. Dr. Coca Vila,<sup>[2]</sup> expuso sobre los siguientes tres temas:

- “La democratización del derecho penal frente al fetichismo principialista”;
- “Estado de necesidad y derechos sociales”;
- “Consentimiento y violencia sexual”.

Este número contiene una reseña sobre las principales ideas expuestas por el profesor español durante sus tres conferencias, las cuales fueron realizadas por miembros del mencionado proyecto de investigación UBACyT a fin de describir lo más acabadamente posible lo que ocurrió en esas jornadas, sin perjuicio de las valoraciones personales con respecto a los puntos tratados.

Cabe destacar que los ejes temáticos planteados por Coca Vila más allá de sus referencias al ordenamiento español, constituyen problemáticas que suscitan hoy en día un importante debate en nuestro propio ámbito jurídico y que aún no han encontrado una respuesta satisfactoria por parte de la jurisprudencia y la doctrina nacional. Por consiguiente, lo expresado en estos ensayos podría ser de utilidad para todos aquellos que se dediquen al derecho penal, dado que brinda nuevas herramientas para abordar estos temas, al tiempo que ofrece posibles soluciones jurídicas uniformes e integradoras.

*[1] Proyecto UBACyT 20020190100143BA, “Sobre el cuestionamiento a la distinción entre ilícito y culpabilidad en la obra de Michael Pawlik. Análisis de las consecuencias dogmáticas de la renuncia a un ilícito independiente de la culpabilidad”.*

*[2] Profesor en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona e Investigador del Max Planck Institut de Friburgo.*

**Conferencia del 13 de septiembre de 2022**

*Reseña por Agustina Lara Martínez*

La ponencia presentada en esta primera conferencia se tituló “La democratización del derecho penal frente al fetichismo principialista”.

La exposición abordó, en primer lugar, las teorías de la criminalización, sobre la base del interrogante respecto de cuáles son los comportamientos que tienen que ser criminalizados y, en su caso, qué condiciones deberían poseer para poder admitir el despliegue del *ius puniendi* estatal. En este sentido, se esbozó la doble función de la ciencia penal: por un lado, la dogmática, que cumple una función hermenéutica, de interpretación del derecho positivo; y, por el otro, la función de política criminal.

A la pregunta sobre por qué los penalistas se ocupan no solo del derecho positivo, sino también de la política criminal, se recordó que, si bien se busca legitimar la pena, los estudiosos del Derecho penal son conscientes de que ésta es un grave mal. Por lo tanto, se interpelan constantemente por la legitimidad de la principal consecuencia jurídica que caracteriza el campo de estudio — la pena—; la pena es un mal excepcional, en razón de su fuerza simbólica y estigmatizante.

Por otro lado, Coca Vila esbozó ciertos lineamientos sobre dos de las principales críticas al trabajo de los penalistas sobre política criminal: primero, se ocupó de la crítica consistente en sostener el fracaso práctico de la política criminal y de la teoría del bien jurídico. Esto es, la afirmación de que el esfuerzo de delimitación del *ius puniendi* ha fracasado y el penalista no puede condicionar la política criminal. La segunda objeción que se abordó, fue aquella crítica propuesta por autores que afirman el “carácter antidemocrático de la teoría del bien jurídico”, independientemente de su fracaso práctico. Esta crítica sostiene que en el marco de un Estado democrático una decisión sobre qué comportamientos deben ser criminalizados es una cuestión política, que debe ser discutida democráticamente en el parlamento —representación del pueblo— y no por la ciencia penal —la que sería vista como un conocimiento exclusivo de una suerte de “aristocracia” penal, que conoce solo un grupo de profesores y doctrinarios del Derecho Penal—. La idea de esta postura es que la definición política es el único límite relevante.

Ahora bien, Coca Vila explicó que el “programa democratizador” tiene las siguientes premisas: los autores críticos sostienen que los intentos de delimitar el *ius puniendi* tienen sentido en épocas pre-democráticas; a su vez, se basan en el pluralismo y relativismo valorativo de las sociedades contemporáneas, en otras palabras, su carácter de plurales y fragmentadas.

*[1] Estudiante avanzada de Derecho en la Universidad de Buenos Aires, con orientación en Derecho Penal. Auxiliar docente en las materias “Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal”, cátedra Dra. Mary Beloff, y “Teoría General del Delito y Sistema de la Pena” a cargo del Dr. Marcelo D. Lerman.*

Así, indicó que los autores críticos, como Klaus Gärditz, Kai Ambos y Pawlik, sostienen que la búsqueda de verdades compartidas, desde las que se intenta crear una política criminal racional, está destinada al fracaso y que los autores coinciden en la necesidad de un cambio de paradigma a la hora de entender la política criminal. En este sentido, Coca Vila indicó que estas posturas entienden que frente al relativismo de las sociedades pluralistas y fragmentadas, no se puede pretender construir una política criminal basada en la metafísica —de la verdad a la razón—, sino en el compromiso político.

Asimismo, otra de las premisas sostenidas por los autores criticados por Coca Vila, es la defectuosa democratización y constitucionalización del Derecho penal. Como espectador externo contempla cómo los penalistas tratan a partir de principios desarrollados en la Ilustración de restringir el ejercicio del ius puniendi estatal. La política criminal se reduce al puro acto de la mayoría sobre la minoría en el parlamento y no hay razones para criticar esa creación del derecho alejada de la verdad.

En este orden de ideas, otra de las aristas de la crítica es denominada por Coca Vila “la vulgaridad constitucional del Derecho penal”. En este sentido, se entiende que la pena no es especial, sino que, por el contrario, es una consecuencia jurídica más. En este plano no podría ser distinguida de otra restricción de un derecho (v.gr. la cuarentena por el COVID-19).

Por otro lado, abordó la idea de la llamada “sobreconstitucionalización” como atentado a la democracia. Ello se refiere a “poner en valor” el peso de la Constitución como mecanismo de control de la legitimación de las normas penales. Los defensores de la teoría del bien jurídico, en ese intento por constitucionalizar sus constructos ilustrados, sostienen que el bien jurídico es un requisito demandado por la Constitución. Asimismo, la Constitución no puede ser considerada como una fuente material (debido a que no establece un tipo de injusto material). A más de ello, tampoco es posible entender que el principio de ultima ratio es exigido necesariamente por la Constitución.

Así las cosas, Coca Vila explicó que se critica por un lado las interpretaciones constitucionales petrificadoras de conflictos políticos, mientras que, al mismo tiempo, existe una derivación de mandatos de criminalización positivos por la incorporación de derechos humanos. Para estos autores esto es un atentado a la democracia, denominada, en sus palabras “la aristocracia del TEDH”.

Ahora bien, respecto de los resultados de su conferencia, —en palabras de Coca Vila— es posible dividirlos en: “lo cierto en la crítica” y “los excesos de la crítica”. Por un lado, lo cierto en la crítica está enfocado en el carácter no vinculante de las teorías de la criminalización: a) el principio de bien jurídico —retoma la idea de Schünemann—, el contractualismo del Estado, entonces tienen un peso constitucional —no obstante, no es vinculante—; y b) las razones del fracaso político pueden resumirse en el concepto de injusto material estricto que vincula o reduce a una respuesta de sí/no, configurado a partir de principios de la Ilustración y que deje afuera a principios del Derecho Penal moderno (concepto de injusto penal limitado a la lesión activa dolosa de un bien individual);

por el otro, en relación con los excesos de la crítica: a) los autores críticos “exageran notoriamente el pluralismo y la fragmentación de las sociedades modernas”; y por ende, estas decisiones valorativas únicamente son aplicables en sociedades plurales; b) los autores críticos utilizan la democracia como instrumento, dado que asumen un concepto de democracia formalista —y mayoritarista— cuyo objetivo es solamente conseguir mayorías, independientemente del contenido de las leyes que se pueden aprobar. En otras palabras, reducen todo problema de legitimidad a la constitucionalidad de las normas; y c) la crítica “se basa en malentendidos y no resulta convincente”.

Respecto del papel de la ciencia penal en la política criminal en un Estado de Derecho, Coca Vila entiende el injusto material como tipo ideal, la cual puede basarse en postulados que no estén constitucionalizados. Es necesario la creación de una política criminal que tenga “marcos”. La crítica —exógena— como elemento central en un Estado democrático, no impide discutir y criticar una ley; sin embargo, la crítica nunca puede ser antidemocrática.

Por último, sobre el interrogante de si puede existir una ciencia de la política criminal, esto es, si puede opinarse científicamente sobre la materia o si solo se puede emitir meras opiniones políticas, indicó que para los críticos no será posible hacer política criminal con científicidad. Sin embargo, según Coca Vila, si bien la dimensión política es innegable e insoslayable, la política criminal practicada por los penalistas no es una mera opinión más equivalente a la de cualquier ciudadano, la dimensión valorativa de la política criminal está profesionalizada.

Respecto del papel de la ciencia penal en la política criminal en un Estado de Derecho, Coca Vila entiende el injusto material como tipo ideal, la cual puede basarse en postulados que no estén constitucionalizados. Es necesario la creación de una política criminal que tenga “marcos”. La crítica —exógena— como elemento central en un Estado democrático, no impide discutir y criticar una ley; sin embargo, la crítica nunca puede ser antidemocrática.

Por último, sobre el interrogante de si puede existir una ciencia de la política criminal, esto es, si puede opinarse científicamente sobre la materia o si solo se puede emitir meras opiniones políticas, indicó que para los críticos no será posible hacer política criminal con científicidad. Sin embargo, según Coca Vila, si bien la dimensión política es innegable e insoslayable, la política criminal practicada por los penalistas no es una mera opinión más equivalente a la de cualquier ciudadano, la dimensión valorativa de la política criminal está profesionalizada.



**Conferencia del 15 de septiembre de 2022**

*Reseña por Axel Maximiliano Oreggia Heiland*

En su segunda conferencia Coca Vila trató las problemáticas que acarrea en la jurisprudencia y doctrina española el delito previsto en el art. 245 inc. 2 del Código Penal español, el cual establece que: “el que ocupare, sin autorización debida un inmueble, vivienda o edificios ajenos que no constituya morada o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con pena de multa de tres a seis meses”. El artículo citado trata la ocupación pacífica de vivienda y se refiere a hechos en los cuales frente a la necesidad de tutelar un bien jurídico propio amenazado por un riesgo inminente, un individuo ocupa un inmueble ajeno.

En el orden normativo español se han planteado dos miradas a fin de justificar este delito por medio del estado necesidad justificante: la visión moralista y la visión institucionalista.

La visión moralista se ajusta a una mirada tradicional del estado de necesidad justificante, es decir, efectúa la valoración y jerarquización de los bienes jurídicos en disputa en base a la escala de valores y principios imperantes en una sociedad en un tiempo determinado a fin de establecer, en el caso concreto, la preminencia de uno de los bienes jurídicos en conflicto. En ese sentido, varios magistrados españoles justificaron la ocupación pacífica de vivienda ajena considerando, por ejemplo, que la protección de la integridad física del ocupante —brindándole un alcance amplio a este bien jurídico—, tiene primacía sobre el derecho de propiedad que ostenta el titular del inmueble.

Para Coca Vila, la visión moralista adolece de algunos problemas que no han podido ser resueltos por quienes pregonan su aplicación a) en primer lugar, no establece una medida objetiva a fin de ponderar los bienes jurídicos en conflicto dado que se basa en la moralidad imperante en una sociedad y en un marco temporal acotado; b) omite considerar la nueva dinámica que se dio en el seno de los estados a partir del siglo XX, cuando la lógica económica liberal que imperaba otro tiempo cayó en desuso, y el estado adoptó un rol más activo en la vida de la sociedad a fin de garantizar una mejor redistribución de recursos y la vigencia sociológica de determinados derechos —teniendo este movimiento clara representación en el constitucionalismo social—; c) en concordancia con el punto anterior, esta visión del estado de necesidad justificante establece que los conflictos que se verifican en el marco de la sociedad son conflictos suscitados entre individuos que carecen de la posibilidad de pedir ayuda a terceros —en este caso el estado—; en consecuencia, deben resolver sus pleitos autónomamente.

*[1] Graduado de la carrera de abogacía en la Universidad de Buenos Aires, con orientación en Derecho Penal. Auxiliar docente en las materias “Derechos Humanos y garantías” a cargo del Dres Emilio Vinuesa y Nicolas Reviriego y en la materia “Teoría General de las relaciones de apropiación del trabajo humano” a cargo de la Dra. Lorna Nimia Sala Romero.*



Para Coca Vila esta mirada omite, como mencionáramos anteriormente, considerar la nueva dinámica imperante dentro de los estados nacionales donde la burocracia estatal tiene un rol activo, principal y casi excluyente en la persecución de los fines sociales. En consecuencia, este tipo de conflictos ya no se suscita únicamente entre particulares, sino que tiene lugar entre el ocupante y el estado.

La visión institucionalista principalmente pondera que los individuos ya no se encuentran ante un estado atávico, sino que este, a través de sus diferentes agencias y dependencias, tiene un rol proactivo y determinante en el devenir de la sociedad, de modo que constituye un estado social. Conforme con esta visión, el estado de necesidad justificante en este tipo de delitos deja de ser una problemática intersubjetiva entre ciudadanos y deviene en un conflicto de intereses entre el infractor y el estado, dado que este último debe garantizar los derechos colectivos e individuales de la población. Bajo esta mirada, ya no se analiza este instituto jurídico desde una ponderación de males, sino que se evalúa la situación problemática a partir de los principios de solidaridad y subsidiariedad. Esto implica en la fase práctica, que el individuo que se ve afectado por la ocupación de su inmueble, tiene el deber como ciudadano de suplir al estado en su rol, en caso de que este último no pueda subsanar la situación de vulnerabilidad del ocupante por medio de sus vías institucionalizadas.

A fin de apreciar si el estado de necesidad justificante —a través de su mirada institucionalista— es aplicable a los casos de ocupación pacífica de vivienda el expositor estableció una serie de premisas o postulados, que detallaremos a continuación: a) en primer lugar, se debe analizar en el caso concreto si el estado a través de sus vías institucionales le brindó al sujeto la posibilidad de canalizar su reclamo; b) asimismo corresponde establecer que los conflictos se analizan en el marco de este tipo penal no constituyen situaciones donde la vida del ocupante está en riesgo, sino que este a través de la ocupación del inmueble el autor del ilícito busca tutelar derechos o bienes jurídicos de diversa índole; c) también debe analizarse cada caso considerando que las entidades del estado funcionan sin ningún tipo de perturbación que le impidan llevar a cabo sus fines correctamente y d) finalmente es menester ponderar que el derecho a la vivienda, en la legislación española, no es una prerrogativa de carácter absoluto, sino que tiene carácter relativo ya que está limitado por las leyes que reglamentan su ejercicio y el estado lo debe garantizar con carácter progresivo en la medida que su capacidad institucional y presupuestaria se lo permita.

Tomando en cuenta los postulados mencionados anteriormente, Coca Vila sostuvo que el delito aquí planteado no podría justificarse sobre la base del estado de necesidad justificante, ya que esto implicaría que cualquier ciudadano pueda arrogarse una facultad que le corresponde a los entes estatales y, en ese sentido disponer libremente de los recursos del estado, afectando seriamente al erario. En consecuencia, Coca Vila concluyó que convalidar la eximición de pena por medio del estado de necesidad justificante no es dogmáticamente correcto, dado que sería otorgarle un derecho de carácter absoluto al

derecho de vivienda del infractor en demérito de lo previsto en la legislación española y estableciendo una asimetría respecto a sus conciudadanos.

La mejor forma de resolver este tipo de situaciones para el doctrinario español no es a través del estado de necesidad justificante, sino, por medio del estado de necesidad exculpante. Esta postura evita otorgarle al infractor un derecho diferencial respecto al resto de la sociedad y, dispensa de pena la conducta en virtud de que el estado no le llegó a suministrar una respuesta totalmente eficiente a su situación a través de su maquinaria burocrática.

Este último punto no significa que la persona que sufrió la ocupación de su inmueble se vea desprovista de protección por parte del ordenamiento jurídico. Es verdad que no se castigará al ocupante por medio de una sanción de índole penal, pero eso no impide que el individuo afectado en busca de una reparación por el daño sufrido pueda acudir a la vía civil y percibir, en caso de ser pertinente, las indemnizaciones correspondientes. Es pertinente añadir que el hecho de que no castigue al ocupante mediante la imposición de una pena no implica que adquiera un derecho de propiedad sobre el inmueble ajeno, de hecho, en todos los casos que se han planteado en España en sede penal los magistrados ordenaron el desalojo de la vivienda. En conclusión, la imposición de pena en estos casos debe ponderarse a través del principio de ultimo ratio o intervención mínima que impera en el Derecho Penal, estableciendo que los poderes públicos solo deben recurrir a una sanción de índole punitiva cuando el resto de las medidas previstas en el ordenamiento jurídico sean insuficientes.

Corolario: el doctrinario español en su conferencia planteó todas las problemáticas que acarrea la figura de ocupación pacífica de vivienda en el código penal español y en la jurisprudencia de dicho país. La mayoría de los magistrados españoles, consideran que esta acción no debería ser pasible de reproche penal, no implicando esto que la acción carezca de sanción, simplemente el reclamo de daños deberá encauzarse por las otras vías que prevé el ordenamiento jurídico como puede ser la civil. Ivó Coca Vila, a través de la mirada crítica que tiene respecto a esta figura del Código penal, explica cómo puede eximirse esta conducta de pena sin que eso implique arrojarle al autor del ilícito un derecho diferencial sobre el resto de sus conciudadanos. Esta mirada puede ser muy valiosa para nuestro propio ordenamiento interno, dado que la situación problemática planteada por el profesor español es ampliamente debatida hoy en día en nuestro país se ha ido aumentando exponencialmente sobre todo en virtud de la compleja situación socioeconómica actual y la pandemia provocada por el COVID-19.

**Conferencia del 16 de septiembre de 2022**

*Reseña por Franco Ezequiel Almirón*

En el marco de la tercera conferencia Coca Vila expuso sobre la temática “consentimiento y violencia sexual”.

La presentación comenzó con una explicación sobre el cambio de paradigma en el estudio de la dogmática de los delitos contra la integridad sexual. Luego, continuó con la presentación de algunos casos que sirvieron como herramienta para exponer las distintas posturas doctrinarias con sus puntos a favor y en contra— sobre la relevancia del vicio o el error en el consentimiento de una relación sexual. Y, por último, dentro del marco de lo que llamó “tesis intermedias” Coca Vila hizo algunas propuestas a fin de fijar parámetros para determinar qué engaños deberían tener relevancia jurídico-penal.

Siguiendo el esquema de análisis propuesto por el profesor en su conferencia, avanzaré con esta reseña intentando destacar los puntos más importantes de la disertación.

Coca Vila sostuvo que tradicionalmente —con anterioridad a la aparición de la tesis de la autonomía— los delitos sexuales no eran concebidos como delitos contra la autonomía sexual, sino que por el contrario, el foco estaba puesto en cómo disminuía el “valor” de la víctima para su esposo o padre, como si aquella fuera de su propiedad. Poco a poco, con el avance de los tiempos, esto fue cambiando, de manera que los bienes protegidos por el tipo penal pasaron a ser el honor y la dignidad de las víctimas. De todas formas, desde una perspectiva histórica, aún faltaba bastante para que el consentimiento como centro de la autonomía sexual pasara a ser el bien protegido por el tipo penal. Esto fue así porque, hasta que se alcanzó esta última concepción, los factores relevantes eran de orden moral (si el hecho ocurrió dentro o fuera del matrimonio, la forma en la que se llevó a cabo, etc.).

Hoy en día, todo acto sexual que no haya sido consentido es de relevancia para el derecho penal. Con el consentimiento como eje principal, aparecen varios interrogantes con relación a los casos de engaño y aprovechamiento del error de la víctima. Para el abordaje de estas problemáticas, algunos de los casos propuestos por Coca Vila fueron: los de *stealthing*; el de un proctólogo que engañó a su víctima sobre el procedimiento médico para accederla analmente; el caso *Kashur vs. Estado de Israel* (donde la víctima prestó su consentimiento en la falsa creencia inducida de que la otra persona era de religión judía); y el de una mujer que ejercía la prostitución que fue engañada con una falsa promesa de pago. El punto en común que tienen todos estos casos es que si no hubiera mediado un engaño que llevó a la víctima a un error, esta no habría consentido la relación sexual. Este conjunto de casos fue abordado desde la perspectiva de varias posturas teóricas, algunas de las cuales se mencionarán en los siguientes párrafos.

*[1] Estudiante avanzado de Derecho en la Universidad de Buenos Aires, con orientación en Derecho Penal. Auxiliar docente en las materias “Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal”, cátedra Dr. Fernando Córdoba, y “Teoría General del Delito y Sistema de la Pena” a cargo del Dr. Marcelo D. Lerman.*



En primer lugar, podemos encontrar la tesis de la “irrelevancia del engaño”, que parte de la premisa de que hay una diferencia esencial entre los casos de “no consentimiento” y los de consentimiento viciado. Según esta teoría, solo podría atribuirse responsabilidad por un delito sexual en la medida en que estemos ante un caso de “no consentimiento”. Partiendo de esa premisa, se puede llegar a la conclusión de que solo son punibles los casos de *stealthing*, dado que la relación se consintió bajo la condición de uso del preservativo y no de otra forma. Los teóricos norteamericanos que sostienen estas posturas suelen afirmar que solo son relevantes las agresiones sexuales que implican algún grado de cosificación.

Algunas de las críticas que suelen sostenerse frente estas posiciones son, por un lado, que el engaño no constituye una forma comisiva de los delitos contra la integridad sexual. Por otro lado, las visiones detractoras también sostienen que la distinción entre el “no consentimiento” y el consentimiento viciado es más gris de lo que indican los defensores de esta tesitura, ya que todos los casos de vicio en el consentimiento pueden ser reconstruidos, en algún punto, como casos de “no consentimiento”.

La siguiente postura explicada por el Prof. Coca Vila fue la denominada “tesis subjetivista”. Según esta teoría todo engaño es causalmente relevante, dado que cualquier vicio en el consentimiento sexual implica un daño a la autonomía. Es decir, todo factor que hubiera sido determinante para no consentir (*deal breaker*) merece el mismo tratamiento penal, con independencia de su naturaleza. Resulta lógico que lleguen a estas conclusiones, dado que parten de equiparar el consentimiento sexual con la libertad en sentido amplio. Si bien esta tesis tuvo cierta acogida en la academia estadounidense, se le critica que tiene un tinte paternalista, porque es el estado quien en definitiva decide qué tipos de engaños son relevantes para viciar el consentimiento o no de una relación sexual. Otra crítica que suele hacerse en contra de esta tesis, es que a través de los delitos contra la integridad sexual se busca proteger la libertad en un sentido general en vez de la libertad sexual en sentido particular, por lo que para una postura de este tipo, hasta “los caprichos de la víctima”<sup>[1]</sup> podrían quedar protegidos por el tipo. Además, a las visiones de este tipo les resulta difícil establecer una diferencia valorativa entre los casos donde el medio comisivo es un engaño que recae un elemento esencial, aquellos donde el engaño es sobre cuestiones irrelevantes y aquellos donde el delito fue cometido con violencia física.

En tercer lugar, es posible mencionar las llamadas “tesis intermedias” —hoy día mayoritarias en la doctrina penal—, que buscan trasladar la discusión clásica del derecho penal (principalmente en el derecho penal médico) sobre el engaño como forma de producir un vicio del consentimiento a los delitos contra la integridad sexual.

*[1] Para ejemplificar esto, el Coca Vila presentó un ejemplo en el que la víctima consiente la relación sexual solo bajo la condición de que el autor use medias rojas. En la medida en que el autor se quite las medias rojas, partiendo de las premisas de estas teorías subjetivistas, podríamos admitir que estamos frente a un delito punible.*

Estos enfoques distinguen entre dos grandes clases de error. Por un lado, aquellos en los que este versa sobre el modo, intensidad o peligrosidad a la que se ve sometido el bien jurídico y, por otro, los errores que recaen sobre motivos accesorios que no afectan el bien jurídico. En la medida en que el engaño afecte razones accesorias del consentimiento y no verse sobre el riesgo al que se somete el bien, es irrelevante para el derecho penal.

Según expuso Coca Vila esta tesis ha sido criticada por dos grandes motivos. El primero de ellos es que, según algunos autores, es difícil distinguir entre aquellos errores que se refieren al bien jurídico y aquellos errores que no. Si bien esta distinción puede darse en delitos donde lo que se protege es la integridad física, la naturaleza de los delitos contra la integridad sexual dificulta esto, ya que, al ocupar la voluntad de la víctima un lugar central para estos delitos, se torna difusa la línea que separa los factores personales condicionantes del consentimiento y aquellos referidos a la entidad físico-natural como razón por la que la víctima consciente.

Los norteamericanos trabajan con una tesis intermedia similar, que diferencia entre fraude en el factum y fraude en la inducción. Mientras que los fraudes en el factum sí revisten relevancia por tratarse de engaños que versan sobre el hecho acaecido en sí mismo, los fraudes en la inducción versan sobre razones externas al hecho que llevaron a la persona a consentir el acto, por lo que no tienen relevancia jurídico-penal. Las críticas que se le hacen a esta tesis son muy similares a las que se les hacen a las teorías intermedias dominantes en el derecho continental europeo.

En virtud de los puntos a favor y en contra de cada una de las teorías esbozadas, Coca Vila indicó que es posible —y necesario— proponer una postura intermedia que parta de una aproximación normativa del engaño y el error. Una aproximación de este tipo nos permitirá distinguir los engaños con relevancia penal de aquellos que no la tienen.

Este acercamiento normativo a los casos de engaño y error presupone, por una parte, asumir como punto de partida que no existe un deber genérico —penalmente relevante— de sacar del error al otro, y por otra parte, que es uno mismo quien debe procurarse la información necesaria para tomar decisiones acertadas sobre sus propios bienes. En los únicos casos donde podría aceptarse que existe un deber de sacar al otro del error es en aquellos en donde hay una persona con posición de garante con relación a aquella que tiene un conocimiento defectuoso.

Para abordar el grupo de casos en los que un sujeto hace caer en error a su víctima, debemos responder la siguiente pregunta: ¿qué pretensión de verdad debe garantizar el derecho penal a la víctima? En otras palabras, ¿sobre qué aspectos el derecho penal debe proteger la expectativa de verdad de una víctima frente a un sujeto que va a intentar desorientarla o engañarla? Podemos encontrar algunas posibles respuestas a estas interrogantes en las tres directrices propuestas por la Prof. Dra. Tatjana Hörnle. En primer lugar, se puede afirmar que respecto de la víctima existe una pretensión de verdad sobre el “sí” de la relación sexual (la persona tiene derecho a saber si está participando o no de una relación sexual).

En segundo lugar, existe para la víctima un derecho a saber la verdad sobre la identidad de la contraparte, por lo que cualquier engaño que afecte eso es penalmente relevante. Y en tercer lugar, el grado de intromisión que supone la relación sexual es determinante para el consentimiento.

Por último, antes de abrir la ronda de preguntas, el profesor presentó algunos casos de engaños que versan sobre estas cuestiones nucleares, pero que aun así no deberían ser penalmente relevantes. Algunos ejemplos de ello son los casos de riesgo permitido, aquellos donde se ven involucrados derechos a la intimidad que otorgan a la persona la posibilidad de no dar a conocer ciertos aspectos sobre su persona (religión, sexo, etc.) y los casos de principio de insignificancia (casos de *stealthing* inverso).



## Colaboraron en este número

Ivó Coca Vila

Mario Alberto Villar

Silvina Andrea Alonso

Marcelo Lerman

Daniela Ayelén Gil Calderone

Agustina Lara Martínez

Axel Maximiliano Oreggia

Heiland

Franco Ezequiel Almirón

Diseño original: Lucía Montenegro