

Ecós de una decisi3n judicial mendocina

Roberto Falcone (h)*

Lucrecia M. Bustos**

El presente comentario tiene como objeto de análisis la acordada n° 29.363, dictada por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza con fecha 15 de octubre de 2019. Su resolutorio, como puede apreciarse, procuró erradicar la terminología “*pornografía infantil*” del ámbito de ese Poder Judicial, reemplazándola por los términos “*material de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes (MASNNA)*” y “*material de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (MESNNA)*” en todos los escritos y/o actuaciones judiciales que se tramiten en aquella jurisdicción. Se dispuso además, la organización de una capacitación para agentes, funcionarios/as y magistrados/as de ese poder judicial sobre el lenguaje a utilizar, su alcance y consecuencias. Postularemos aquí –argumentativamente- la posición de que tal decisión fue en determinado sentido precipitada, ello con fundamento en el sistema jurídico-penal argentino, en el que conviven al menos tres normas de comportamiento penalmente reforzadas que se dejan integrar en un juego armónico. Tal estudio desembocará en la conclusión de que, a partir de la cuestionada decisión, se circunscriben todos los casos de detención de material pornográfico que involucre a niñas, niños o adolescentes a una suerte de lógica posconsumativa de abusos o explotaciones sexuales pretéritas, siendo tal simplificación contraria a nuestro ordenamiento legal.

I.- La legitimidad democrática de las normas de comportamiento penalmente reforzadas

Liminarmente, debe decirse que el modelo analítico aquí defendido parte de la base de considerar como hecho punible aun constructo interpretativo conformado por reglas prescriptivas y adscriptivas, que evidencia la contradicción de una norma de comportamiento que es criterio de comportamiento jurídicamente correcto.¹ En tal contexto, exhiben las normas de sanción –normas a la vez de conducta, pero dirigidas no a toda la ciudadanía son únicamente al adjudicador-² una estructura condicional, en tanto el supuesto de hecho integrante funge como condición necesaria para la imposición de la misma a modo de consecuencia jurídica. Puede así aseverarse que el comportamiento

(*) Profesor de Derecho Penal Parte Especial (UNMDP). Especialista en Derecho Penal (U. Austral).

(**) Jueza de Garantías del Departamento Judicial Mar del Plata.

¹ Cfr. por todos KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989, pp. 24 y ss.

² Así paradigmáticamente VOGEL, Joachim, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, p. 27.

punible, al realizar el tipo penal, en concreto lo que realiza es el supuesto de hecho de la norma de sanción.³

Las normas de comportamiento aludidas, por su parte, resultan pasibles de ser analizadas desde tres diferentes aspectos: el informativo, el pragmático y el concerniente a su eficacia. En relación al primero de ellos, la norma debe ser lógicamente válida, continente de un enunciado claro, asequible y no contradictorio; en lo tocante al segundo, el foco se pone en las condiciones de legalidad -observancia del procedimiento legislativo correspondiente- y legitimidad -criterios que dan cuenta de su corrección material-. Finalmente, la eficacia de ellas estará demarcada por su validez fáctica, en tanto sean concretamente reconocidas por sus destinatarios como oficiantes de razones para la acción.⁴

De este modo, resulta claro que norma de comportamiento y norma de sanción son, respectivamente, norma primaria y secundaria. La segunda constituye una habilitación al adjudicador para imponer una pena como consecuencia del quebrantamiento de una norma primaria de conducta que funda obligaciones⁵, siendo ésta lógicamente precedente en relación a la anterior.⁶ Asimismo cabe decir que la mencionada norma primaria actúa como razón excluyente, dado que excluye todas aquellas razones que pretendan entrar en conflicto con la acción u omisión prescripta, pudiendo también reputarse –con idéntico fundamento- como razón protegida.⁷ Con ello se simplifica a todas luces el razonamiento práctico, ya que además de ser norma primaria constituye una razón de segundo orden al no competir con ninguna otra que le dispute protagonismo; en tal contexto es una razón, si se permite, más “elevada”.

Con HART debemos afirmar, por su parte, que las reglas que instituyen el proceso legislativo son propiamente reglas constitutivas del derecho, al establecerse por tal vía las

³ Esencial BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung I*, Scientia Verlag, Aalen, 1965, p. 42.

⁴ En esa línea KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung...*, cit., pp. 133-134.

⁵ Según la teoría de los actos de habla, se pone en vigencia una norma de comportamiento por parte de su autor (el legislador) con la intención de que sus destinatarios le den seguimiento de modo eficaz para la acción, constituyendo un acto de habla ilocucionario cuya fuerza pragmática se halla referida a que el oyente (o destinatario de la norma) reconozca, de modo eficaz para la acción, la pretensión de seguimiento entablada por el hablante (o autor de la norma). La estructura locucionaria del acto de establecimiento de la norma se halla compuesta por un determinado operador deóntico y un determinado contenido proposicional. El primero determina el carácter de la norma como prohibición o como mandato, mientras que el segundo se corresponde con la descripción de la forma de comportamiento que en virtud del operador deóntico en cuestión es puesta bajo prohibición o mandato. El contenido, finalmente, es proposicional en atención a que el mismo está constituido por una proposición que debe ser hecha verdadera (tratándose de un mandato) o no verdadera (tratándose de una prohibición) a través del comportamiento del destinatario de la norma. Así, adscribiendo al modelo de AUSTIN, SEARLE, BRANDOM y DAVIDSON, MAÑALICH, Juan Pablo, *Norma e imputación como categorías del hecho punible*, en Revista de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile n°12, 2010, p. 175.

⁶ Ello emerge armónicamente de los pensamientos de Herbert HART Y Joseph RAZ. Cfr. en ese sentido, en relación al primero, *The concept of Law* (2° edition), Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 81; atinente al segundo, *The concept of a legal system. An introduction to the theory of legal system* (2° edition), Clarendon Press, Oxford, 1980, pp. 150 y ss.

⁷ Fundamental RAZ, Joseph, *Practical reasons and norms*, Oxford University Press, Oxford, 1999, *passim*.

condiciones para que la actividad legisferante permita ser catalogada como una praxis institucionalizada.⁸ Es regla jurídica, en rigor, toda aquella que se deja caracterizar en función de determinados criterios de reconocimiento vinculados a su modo de producción, identificando su entrada en vigor con el ejercicio *lato sensu* de autoridad legislativa.⁹ La conformación de un sistema jurídico estará integrada, entonces, por reglas que fundamentan obligaciones, así como por reglas que institucionalizan criterios de identificación de las primeras, fijando condiciones para su creación y supresión, e instituyendo procedimientos para el establecimiento de su eventual quebrantamiento y sanciones a ser impuestas como consecuencia del mismo.¹⁰ De tal orden emergería la consecuente función primaria del derecho de “*designar, mediante reglas, ciertos tipos de comportamiento como estándares que guíen ya sea a todos los miembros de la sociedad o algunas clases especiales (de personas) dentro de ella.*”¹¹

De este modo, la identidad del pueblo se pone de manifiesto a través del resultado de un proceso de identificación que tiene lugar representacionalmente, constituyéndose así una estructura de poder construida “de abajo hacia arriba”.¹² Sostiene LACLAU que la constitución del pueblo como agente portador de una determinada voluntad colectiva depende de la efectividad de un proceso de articulación hegemónica, en tanto proceso de articulación de un conjunto heterogéneo de demandas particulares hasta ahora aisladas, a través de su unificación en una cadena de equivalencias. Para tal unificación resulta imprescindible que alguna de esas múltiples demandas particulares contingentemente asuma, no obstante su particularidad, una función de representación universal de esa totalidad, que sólo entonces quedará fijada como tal.¹³ Se supera de tal suerte el aludido déficit de organicidad a partir de una concreta institucionalización del pueblo como factor de poder supremo, siendo así que, desde allí, toda enunciación de una situación *qua* situación política ha de ser formulada por medio de un operador de cuantificación universal: en una democracia, el lenguaje de lo político es aquel mediante el cual, siempre que se habla, se pretende hablar a nombre de todos y para todos, esto es, a nombre del pueblo y para el pueblo.¹⁴

Lo expuesto necesariamente supone que todo aquello que amerita ser considerado político, a través de la mediación que caracteriza a la democracia, no encuentre su referente último en el Estado sino en nuestras propias particularidades vitales, siguiéndose de tal afirmación que la democracia implicará por definición una

⁸ HART, Herbert, *The concept...*, cit., pp. 43 y ss.

⁹ HART, Herbert, *The concept...*, cit., pp. 57 y ss.

¹⁰ Así HART, Herbert, *The concept...*, cit., pp. 91 y ss. Preclaro en este sentido MAÑALICH, Juan Pablo, *Reglas primarias de obligación*, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, Ausgabe 11/2012, p. 579.

¹¹ HART, Herbert, *The concept...*, cit., pp. 38 y ss.

¹² En tal sentido MAÑALICH, Juan Pablo, *¿Democracia liberal o libertad democrática?*, en *Revista de Estudios Públicos*, 134 (otoño 2014), pp. 164-165.

¹³ Así LACLAU, Ernesto, *La razón populista*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2005, pp. 91-130.

¹⁴ Con alguna ligera variación en MAÑALICH, Juan Pablo, *La democracia como programa constitucional: el lugar de los derechos fundamentales*, en *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)*, Instituto Iguualdad, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Friedrich Ebert-Stiftung, Santiago de Chile, 2014, pp. 256-258.

negación del tratamiento de dichas particularidades de modo no igualitario. Pues un tratamiento no igualitario de tal particularidad de nuestra existencia resultará incompatible con el sometimiento de esa misma particularidad al mencionado régimen de prescripción universal.¹⁵ Naturalmente, no escapa la política criminal a tales consideraciones, por lo que entender la misma como una suerte de axiología ideológicamente aséptica con acceso epistémicamente privilegiado a los cultores de la técnica jurídica constituye, bajo el paradigma aquí presentado, un enfoque erróneo.¹⁶

En esta línea, ostentan notoria capacidad de rendimiento las investigaciones de HABERMAS en relación a su teoría de la acción comunicativa, en la cual se enmarca la orientación al entendimiento de las acciones sociales. Las mismas, haciendo una breve recapitulación, pueden orientarse al éxito o bien al entendimiento; tomándose como muestra una misma acción, puede ella analizarse en tanto proceso de recíproca influencia por parte de oponentes que actúan estratégicamente, de un lado, o como proceso de entendimiento entre miembros de un mismo contexto vital, de otro. Los participantes adoptan en cada uno de dichos puntos de vista una actitud diferente, pasible de ser identificada –en las circunstancias apropiadas- a base del saber intuitivo de los participantes mismos. Todo entendimiento da por sentado un saber preteórico de los hablantes, quienes pueden por sí mismos distinguir intuitivamente cuándo tratan de ejercitar un influjo sobre los otros y cuándo se entienden con ellos, sabiendo además cuándo fracasan las tentativas de entenderse. En tal sentido, un acuerdo alcanzado comunicativamente no puede ser sólo inducido por un influjo ejercido desde fuera, sino que tiene que ser aceptado como válido por los participantes, distinguiéndose así de una coincidencia puramente fáctica. Todo proceso de entendimiento tiene como meta un acuerdo que satisfaga las condiciones de un asentimiento racionalmente motivado al contenido de una emisión. De allí, un acuerdo alcanzado comunicativamente tiene que tener una base racional, es decir, no puede venir impuesto por ninguna de las partes, ni instrumentalmente (merced a una intervención directa en la situación de la acción) ni estratégicamente, por medio de un influjo calculado sobre las decisiones de un oponente.¹⁷ Así, el paradigma de persona jurídico-penalmente responsable es la persona políticamente habilitada para tomar parte en la producción de las normas cuyo seguimiento leal es recíprocamente esperado de y por quienes, en tal medida, resultan vinculados por reglas que se dan a sí mismos.¹⁸

¹⁵ Cfr. MAÑALICH, Juan Pablo, *¿Democracia...?*, cit., p. 165.

¹⁶ Así MAÑALICH, Juan Pablo, *El principialismo político –criminal como fetiche*, en Revista de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile n° 29 (2018), p. 66. Antes en idéntico sentido KINDHÄUSER, Urs, *Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstberhauptung-Grenzkontrolle der Kriminalpolitik durch die Dogmatik?*, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 121 (4), pp. 963-964.

¹⁷ Fundamental al respecto HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, I, Taurus, Madrid, 1999, pp. 367 y ss.

¹⁸ Cfr. MAÑALICH, Juan Pablo, *Responsabilidad, autoridad y democracia. Una exploración crítica de la filosofía del derecho penal de Antony Duff*, en Revista Discusiones XVII Autonomía y legitimidad, EdiUNS, Bahía Blanca, 2016, p. 181.

En el sentido expuesto, resulta esencial que emisores y receptores de normas se encuentren vinculados a partir de un reconocimiento de autoridad en sentido práctico; la intención de X en cuanto a que Y ejecute determinada acción podrá constituirse como razón de su ejecución en tanto Y reconozca autoridad a X. Al decir de SCIARAFFA, tal reconocimiento de autoridad práctica en cuanto condición posibilitadora de la generación de razones resulta compatible con el *ethos* igualitarista característico del ideal democrático.¹⁹ A partir de allí, por intermedio de la vía legislativa, el Estado de una comunidad política puede llegar a producir razones para la acción con pretensión de vinculatoriedad: el carácter jurídicamente prohibido o requerido de un tipo de acción, impuesto sobre los ciudadanos a través de la norma en cuestión, oficia de indicador institucional de la intención de que sean omitidas o ejecutadas acciones que ejemplifican ese tipo de acción, en cuanto intención atribuible a un agente artificial al cual se le reconoce, institucionalmente, autoridad práctica.²⁰

Sentado ello, debe decirse que los desacuerdos potencialmente existentes en relación al estatus normativo de determinadas acciones en una democracia se zanján a partir de un procedimiento que legitima la decisión final, en tanto se ha honrado la posibilidad de igual participación pública en la toma de la misma. De tal suerte, la adecuada representación de cada sector social propia del sistema democrático de gobierno permite asumir que la regla finalmente instituida exhiba la ya mencionada pretensión de obligatoriedad, al ostentar la marca de la resolución públicamente justa de eventuales controversias, independientemente de la falta de adhesión sustantiva a la misma por parte de determinados destinatarios; en otras palabras, tal regla obliga también a quien queda, circunstancialmente, en la vereda de la minoría. De tales aseveraciones se desprende la conclusión ineludible de que la autoridad de las normas de conducta con reforzamiento penal no depende de un determinado contenido sino, antes bien, de un determinado procedimiento.²¹

Lo señalado deriva ineludiblemente en el razonamiento de que la ciencia del derecho penal debe comprometerse, más allá de su potencial crítico, con el derecho vigente.²² Un primer paso (en todo caso intelectual) para el desarrollo de una teoría dogmática que sirva a la aplicabilidad del derecho es la interpretación de los conceptos en los textos jurídicos relevantes, en especial las determinaciones legales correspondientes. Así, el método decisivo de interpretación es un procedimiento hermenéutico específico que tiene por objetivo captar de la forma más adecuada posible el sentido y la finalidad de las formulaciones lingüísticas, en pos de establecer si el texto jurídico es o no aplicable a

¹⁹ Cfr. SCIARAFFA, Stefan, *On Content-Independent Reasons: It's not in the Name*, en *Revista Law and Philosophy* 28, 2009, p. 252.

²⁰ Con suma claridad MAÑALICH, Juan Pablo, *Responsabilidad...*, cit., p. 201.

²¹ Latamente MAÑALICH, Juan Pablo, *Responsabilidad...*, cit., pp. 202 y ss.

²² Cfr. por todos KINDHÄUSER, Urs, *Acerca del objeto y la tarea de la ciencia del derecho penal*, en *Derecho Penal Contemporáneo Revista Internacional* n° 66, Legis, Bogotá, Enero-Marzo 2019, p. 16.

una constelación determinada de casos. La tarea principal de la interpretación es, en virtud de ello, la concretización del texto jurídico.²³

II.- La Acordada y su contexto normativo

Luego de haber analizado el procedimiento mediante el cual se legitiman las normas de comportamiento jurídico-penales, debemos ahora centrar nuestra atención en los concretos tipos que reclaman espacio de juego en función de lo regulado por la Acordada bajo estudio. De este modo, destacamos que existen en la sistemática de nuestro Código Penal no uno sino tres enunciados normativos pasibles de ser traídos al análisis, que son los provenientes de los artículos 119, 120 y 128.²⁴ Allí, como puede

²³ En idéntico sentido KINDHÄUSER, Urs, *Acerca del objeto...*, cit., p. 34.

²⁴ **ARTICULO 119.** - Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si:

- a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;
- b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;
- c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;
- d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;
- e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;
- f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f).

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.352 B.O. 17/5/2017)

ARTICULO 120 — Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado.

La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), e) o f) del cuarto párrafo del artículo 119

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTICULO 128 — Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos

verse, regula nuestro legislador diversos comportamientos punibles sobre la base de límites etarios diferentes. Así, en los abusos sexuales –básicos y agravados- se protege la indemnidad sexual de las personas mayores de trece años y la intangibilidad sexual de los menores de tal edad y de quienes carecen de capacidad para consentir libremente la acción del autor. Por su parte, en el abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima, lo resguardado es la indemnidad sexual de las personas menores de dieciséis años (pero mayores de trece).²⁵ Finalmente, las representaciones sexuales prohibidas conforme la regulación de la última de las mandas mencionadas son aquellas protagonizadas por menores de dieciocho años de edad. Estas tres normas ostentan igual legitimidad en lo concerniente al procedimiento que les diera origen, por lo que será posterior tarea del intérprete el dotarlas armónicamente de sentido conforme los parámetros que ellas fijan.

Dicho esto, advertimos que la Acordada bajo estudio asevera que el término “*pornografía infantil*” estigmatiza a las víctimas del delito previsto en el artículo 128 del Código Penal, invocando en tal andarivel la guía de orientación terminológica denominada *Guía de Luxemburgo*²⁶, que establece que “*la denominada pornografía infantil involucra a niñas, niños y adolescentes que no pueden ni darían su consentimiento a los actos sexuales a los que están siendo sometidos...*” (textual de los considerandos de la Acordada), la que también sugiere –en argumento que comparte la propia Corte mendocina, no a título de sugerencia sino ya de disposición concreta- el reemplazo de tal terminología por considerarla inconsistente, y su sustitución por “*materiales de abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes*” o bien “*materiales de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes*”. También argumenta la Corte que “*...Argentina es miembro*

menores.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior.

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años.

Todas las escalas penales previstas en este artículo se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece (13) años.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.436 B.O. 23/4/2018)

²⁵ Similar AROCENA, Gustavo, *Código Penal de la Nación Comentado y Anotado, Tomo II (Marcelo Alfredo Riquert Director)*, Erreius, Buenos Aires, 2018, pp. 774 y ss. Nuestra visión sostiene que en los delitos sexuales, en casos en que la persona es considerada por la ley capaz de prestar el correspondiente consentimiento para adentrarse en un contexto sexual que la vincula, lo vulnerado será su indemnidad sexual entendida como propiedad situacional exhibida por cualquier persona actualmente no involucrada en contacto sexual alguno con una o más personas. Sin perjuicio de ello, claro está que la protección jurídica dispensada a la indemnidad sexual no necesita ser una protección absoluta. Esto es puntualmente lo que se halla en juego al tiempo de advertirse que, bajo ciertas condiciones, la protección de la indemnidad sexual de una persona puede encontrar un límite en el reconocimiento de su propia autonomía. Latamente MAÑALICH, Juan Pablo, *La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas*, en Revista *Ius et Praxis* (Universidad de Talca), Año 20, n° 2, 2014, pp. 39 y ss.

²⁶ A efectos de conocer su origen y ámbito de aplicación, confrontar los considerandos de la Acordada.

de INTERPOL (la Organización Internacional de Policía Criminal), organismo que reúne a 192 países, y que por su capacidad de investigación transfronteriza es un ente mundialmente reconocido en la lucha contra los delitos vinculados con el abuso y/o explotación sexual de niñas, niños y adolescentes y del material que circula por internet relacionado con esta actividad criminal” (textual). Es decir, se circunscribe la totalidad de supuestos que pueden presentarse a casos de abuso o explotación sexual de niños, y a la circulación de tales representaciones por internet, interpretación que no resulta directamente trasladable al sistema conformado por la totalidad de las normas de comportamiento jurídico-penales involucradas con la temática en nuestro país.

En esa dirección, debe tenerse presente que la reforma de la ley n° 27.436 (B.O 23/4/2018) procuró –a modo de novedad- la punición de la mera tenencia dolosa de pornografía infantil, sin requerirse en tal supuesto tendencia interna alguna en el agente que oficie de integrante de la antinormatividad, es decir, del objeto de la imputación. Así, el tradicional modelo del silogismo práctico, que ofrece una esquematización de la estructura de fundamentación de (concretos) deberes de abstención –esto es, de omitir acciones- o concretos deberes de acción –esto es, de ejecutar acciones- a partir de normas (abstractas) de prohibición o de requerimiento que sean pasibles de fungir como premisas mayores de las correspondientes inferencias prácticas²⁷, incorpora una norma silogísticamente opaca, en tanto regula un mero estado disposicional que supondrá necesariamente que la conclusión del respectivo silogismo no pueda identificarse meramente con la no-exhibición o la exhibición de un cierto estado, en atención a que lo que los destinatarios de la norma deberán *hacer* o *dejar de hacer* en pos de adecuar su comportamiento a ésta, dependerá de cuál sea su posición situacional relativa al material cuya detención es objeto de prohibición.²⁸

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta evidente que la nueva norma permite sancionar meras tenencias de material pornográfico protagonizado por personas plenamente capaces según nuestro derecho para consentir la realización de prácticas sexuales, lo que naturalmente implica sostener que no han sido víctimas ni de abuso ni de explotación alguna. Tal afirmación se torna inconcusa al repararse en los límites etarios impuestos por los enunciados normativos que reclaman tomar parte en el análisis, los que fueran párrafos arriba mencionados y transcritos.

²⁷ Paradigmático MAÑALICH, Juan Pablo, *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 21. Importante también VOGEL, Joachim, *Norm und Pflicht...*, cit., pp.70 y ss.

²⁸ Cfr. MAÑALICH, Juan Pablo, *Norma, causalidad...*, cit., p. 29, quien, acudiendo precisamente al ejemplo de la tenencia de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad, entiende – ante la existencia de la prohibición- que “quien (aún) no está en posesión de material semejante tiene que abstenerse de llegar a estarlo, esto es: omitir cualquier acción cuyo resultado consista en una adquisición de tenencia del material en cuestión; en cambio, quien se encuentra (ya) en posesión de semejante material, tiene que efectuar una reversión de ese estado, esto es: ejecutar alguna acción cuyo resultado consista en una extinción de la tenencia del material en cuestión”. Así, la opacidad silogística referida deja entenderse en el sentido de que pueden, de ese modo, fundamentarse deberes cuyo cumplimiento implicará según el caso la ejecución u omisión de alguna acción, no obstante prohibir la norma meros estados de cierto tipo.

Los abusos sexuales son delitos que implican una objetualización de la persona de la víctima. Así, si entendemos que la relación entre una persona y su propio cuerpo no puede ser entendida como equivalente a una relación de propiedad sobre objetos, en atención a que las personas (físicas) no sólo *tienen* un cuerpo sino que al mismo tiempo *son* su cuerpo, se sigue de ello que no puede reducirse el valor del propio cuerpo a un mero valor de uso. En tal sentido, si el cuerpo constituye un aspecto de uno mismo, entonces su valía no es capaz de agotarse en el uso que pueda dársele²⁹; por tanto, la valía de una persona en tanto persona nunca será reducible a un eventual valor de uso. Finalmente, si ello vale para la valía de una persona, será consecuente que valga también para el cuerpo de esa persona, precisamente en virtud de que esa persona no es algo distinto de su cuerpo.³⁰

Dicho análisis necesariamente supondrá sostener que en los abusos sexuales lo medular es la reducción de la valía de la corporeidad de otro a su mero valor de uso; por ello son delitos, como anticipamos, de objetualización, noción que se encuentra especificada en referencia a la conexión constitutiva que cabe reconocer entre el cuerpo y la identidad de una persona.³¹

El concepto de explotación, por su parte, se vincula necesariamente con el de despersonalización.³² Aquel que es explotado le ha cedido a otro (u otros) el control sobre un determinado aspecto de su existencia. Cada riesgo que se suscita en la sociedad es pasible de ser imputado a una persona determinada sólo en tanto ésta ostente un control objetivo sobre el mismo o bien, por defecto, ingrese en su competencia tal neutralización. Ello así dado que una persona en derecho (*Rechtsperson*) no es ni más ni menos que un centro de imputación³³ que permite analizar en clave social cada uno de sus comportamientos. Se nace en un mundo coexistencial, y todos nos volvemos personas a partir de las exigencias de responsabilidad que rigen tal contexto.³⁴ De este modo, la imputación de un determinado comportamiento siempre supone que exista una persona que posea, aunque sea compartido con otro agente, el control del contexto fáctico. Sólo

²⁹ GARDNER, John - SHUTE, Stephen, *The Wrongness of Rape*, en Jeremy Horder (Ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence: Fourth Series*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 203 y ss.

³⁰ Cfr. MAÑALICH, Juan Pablo, *La violación...*, cit., p. 38.

³¹ Así MAÑALICH, Juan Pablo, *La violación...*, cit., p. 39.

³² Nos hemos ocupado profusamente de la temática en otro lugar. Al respecto FALCONE, Roberto (h), *Algo más sobre el consentimiento y la trata de personas en el derecho penal argentino*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3, año X, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, abril 2020, *passim*.

³³ Sostenía KANT que "*Imputación (imputatio)* en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (*causa libera*) de una acción, que entonces se llama acto (*factum*) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (*imputatio iudiciaria*), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (*imputatio diiudicatoria*). La persona (física o moral) competente para imputar judicialmente se llama juez o también tribunal (*iudex. s. forum*)". Cfr. KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 35.

³⁴ Así CANCHO ESPINAL, Ciro, *Algunas consideraciones sobre el concepto de persona en el Derecho penal*, publicado en *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales* n° 6 (2005), pp. 114 y ss.

así podremos decir que se trata de una obra suya, entrando de lleno en el campo de la propia esfera de organización del sujeto en sus cosas.³⁵

Sentado lo expuesto, retomamos ahora la idea de que el legislador argentino, al punir la mera tenencia de material con representaciones sexuales de menores de dieciocho años de edad, en rigor persigue la sanción de un estado que debe interpretarse como un aporte comunicativo que realiza una persona, una expresión de sentido por la que debe responder.³⁶ Ello motivará, en su caso, una respuesta estatal que implique una ratificación de la configuración social, rechazando la propuesta personal de abandonar la expectativa defraudada.³⁷

En esa dirección, si asumimos que el primer canon interpretativo a considerar resulta el gramatical, ateniéndonos de ese modo a la fijación del texto legal a partir de su sentido literal posible -operante como ámbito máximo de significado-, advertiremos sin dudar que el legislador no ha dotado de relevancia alguna al consentimiento del menor en ser documentado en algún tipo de soporte. Al menos en principio, ha entendido a partir de la reforma a la ley 27.436 que existe un interés supraindividual en que no existan representaciones sexualizadas de niños, niñas o adolescentes menores de dieciocho años de edad, independientemente del eventual consentimiento válido en relación a las prácticas sexuales en que hayan tomado parte, e inclusive -como dijéramos- de su propio consentimiento en relación a que tal práctica resulte documentada.

Por ello, las normas jurídico-penales que reclaman intervención en el campo analizado suponen reconocer que puede también existir como parte integrante del silogismo el caso aludido, no pasible de ser circunscripto a casos de abuso o explotación de menores de edad. En tal sentido, sostenemos que si la Corte mendocina tenía algo para expresar en el plano dogmático en lo concerniente al tópico debió haberlo hecho, a efectos de hacer explícita su posición sobre este supuesto.³⁸ Ello así en atención a que, si

³⁵ Cfr. LUZON PEÑA, Diego, *Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo*, publicado en Revista Nuevo Foro Penal Vol. 6, N°74, enero -junio 2010, Universidad EAFIT (Medellín), pp. 75 y ss.

³⁶ Preferimos hablar aquí de aporte comunicativo antes que de *manifestación de la personalidad* a la usanza de ROXIN (véase ROXIN, Claus, *Los delitos de tenencia*, en SCHROEDER/ECKSTEIN/FALCONE (Coord.), *Delitos de posesión o tenencia*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2016, pp. 149 y ss.), dado que esta última expresión resulta un tanto más confusa al poseer visos de derecho penal de autor. El modelo de hecho punible al que adscribimos es esencialmente comunicativo, en tanto cada infracción a una norma de comportamiento constituye una declaración voluntaria en contra de la comunidad jurídicamente organizada, frente a la que ésta reacciona a través del dictado de una pena. Con ello se patentiza la dimensión social de ambos eventos.

³⁷ Tal concepción responde a JAKOBS. Los lineamientos generales de la estructura de su pensamiento en torno al tópico pueden verse en su artículo *Imputación Jurídico-penal*, publicado en JAKOBS G.-STRUENSEE E., *Problemas capitales del derecho penal moderno*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, pp. 33 y ss.

³⁸ Por caso, si sostuviera que los casos analizados ostentaran la condición de delitos "rémora", tal como denomina KINDHÄUSER a aquellos delitos que, a diferencia de los pertenecientes al área nuclear jurídico-penal, viajan sin poseer el ticket de merecimiento de pena, debió explicitarlo con toda claridad. Sobre el punto KINDHÄUSER, Urs, *Derecho penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del*

se adopta una decisión tan extrema como suprimir una determinada terminología que resulta apta para denominar a ciertos supuestos fácticos que reclaman integrar el silogismo práctico al que se hiciera referencia en la primera parte, debe a todas luces plasmarse de modo argumentativo qué es lo que en definitiva se piensa sobre tal extremo.

Hasta que eso no suceda, mal que le pese al máximo tribunal de la provincia cordillerana, habrá que procurar una denominación alternativa para la terminología “*pornografía infantil*” si es que ella no satisface a la hora de denominar supuestos que documentan actividades sexuales regidas por un consentimiento pleno de los menores involucrados. Pero debe en todo momento tenerse presente, como premisa general, que el contexto en el que se enmarca la actual actividad legislativa en materia penal constituye expresión de una sociedad del riesgo³⁹, en la que el factor primario de riesgo es el ser humano mismo en tanto elemento de inseguridad a causa de todas aquellas cualidades que impiden que engrane en el sistema social y sus subsistemas “*como un piñón bien aceitado y sin defectos de desgaste*”.⁴⁰ Ello explica la proliferación de tipos penales de peligro, para reprimir determinados comportamientos en los que no se está seguro de la producción de un daño pero tampoco se está seguro de que el mismo pueda ser oportunamente evitado; así, el elemento de la inseguridad consciente ostenta aquí una pertenencia esencial. Por ello, en las puestas en peligro abstractas lo que prima al tiempo de decidir una respuesta penales, principalmente, el estar ante una situación en la que no están garantizadas las condiciones de seguridad necesarias para la disposición racional sobre un bien. Ahora bien, si el derecho penal es el ámbito propicio al que tal modalidad de tipificación debe ser asignada, o puede en cambio acudir a abordajes menos lesivos para la persona, dependerá en cada caso del valor en juego concerniente al libre desarrollo del individuo en el marco de la sociedad que integra.⁴¹

En cualquier caso, el supuesto fáctico sobre el cual llamamos la atención debe analizarse antes de eliminar de plano cualquier terminología que no resulte de agrado. PAWLIK llevó con acierto la cuestión al punto decisivo, encontrando las palabras indicadas: “*antes de penetrar en los placeres de la sencillez se debe estar absolutamente seguro en el plano teórico*”.⁴²

riesgo, en Cuadernos de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda de Colombia, febrero de 2014, p. 14.

³⁹ Cfr. por todos BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft-Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, *passim*.

⁴⁰ Así KINDHÄUSER, Urs, *Derecho penal...*, cit., p. 17.

⁴¹ En ese sentido KINDHÄUSER, Urs, *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal*, en Revista In Dret, Barcelona, 2009, pp. 12 y ss.

⁴² Cfr. PAWLIK, Michael, *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 147.

