



**ABUSO SEXUAL”, ¿COMO VA LA MANO?
“NUEVOS PARADIGMAS SOBRE EL CONCEPTO DE ABUSO SEXUAL, VIO-
LENCIA DIGITAL Y VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y PERSONAS VULNE-
RABLES”**

**“SEXUAL ABUSE”: HOW ARE THINGS GETTING TOGETHER?
“NEW PARADIGMS ON THE CONCEPT OF SEXUAL ABUSE, DIGITAL VIOLENCE, AND
VIOLENCE AGAINST WOMEN AND VULNERABLE PERSONS”**

Roberto Marcial Ambrosis

Auxiliar letrado de la Sala 1 de la Cámara de Apelaciones y Garantías de la Plata; profesor titular de la materia Derecho Penal de los Mercados de la UCALP; autor de diversas obras de doctrina, entre ellas, Redes del Delito, publicado por la Editorial Astrea (virtual, año 2018) y «La pandemia y de CO-VID-19, la sobreexposición a las redes sociales, la aparición del derecho al olvido como la prescripción de las víctimas y los niños en el entorno digital», publicado en el año 2021 por la revista Perspectivas de la UCALP y Apreciaciones en torno a un fallo sobre la configuración del delito de abuso sexual, publicado por la revista perspectivas de la UCALP en el año 2022; egresado de la primera generación de la Escuela Judicial de la Provincia de Buenos Aires y graduado de la Escuela Judicial de la Nación.

Juan Carlos Scirica

Abogado. Profesor Ordinario de Derecho Penal, Parte General. Esp. Litigación Oral Univ. Salamanca. Doctorando UCA. Director Carrera Abogacía @UCALP. Asesor HCD-PBA y del Servicio Penitenciario de la “Provincia de Buenos Aires.



Resumen

En primer lugar, utilizamos como disparador para repensar el concepto de abuso sexual un reciente fallo de la C.S.J.N, Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Martel, Osvaldo Benito y otros s/ averiguación de delito". Donde el máximo tribunal nacional descalifica la decisión de la Cámara de Casación Nacional en cuanto aplicó una categoría dogmática para sostener que los delitos de abuso sexual y de abuso des-honesto, no pueden tenerse por configurados, por alguien que no es el autor directo, por ser tratarse de delitos, llamados por la doctrina como de "propia mano" o "delicta propia". Ello sin discriminar que los hechos investigados tenían que ver con una serie de delitos sexuales cometidos contra mujeres en la última dictadura militar en un contexto de real vulnerabilidad. Es allí donde ni menos "se le para la mano" a las categorías dogmáticas, sosteniendo la decisión con normativa nacional e internacional de protección de violencia en contra las mujeres y grupos vulnerables que muy a menudo presuponen hechos de violencia sexual y de género, que se producen en esas particulares circunstancias.

Palabras claves: abuso sexual; delitos propia mano; violencia de género; violencia digital, categorías dogmáticas, autoría mediata.

Abstract

In the first place, we use as a trigger to rethink the concept of sexual abuse a recent ruling of the C.S.J.N, a factual appeal deducted by the Attorney General before the Federal Court of Criminal Cassation in the case of Martel, Osvaldo Benito and others regarding the investigation of a crime." Where the highest national court disqualifies the decision of the National Court of Cassation in that it applied a dogmatic category to maintain that the crimes of sexual abuse and indecent assault cannot be considered as configured, by someone who is not the direct perpetrator, because they are crimes, called by the doctrine as "own hand" or "own crime". This without discriminating that the facts investigated had to do with a series of sexual crimes committed against women in the last military dictatorship in a context of real vulnerability. These paradigms show the tensions that exist between the generalizations that a univocal solution supposes for all situations and the other that is that is that of being concretized with an analysis of a real case. It is there where the dogmatic categories are no less "stopped", supporting the decision with national and international regulations for the protection of violence against women and vulnerable groups. Finally, it is established that dogmatic categorizations often neglect socially harmful situations, but, above all, they seem to ignore or deny the text of the current law and social practices, which often presuppose acts of digital sexual violence and gender violence, which occur in contexts of extreme vulnerability for victims.

Keywords: sexual abuse; crimes committed directly; gender violence; digital violence; dogmatic categories; indirect perpetration.

1. Un Fallo de la CSJN que aborda categorías dogmáticas que pueden distorsionar la realidad y la aplicación de la justicia a un caso concreto.

Estimamos que no es sencillo ni prudente determinar el alcance del término abuso sexual o abuso deshonesto, sin omitir para el análisis del concepto de las prácticas sociales, los contextos propios donde se lleva a cabo el acto y lo dicho por la doctrina Nacional e Internacional y es por ello tomo real significado analizar el fallo, donde el tribunal el máximo Tribunal Nacional, donde se preguntó de forma sencilla: ¿sí se había aplicado correctamente la categoría de delitos “propia mano” a delitos sexuales cometidos contra mujeres detenidas clandestinamente, por nuestra última dictadura militar?.

Ello en el precedente “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Martel, Osvaldo Benito y otros s/ averiguación de delito”, donde la C.S.J.N revocó un fallo de la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal.

El mencionado Tribunal había resuelto excluir los delitos de violación y abuso deshonesto, por los cuales habían sido condenados dos imputados en la causa, que también fueron condenados, junto con otros cuatro coimputados, a los que también se les imputaron los delitos de tormentos agravados sufridos por las víctimas, aunque sin modificar por ello el monto de las respectivas penas impuestas por otros conceptos. En concreto se resolvió “por mayoría”, excluir la sanción impuesta a los acusados por los delitos de abuso deshonesto y abuso sexual con acceso carnal en concepto de autores de mediatos, en función que se entendió que los mismos, no realizaron la conducta descripta por el Código Penal, en forma directa.

El Tribunal de Casación, al analizar el caso, argumentó que las imputaciones realizadas contra la integridad de las víctimas se trataron de delitos denominados como “de mano propia”, que son los que exigen por parte del sujeto activo que se lleve a cabo la acción corporal prohibida; en el entendimiento que de esa forma sólo es posible que lo haga el autor. Concluyendo que en los casos de quien realiza una perpetración mediata de los hechos, debe excluirse la tipicidad. Ello en virtud de que ninguna de las víctimas en la causa había mencionado que alguno de los imputados hubiera intervenido en los hechos ultrajantes que las dañificaron, sosteniendo que no era posible probar la comisión de propia mano de los hechos por los que fueron acusados y condenados en la instancia.

El más Alto Tribunal Nacional resolvió declarar parcialmente admisible la queja y, en consecuencia, dejó sin efecto, a este respecto, la sentencia apelada en cuanto sostuvo la improcedencia de encuadrar, sin más, las figuras delictivas comprometidas, en acciones “de propia mano”, sin fundamentar su inclusión en tal categoría y expresó que en este caso es cuestionable lo decidido por el Tribunal inferior, ya que entendió que :

“La regla para desentrañar el sentido de la de las leyes, se debe partir del análisis de su propia letra, donde dice: “las palabras deben ser comprendidas en el sentido más obvio del entendimiento, sin que quepa a los jueces sustituir al legislador, sino aplicar la norma tal como este la concibió.” (Votos” Maqueda y Lorenzetti).

Estímanos, que aquí la Corte, reconoce que el contexto es dirimente para la interpretación de las leyes y de alguna forma opera como un elemento desintegrador de las categorías dogmáticas, que por ende no pueden ser aplicadas de forma general y automática; sin tener en cuenta las particulares circunstancias de las víctimas, sobre todo si se encuentran en condiciones de vulnerabilidad; en consonancia con la adecuada interpretación de las reglas jurídicas y de los elementos de prueba existentes en la causa, que conforme el criterio de la Corte, fueron desentendidos por la decisión en análisis.

En concreto se dijo que no es posible despenalizar acciones en las que el autor quiere y conoce el resultado- dentro de un plan sistemático y organizado que menoscabó de forma significativa la intangibilidad sexual de las mujeres que encontraban detenidas; en función que el perpetrador no realizó en forma personal la acción, lo que no resulta a primera vista como una derivación razonada del derecho vigente.

Así la CSJN, expresó en relación a la ley aplicable y al contexto donde se llevan a cabo las acciones contra la integridad sexual, que es posible llevar a cabo esas acciones reprochables con autoría criminal mediata, de acuerdo a lo establecido en el Código Penal y expresó:

“Es arbitraria la sentencia que expresó que el reproche penal en calidad de autor de los delitos de abuso deshonesto y violación debe quedar limitado a quienes corporalmente ejecutan el ataque sexual, pues para excluir la autoría criminal en estos casos en particular, la decisión ameritaba -cuanto menos- ponderar la incidencia del contexto en que estos delitos fueron cometidos (si este tipo de conductas estaba previsto como parte del plan sistemático que entonces se ejecutaba en nuestro país, si la situación de clandestinidad en que podía operarse conllevaba algún tipo de expectativa de impunidad respecto de conductas que fueran ajenas al plan, etc.) y, principalmente, si cualquiera de las circunstancias derivadas del citado contexto modificaba, en forma alguna, las implicancias que la sentencia reconoció a la categoría de delitos de propia mano elaborada por la doctrina penal tradicional, en términos de autoría criminal en los delitos imputados” (Voto del juez Rosatti).

Presentado el caso traído a examen es necesario para continuar con el análisis, esbozar el concepto de la figura prevista en el art. 119, para proyectar luego cual es el rol que juegan los contextos de vulnerabilidad, en el delito de abuso sexual y cual ha sido la interpretación que dado la dogmática a esos casos.

2. Abuso sexual, los sinuosos límites de la figura y la preponderancia de los para su interpretación contextos.

Cabe destacar, que las problemáticas que giran en torno a la conceptualización del abuso sexual, no solo se dan en el plano internacional, sino que también se debaten en el plano local, donde existen diferentes posturas sobre la interpretación del alcance de la figura del abuso sexual, que se suma a las dudas e incertidumbres que generaba la antigua figura del abuso deshonesto, que puede ser asimilable en la actualidad al delito de abuso sexual simple.

Más allá que la figura del de abuso sexual simple o básico, está previsto en el párr. 1º del art. 119 del CP, cabe mencionar su directa correspondencia con el delito de abuso deshonesto prevista en el derogado en el art. 127 del Cód. Penal (Capítulo III, “Corrupción, abuso deshonesto y ultrajes al pudor”). Que luego las de reformas de las leyes 17.567 y 21.338 sólo se innovó en la denominación del Capítulo, sustituyendo la rúbrica original “Violación y estupro” por la de “Violación, estupro y abuso deshonesto” y la ley 20.509 volvió a la fórmula original del Capítulo y la ley 23.077 al texto y número original del art. 127. Posteriormente, la ley 23.487 de 1987 modificó la rúbrica original por la de “Corrupción, abuso deshonesto y ultrajes al pudor y, por último, la ley 25.087 introdujo una nueva configuración al delito que protege la intangibilidad sexual de las personas, que se ve agredida en el derecho que cualquiera tiene de realizar su actividad sexual de acuerdo con su propia voluntad y con relación a sus propias preferencias personales.

Pero más allá que al comienzo el artículo de referencia produjo debates e interrogantes sobre algunas cuestiones que tenían que ver con el concepto del abuso sexual ultrajante y con la maniobra de la llamada felatio in ore, eas problemáticas luego fueron resueltas de forma definitiva por la reforma establecida en la ley 27.352.

Sin embargo, se han generado debates en relación con el alcance del abuso sexual, sobre sí por ejemplo ¿se puede abusar de alguien sin tocarlo? Donde hemos dicho que el Superior Tribunal de Córdoba en el fallo CARIGNANO, Franco Daniel sobre abuso sexual, reducción de imágenes con contenido sexual de menores de 18 años, etc. -Recurso de Casación-” (SAC2469171), que confirmó la resolución de un Tribunal inferior y se preguntó de forma sencilla que sucede con el art. 119 del CP en casos de autoría.

En el precedente citado en forma sucinta se discutió si es posible cometer el delito de abuso sexual conforme la ley vigente estando a gran distancia y sin tener contacto directo con la víctima, discutiendo cuestiones análogas a la aquí tratadas, hemos dicho que: “en relación a postulados que parecen ser eminente dogmáticos, que se apartan de la ley aplicable y de los contextos donde se cometen las acciones delictivas”(conforme Ambrosis año 2022 página 2).

En ese sentido, la mencionada Corte Provincial también se pregunta, ante los embates de la mayoría de la doctrina nacional ¿si es posible realizar actos de abuso sexual a gran distancia?; dado que se sostuvo con sólidos argumentos, que no está acreditado que ese contacto personal requerido por la doctrina, pueda excluir de forma directa el dolo o la lascivia o lujuria del autor.

Es posible entonces hacer una síntesis de las posturas al respecto del tema, que en las que se dividen opiniones a favor y contra de afirmar o negar; que el abuso sexual puede configurarse por ejemplo en forma telemática o remota.

Ante ello se debe destacar que existen diferentes posturas sobre la posibilidad de cometer abuso sexual estando a gran distancia y sin tocar a las personas, en la que cabe referir que se nos encontramos con una notoria división doctrinaria.

En primer lugar, se encuentran los autores que entienden que no es posible realizar el abuso de esa forma en los que se encuentran, Arocena, Boumpadre, Donna, Reinaldi, Soler, Parma, Figari, Gavier; Fontán Balestra, Edwards y Laje Anaya.

En el plano del extranjero descartan también la posibilidad de cometer abuso cuando el sujeto activo no realice la acción en forma directa, autores como Muñoz Conde, Díez Ripollés y Gonzales Rus.

A favor de la posibilidad de la comisión del delito de abuso sexual de forma mediata- estando a gran distancia y sin realizar tocamientos en forma directa; podemos mencionar a autores como Núñez, Creus, Aboso, Villada, Estrella y Clemente, que en el ámbito local avalan esa posición. Asimismo, en el extranjero también sostienen esa postura, Carmona Salgado, Díaz-Maroto y Villarejo, Orts Berenguer, Suárez Rodríguez y Laura Pozuelo Pérez, que postulan por ejemplo la posibilidad de cometer el delito de abuso sexual por vía mediata y telemática, sin condicionamiento alguno.

En el caso de Laura Pozuelo Pérez (año 2022 página 7/8), en forma enfática, concluye en su tesis; que los delitos sexuales no son delitos “de propia mano” y no requieren ningún elemento subjetivo específico, por lo que entiende que los mismos pueden ser cometidos con autoría mediata y por forma telemática o remota sin ningún tipo de limitación.

Otro punto saliente que destaca Pozuelo Pérez (año 2022 página 4/5), radica en la ausencia en la legislación Española de la necesidad de exigir en los delitos sexuales, elementos especiales subjetivos, en el autor; situación que puede ser asimilable a lo establecido por ley Argentina y en ese sentido expresa:

“El legislador penal nunca incluyó dentro de la regulación de los delitos sexuales ningún elemento subjetivo específico adicional al dolo, lo que hace inexplicable que tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia consideraran la existencia de un elemento subjetivo específico, habitualmente denominado como “ánimo lúbrico” o “ánimo libidinoso”, ya que si se exigía su concurrencia como un imprescindible elemento del tipo, además del dolo, quedarían impunes todos aquellos ataques contra la libertad e indemnidad sexuales que tuvieran otro tipo de motivación diferente a la de obtener satisfacción sexual, como pudieran ser, por ejemplo, la intención de hacer daño o de humillar a la víctima (6) . También en este caso la doctrina mayoritaria ha abandonado hace tiempo esta concepción (7) pero en la jurisprudencia, sin embargo, no se encuentra ese consenso. En el Tribunal Supremo nos encontramos, por un lado, con numerosas sentencias que sí exigen la presencia en los delitos sexuales del “ánimo lúbrico” o “ánimo libidinoso” como un ánimo subjetivo o tendencial. Pero también cabe destacar otra línea jurisprudencial dentro de este Tribunal que alude a la “difícil justificación dogmática” de este elemento subjetivo, que carece “totalmente de razón de ser” o que considera que “no se percibe razón alguna para hacer depender el merecimiento de pena de una realización del acceso carnal con el propio cuerpo, toda vez que lo que se castiga no es la satisfacción sexual del agente, sino la lesión del bien jurídico de la autodeterminación sexual”. Pozuelo Pérez, 2022 pp. 4/5.

*Abuso sexual”, ¿como va la mano?
“nuevos paradigmas sobre el concepto de abuso
sexual, violencia digital y violencia contra la mujer y
personas vulnerables”*

En consonancia con ello, en el plano local, tomaremos como base otra precedente del Superior Tribunal de la Provincia de Córdoba, sobre la realización del tipo objetivo y subjetivo del abuso sexual, que retoma lo dicho en «Laudin» (Sentencia n.º 334, del 9/11/2011) del mismo Tribunal, donde se sostuvo que:

...” el delito de abuso sexual lo determinante para la configuración del tipo es el carácter objetivamente impúdico de la conducta del autor, a lo que se agrega, subjetivamente, el dolo consistente en el genérico conocimiento de que se comete un acto impúdico y la voluntad de ejecutarlo, aunque el autor además tenga otros fines, como puede ser la humillación, la venganza, etc. (Núñez, 1964, Parte Especial, t. IV, pp. 311-312)”.

Entiendo que mismo ocurre con los delitos llamados de propia mano, donde la exigencia del contacto corporal directo o de intermediación física entre autor y víctima, encuentra su razón de ser en el postulado implícito y aun limitadamente admitido, en que el abuso sexual constituye un delito especial propio, donde no es posible sustituir al autor directo, pero ante ello cabe preguntarnos ¿sí ello se puede resolver con un postulado general que no distinga situaciones, que delimiten contextos socialmente aceptados como abusivos?.

En ese sentido, también se valora, la postura del Tribunal Supremo Español El Tribunal menciona la doctrina del máximo Tribunal Español en la Sentencia N° 301/2016, en cuanto consideró configurada la acción típica de abuso sexual. En ese sentido, se puede citar a (Cugat Mauri año 2019 página 250), quien sostiene:

...” ya que, con la conducta desarrollada por el imputado sobre una menor de edad, en donde a partir de comunicaciones vía Facebook el autor obligó a la niña a enviar imágenes de contenido sexual de su cuerpo, o a introducirse los dedos en la vagina, entre otras cosas, cuestión que la víctima concretó, siempre ello sin contacto corporal físico del sujeto sobre la primera”.

Y asimismo el mencionado autor concluye en cuanto a la posibilidad de consumar el delito en forma mediata y expresa:

“La subsunción típica utilizada con la configuración del delito de abuso sexual es correcta y aplicable, sin que ella puede considerarse forzada y violatoria de garantías constitucionales. Del mencionado precedente español, se pueden citar algunos de los argumentos del supremo Tribunal, que soslaya: Son muchos los precedentes de esta Sala en los que la aplicación del art. 183 del CP no se ha visto obstaculizada por el hecho de que no mediara contacto físico entre agresor y víctima. Y no sólo en aquellos casos en los que la ausencia de relación física está ligada al escenario telemático en el que se desarrolla el abuso. Así, por ejemplo, en la STS 1397/2009, 29 de diciembre, decíamos que «... el delito de agresión sexual del art. 178 se consuma atentando contra la libertad sexual de otra persona sin que se exija que el sujeto necesariamente toque o manosee a su víctima. [...]. Que la satisfacción sexual la obtenga (el acusado) tocando el cuerpo de la víctima o contemplándola desnuda mientras se masturba es indiferente para integrar para ello lo que es en ambos casos un comportamiento de indudable contenido sexual”.

Otro punto saliente para analizar, con relación a esta temática, consiste en admitir la posibilidad de cometer delitos contra la libertad e indemnidad sexual con autoría mediata; donde cabe puntualizar, como lo haremos luego, que es cierto verificar que es factible también realizar la acción típica con algún instrumento que realice la acción, sin que el hombre de atrás tenga contacto personal o inmediato con el damnificado.

Así Pozuelo Pérez (año 2022 página 1/3), se manifiesta a favor de la posibilidad de cometer el delito de abuso sexual, con autoría mediata tomando como base la legislación Española, que consideramos que puede servir de un buen ejemplo para aplicar sus conclusiones a nuestra legislación y en ese sentido expresa que:

“Para ello, como se ha visto en los epígrafes anteriores, es necesario partir de que los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales no son delitos de propia mano ni exigen un específico ánimo de obtener satisfacción sexual con su comisión, lo que permite afirmar que puedan cometerse en autoría mediata, posición que, como se ha visto, resulta hoy por hoy mayoritaria en la doctrina penal. Es cierto que en la mayor parte de los casos suele haber un contacto sexual directo entre autor y víctima, y que lo más frecuente es que aquel pretenda una satisfacción sexual con el delito, pero no se trata de requisitos establecidos por el legislador y por ello nos son imprescindibles para poder afirmar la existencia de agresiones o de abusos sexuales, que, por tanto, pueden ser cometidos en autoría única, en coautoría o en autoría mediata”. Pozuelo Pérez, 2022 p. 1/3

3. Los delitos de “propia mano” o “delitos especiales” según la establecido por la Dogmática Penal Alemana y las particulares referencias a la parte especial de los digestos penales para tomar un criterio al respecto de la categoría de mención.

En primer lugar debemos destacar que la categoría “mano propia”, nació en paralelo con las formulaciones modernas de la teoría del delito y los criterios de imputación objetiva- que dieron sustento en Alemania a la clasificación aludida- para presentarse como un límite a la participación criminal, vinculada a los conceptos de delitos de “propia mano” o “delitos especiales propios”; en los cuales es necesario que el autor tenga ciertas condiciones propias que requiere la ley para ser considerado como responsable único del hecho delictivo. Pero lo cierto es que esos mojones que trazaron, desde hace más cuatro décadas por la dogmática penal, nunca fueron claros y nítidos, como para hacernos pensar, que la categoría de mención pueda ser aplicada sin condicionamiento alguno a todos los delitos.

Cabe referir que se puede advertir, que la categoría dogmática de los “delitos de propia mano”, no tuvo desde su propia génesis, una aceptación mayoritaria por parte de la doctrina, desde el enfoque de la imputación objetiva, toda vez que surgieron dudas sobre su legitimidad jurídica para su aplicación práctica en referencia a la legislación Alemana y más aún, consideramos que existen objeciones, para transpolar sus consecuencias de forma directa a la ley Argentina, sobre todo si se tiene en cuenta la forma de legislar la participación criminal (según lo establecido en los artículos 45 y siguientes del CP), que está regulado de forma sustancialmente diferente en la normativa germana.

Comencemos entonces, por hacer un análisis donde surgió la mencionada teoría, en la cabe destacar que es escasa aceptación actual que recibe la categoría, en la misma Alemania: para luego realizar un análisis de la parte especial, en referencia a la figura del abuso sexual y establecer una posible compatibilidad con los delitos de propia mano.

En este sentido (Satzger año 2021 página 123/124) cuestiona la posibilidad de que existan este tipo de delitos, en diversos ordenamientos jurídicos, ni tampoco acepta que la jurisprudencia pueda receptar tal categoría, ya que considera que será autor, quien pretenda realizar- dentro de un determinado ámbito de cierta competencia social- el resultado típico que se determinó de ante mano como propio y expresa:

“Una limitación de la autoría a conductas realizadas personalmente es ineludible en ordenamientos “poco complicados” que establecen que solo puede ser autor quien cometa la acción típica con sus propias manos. En un sistema como éste existirían únicamente delitos de propia mano. Pero precisamente éste no es el punto de partida del Código penal en Alemania ni en muchos otros ordenamientos jurídicos ni – sobre todo - de la doctrina de la autoría dominante. Al contrario: si uno se fija en la jurisprudencia alemana acerca de la delimitación de autoría y participación, ésta se rige por un planteamiento subjetivo, aunque ya no tan extremo como antes. Según esta doctrina, el que quiera el delito como suyo, es autor, según la versión extrema de esta teoría, incluso independientemente de quien realice la conducta típica. Como consecuencia, no existe en realidad ningún delito de propia mano, ya que no es necesario la realización de la conducta con las propias manos. Para ser considerado como autor es suficiente que éste pretenda el resultado típico”. Satzger, 2021 pp. 123/124

No puede dejar de soslayarse, que tanto en los códigos foráneos de donde provienen la mayoría de las teorías donde se establecen límites de autoría en particular para algunos delitos. En los que, tanto en la parte general como en la parte especial, se puede establecer luego de un análisis directo; que clase de delitos pueden ser cometidos en forma mediata por toda persona.

Por ello puede sostenerse que de acuerdo la doctrina moderna que es posible asignarles a ciertos delitos la categoría de delitos especiales; a las figuras delictivas que requieren una distinción- que se efectúa en función de la calidad especial requerida del sujeto activo- que delimita así el círculo de posibles autores a ciertas personas que reúnan las condiciones típicamente establecidas.

En ese caso coincidimos con Stazger (año 2021 página 124/125), en cuanto expresa que, en el mismo Código Alemán, se puede establecer una diferenciación en cuanto a los delitos especiales, entre cuales se debe distinguir entre los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber, en los cuales el intérprete deberá recurrir para analizar cada caso a la parte específica del digesto normativo, si surge un deber jurídico particular que la ley establece evitar, para luego determinar si el delito requiere una categoría especial de autor para su configuración:

“La delimitación explícita de posibles autores en normas penales concretas de la parte especial constituye una excepción del art. 25 StGB. Solo puede ser autor quien pertenezca al círculo de autores de los delitos especiales. Roxin valora esta excepción legal diferenciando entre los delitos de dominio, en los que es aplicable el criterio del dominio del hecho, y los delitos de infracción de deber. Acerca de estos últimos, la autoría no se puede basar solo en el dominio de hecho. Más bien solo puede ser autor aquel a quien le corresponda un deber especial típico (9). En la ciencia en parte se critica este enfoque como inconsecuente y se argumenta también que los delitos especiales se basan en un dominio del hecho normativo (10)”. Stazger, 2021 pp. 124/125.

Ante esa afirmación, consideramos que no es casual la referencia que utiliza el mencionado autor para delimitar lo que podemos llamar “dominio social o normativo del hecho”, que implica tener en cuenta de forma particular ciertos elementos del tipo penal, que no son a priori circunstancias dirimentes para determinar o negar la posible autoría en el hecho.

Para ello estimamos que es necesario antes de establecer la pertenencia a tal o cual categoría; analizar cuestiones relacionadas con el bien jurídico protegido al que se encuentran vinculadas en forma directa en el plano subjetivo del autor. En el que cabe preguntarse si existe la posibilidad que el sujeto activo pueda dañar en forma directa, remota o mediata, lo que la ley protege, generando de esa forma una infracción a los deberes socialmente impuestos por la norma.

En función de ello estímanos que para interpretar al mismo tiempo las características de ciertas acciones disvaliosas para la vida social, es necesario referenciarse con ciertas prácticas cotidianas y culturales que pueden limitar o no la intangibilidad de decisión de la vida sexual de las personas; donde cabe advertir que los contextos de extrema vulnerabilidad de las víctimas deben ser sopesados a priori para luego realizar poder realizar un análisis puramente normativo, como el aquí realizado por el Tribunal de Casación.

Helmut Satzger, en el trabajo citado, menciona que, a diferencia de los delitos especiales, que están legislados en la parte especial del Código Alemán; admite francamente que los delitos propia mano no encuentran regulación explícita en el ese cuerpo normativo. Por lo cual existen tesis que niegan que puedan darse estos delitos en la propia cuna doctrinaria de esa teoría, citando para ello a (SCHUBARTH, Schw ZSTR 114 (1996), p. 325 ss.; ÍDEM, ZSTW 110 (1998) 827, p. 839 ss), exhibiendo de esa forma que el concepto de los delitos propia mano; que pretende aplicar el Tribunal de Casación carece de un apoyo relevante y significativo, para la actual formulación de la teoría del delito en la propia Alemania.

Pero sin embargo y previo a esbozar alguna conclusión, conviene seguir el análisis agudo del reconocido tratadista, que menciona que de acuerdo al análisis de dos figuras delictivas de la parte especial; como por ejemplo la embriaguez normada en art. 323 y el falso testimonio art. 160 StGB; delito en el cual es posible castigar el provocar el falso testimonio de otro, debiendo entenderse en el último caso como la acción de provocar una influencia en el autor sin ser inductor en el sentido del art. 26 STGB –que es una situación que está regulada en la parte general del Código Penal. Situación que genera que pueda pensarse que, en ese acotado caso, sea posible sostener en esos tipos penales acotados, pero del mismo advierte que ese análisis surge del escrutinio de la parte especial de la legislación penal germana.

Del mismo modo entiende el mencionado tratadista- que hemos tomado como una clara referencia para esclarecer el tema- que existen situaciones que normalmente son catalogadas por la doctrina como de autoría mediata donde de acuerdo con lo establecido por la ley, es posible pensar, como en el caso del falso testimonio, que solo el propio testigo es quien realiza el desvalor penal. Y por ello considera, que esos delitos pueden ser catalogados como delitos de propia mano; admitiendo luego que la tarea no es tan fácil, con otro tipo de delitos; atento que sostiene que la doctrina y la justicia tienden a realizar una simplificación general de las acciones, que a su criterio deben ser valoradas dentro de un contexto jurídico y cultural dado.

En ese sentido hemos de destacar, que es imprescindible realizar antes de afirmar la existencia de delitos especiales propios. un relevamiento profundo de elementos normativos, que sirvan como una referencia directa a las pautas sociales establecidas; que pueden lesionar el bien jurídico tutelado de los damnificados, en función de normalizar o generalizar situaciones que pueden ser esencialmente distintas, cuando se analiza un tipo penal en concreto en un caso que pueden características que son diferenciales según el delito que se trate.

El autor en su tesis sostiene que tanto en el caso de los delitos especiales como el de los delitos de propia mano, solo quien posee características especiales pueden ser autores de esos delitos. Y luego se pregunta, asimismo, si es posible delimitar cada una de las categorías dogmáticas sin entrar en dubitaciones y zozobras que es lo que se tendría que evitar, al plantear un concepto que sea dirimente para realizar una clasificación útil y práctica.

En función de ello puede entenderse que las condiciones que constituyen la autoría en este tipo de delitos están relacionadas con datos extrapenales, que se cimientan y fundamentan el deber del autor del delito de proteger o no dañar un bien jurídico de manera especial en un contexto dado; que es un dato previo a la comisión del delito, que no se debe pasar por alto, cuando se juzgan hechos que desde el punto de vista de la prueba del dolo son complejos, como lo es el caso de los delitos sexuales.

De ello se puede inferir que los delitos propia mano, no exigen ni por asomo, esa relación con el deber especial previo a la acción delictiva, ya que solo es necesario que el autor conozca que su conducta va a provocar un menoscabo sustancial al bien jurídico protegido. Es decir que, en coincidencia con el tratadista citado, entendemos que la caracterización de la conducta realizada en la parte especial delimita el círculo de posibles autores para algunos casos particulares donde requieren ciertas características típicas que están presentes como elementos normativos del tipo. Entendiendo que ello en modo alguno podría pensarse con un límite a las reglas de la participación criminal.

Es decir, en este tipo delitos, la posible autoría estaría solo delimitada por la acción típica y solo depende de ella, por lo que el deber de actuar o de no perjudicar el bien jurídico en cuestión, no es permanente, sino que está vigente durante un tramo de la conducta típica que se efectuó en un momento y en un contexto dado, dependiendo de variadas circunstancias que hay que verificar.

Se puede entender entonces que las categorías de los delitos especiales o mano propia, no se excluyen mutuamente. Ya que un delito especial también puede ser de propia mano, si es posible que el tipo penal sea realizado desde un principio por un determinado grupo de personas que no dependen en forma directa de la realización de la acción típica, para ser autores; pero tienen una posición especial de garantía en relación con el bien jurídico protegido, que los puede incluir en tal categorización dependiendo de ciertas circunstancias (como sucede con el caso de los cooperadores, conforme lo establecido en el art. 133 del CP).

Más allá de estas categorías, nunca la teoría del delito pudo dar una solución satisfactoria para imputar como autor a el llamado hombre de atrás a personas externas a la condición requerida, sobre todo en el caso de los delitos sexuales, donde la doctrina advierte que se puede llegar con ese razonamiento a severas injusticias. Ya que por ejemplo quien realiza el acceso carnal, solo podía ser el autor; más allá que la finalidad que tiene el instigador o el determinador del hombre de adelante, que realiza de forma inmediata la conducta típica y es posible observar que pese a ello se lesiona el bien jurídico protegido.

En función de lo dicho se puede inferir que en estos casos, es el hombre de atrás quien planifica en forma coincidente y deliberada, decidiendo violentar la intangibilidad de la libertad sexual de la víctima de una forma mediata, pero sin embargo no es posible reprocharle su conducta, dado que no realiza la acción descrita en penal, lo que a nuestro criterio puede consolidar situaciones de injusticia y notoria impunidad, cuando a toda vista se realizan conductas sociales reprochables, desde el punto de vista, social, cultural y jurídico.

Autores como Jakobs Günter (año 1995 página 107) dice al respecto: **“el fundamento y la delimitación del carácter de delitos de propia mano son extremadamente polémicos** y es dudosa la legitimación de que formen un grupo delictivo especial”. La negrita y el subrayado nos pertenece.

En relación a estas teorías y la fundamentación de la aplicación a los delitos sexuales se produce una distorsión y se puede advertir que se realizan afirmaciones con alcance general ciertos fenómenos accesorios; que se dan, en los delitos de dominio y en los de infracción de deber y que, por tanto, no sirven como fundamentación de una teoría realizada en base al conocimiento científicos, de la forma que es utilizada en el fallo en análisis, porque las herramientas teóricas utilizadas no se adaptan ni a la normativa aplicable, ni a las prácticas sociales y culturales que pueden ser consideradas por el hombre medio como abusivas.

Este retroceso de la doctrina, es esbozada por Kindhäuser (año 2012 página 1/2), en cuanto el mismo menciona que el nuevo concepto autoría con un dominio social del hecho, no se ciñe a la realización de la posibilidad de realizar el tipo objetivo, sino que se le asigna a los distintos tipos de participación que pueden existir en los delitos de infracción de deber como lo es el caso del abuso sexual; donde en este caso, el autor sabe y se representa el límite a la ofensa al bien jurídico que debe ser protegido y dice:

“En derecho penal no sólo es responsable aquel que comete el delito solo y de propia mano, sino también aquel que lo comente conjuntamente con otros. La comisión conjunta de un delito recibe la denominación de “intervención”, y ésta puede tener lugar, a su vez, en dos formas diferentes: en la forma de una autoría y en la forma de una participación”.

Entiendo así que el autor citado deja en claro que la dogmática alemana que ha dejado de lado el concepto de delitos de propia mano y expresa:

“si el dominio del hecho se identifica con la capacidad de acción necesaria para evitar la realización del tipo, entonces es claro que el dominio del hecho sólo puede estar referido al propio comportamiento contrario a deber, y nunca a un comportamiento contrario a deber de alguna otra persona. Es perfectamente posible que otro sólo pueda cometer una infracción de deber en caso de que yo efectúe una contribución al efecto. Pero entonces mi dominio del hecho también se reduce, exclusivamente, a que puedo evitar, a través de mi comportamiento, una acusación del resultado. En ningún caso puedo dominar, a través de mi contribución, una infracción de deber ajena. Pues la infracción de deber del otro se encuentra justamente definida por el hecho de que ella resultaba evitable para el otro interviniente”. Kindhäuser, 2012, pp.1/2

Ante ello, aclara con notoria suspicacia Satzger, que el mismísimo Beling, cuestionó la posibilidad de aplicar la categoría de los delitos de propia mano, al delito de violación, en relación a las inconsistencias valorativas que podían generarse si sostiene tal postura expresando que el mencionado autor dudó con afirmar tal categoría respecto al antiguo tipo penal de la violación, expresando que:..” si quien hubiera inducido a la violación de forma se presumiría de “haber disfrutado de la persona abusada.” y nada pasará con ello”

Cabe destacar que el mencionado tratadista nos explica que la llamada teoría del tenor literal de las normas de la parte especial que pregonan algunos autores alemanes; en cuanto hacen depender para la aplicación de la interpretación de cada uno de los delitos de la parte especial, permite en esa legislación la posibilidad de la comisión de delitos con autoría mediata, con la excepción del art. 25 StGB, que es una previsión legal, que no existe en nuestra legislación y por ello no puede tomarse como referencia concreta a seguir, en el caso argentino, pero sin embargo nos parece importante señalar sus consecuencias en el análisis.

Sin embargo, sostiene el citado autor, que por ejemplo autores como (Schünemann año 2012 página 2/3), consideran que la interpretación orientada solo por el tenor literal no es concepto útil, porque al realizar esa interpretación se podría vulnerar el principio de “taxatividad” que está prohibido con el art (art. 103 ap. 2 de la Constitución Alemana), pero más allá de ello considero, que tal concepto puede servir para explicar la falta de atingencia de la categoría señalada.

Entonces con claridad afirma Satzger, que si el tenor literal del tipo es el límite de la calidad del autor del hecho, no es menos cierto que de la mera formulación de un tipo se pueda deducir una decisión consiente y meritada para incluir al hombre de atrás en los delitos propia mano, en delitos relacionados con la integridad sexual de las personas.

Y es por ello, que cabe destacar que esa cuestión, ya ha sido zanjada en Alemania, donde se puede advertir que existe una barrera infranqueable para sostener, en la actualidad la categoría de los delitos propia mano y ante ello, el citado autor expresa: **“Antiguamente sobre todo se discutía si eran delitos de propia mano aquellos que según su tenor literal exigían una realización del acto sexual. El legislador alemán acabó con esta controversia reformando los tipos de la violación y del acoso sexual, cuyo tenor literal establece claramente que es suficiente que el autor coaccione el acto sexual o que la víctima practique en un tercero acciones sexuales o que las tolere sobre sí. Reconocido por el BGH, en NJW 1977, p. 1829.”** El subrayado nos pertenece.

Esta conclusión de peso hace plausible la total inaplicabilidad de la categoría dogmática aplicada por el Tribunal de Casación, porque se observa que- ni siquiera en la cuna de esta teoría- se aplicaría tal categoría, para el caso de los delitos sexuales, dado que una reforma incluyó la posibilidad que se cometan esos hechos con autoría mediata, sentenciando de ese modo la suerte y la utilidad práctica de la categoría analizada, para ese tipo de infracciones penales.

Dicho esto, no es posible desconocer que en nuestra legislación no existe norma alguna que haga referencia, en la parte general o en la especial, ni que se mencione a los delitos especiales o delitos mano propia; si no que entendemos que esas preguntas o referencias deben buscarse en cada tipo legal de en específico, con una mirada a las reglas de la participación, que, en la codificación local, son esencialmente distintas a las del Código Penal Alemán.

Considero entonces sin caer en la interpretación del tenor literal, sostenida por parte de la doctrina alemana, es necesario buscar dentro de la cada figura delictiva si es posible limitar la autoría de acuerdo con lo normado por el art. 45 y siguientes del Código Penal. Pero para ello, consideramos que es esclarecedor; partir de la casuística para llegar a una apreciación que pueda construir una categoría dogmática útil o en su defecto permitan efectuar preguntas a modo de disparadores, que nos permitan resolver con justicia cada caso concreto que sea sometido a la jurisdicción.

En virtud de lo dicho, es necesario tomar como punto de partida la pretensión de no generalizar situaciones que nos alejan de las soluciones prácticas, en las que se debe tener en cuenta los contextos dados, para que luego se pueda obtener alguna inferencia en particular, sí corresponde hacerlo.

En virtud del análisis del tipo referenciado, se puede decir que estaremos frente a un delito de propia mano o no; según que inciso de del art. 119 del CP, se tome para el análisis, lo querido por el autor en referencia al bien jurídico protegido que puede ser afectado de forma mediata, que se trata ni más ni menos, de la posibilidad que poseen las personas, para llevar a cabo con total libertad y consentimiento, acciones que tienen que ver con su "vida sexual", que no puede ser lesionada o conculcada por acciones de terceros de forma inmediata o mediata.

Ya que hemos de coincidir con (Riquert año 2006 página 427/428) que, con relación al sustrato de la actividad sexual de las personas que:

"En este contexto la actividad sexual deja de ser un tabú ligado solamente a la reproducción, sino que también incluye al placer, por lo que las posturas que consideran al concepto solamente en su aspecto biológico se quedan a mitad de camino. Lo expuesto, en definitiva, se puede traducir en el derecho de cualquier persona a la autodeterminación sexual".

No se nos escapa también, lo mencionado por un autor como Ricardo Núñez, que ya en la década del 60 afirmaba, que era posible que alguien sin tocar a la víctima, la pueda abusar sexualmente, de una forma mediata, que era una categoría que hasta ese entonces no se encontraba explorada como en la actualidad. Pero, que sin dudas cabe aclarar que ello la postre motivó la discusión que culminó con la reforma del Código Alemán en ese sentido; que son situaciones que la doctrina nacional que sostuvo la posición que tomó el Tribunal de Casación en el fallo de mención, pareció desconocer por completo.

También más allá de lo dicho desde el punto de vista de la doctrina, tal como lo dijera el profesor Ernesto Domenech (año 2000 página 7), debe tomarse en primer lugar para interpretar, lo dispuesto en la ley, sumado a la percepción social de lo que puede considerarse abusivo de una conducta. Ya que es posible colegir que la manda prohibitiva, no se limita solo a quien realiza la acción, sino que es necesario tener en cuenta los elementos particulares de cada figura y por ello entendemos que no existen razones para aplicar la doctrina de los delitos mano propia a los delitos contra la integridad sexual, sin caer en generalizaciones, que nos alejan de la solución de los problemas reales.

Por otro lado, de acuerdo con el sustrato normativo de la figura consideramos que es más complejo el análisis, del “abuso sexual con acceso carnal”; ya que el tipo requiere realizar para el autor el acto de la penetración, pero entendemos que en principio podría darse un caso que el autor no realice la acción, pero utilice a la propia víctima o un tercero en forma mediata para realizar la acción prevista por la norma, o bien la determine en forma coactiva a la introducción de objeto, ya sea por vía vaginal o anal.

Cabe mencionar que con relación a la reforma prevista en la ley 27.352, donde se tipificó el delito de abuso sexual con acceso carnal- manteniendo el monto de la pena- se agregó como elementos típicos de la figura las circunstancias comisivas del “acceso carnal” a la vía anal y vaginal, cuando se realizaren otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las mencionadas.

Esas circunstancias permiten derribar la idea que no puede existir un acceso carnal con varios autores, en función que si existen pluralidad de vías por donde es posible realizar el abuso sexual con “acceso carnal”, donde las autorías de los sujetos activos, sean compartidas en paralelo (ya sea por la vía vaginal, anal y bucal) por lo menos debemos colegir que los mismos, son autores o coautores, sí es que lo están haciendo al mismo tiempo y en función de ello considero que debe descartarse de plano que se pueda sostener para la legislación argentina, que el abuso sexual con penetración se trate de un delito de mano propia.

También la nueva configuración típica realizada por el legislador argentino establece que se puede producir el abuso sexual cuando se introduzcan objetos o partes del cuerpo por la vías anales y vaginales; y por ello que claramente se captan la posibilidad concreta de cometer el abuso en forma mediata como los es, por ejemplo, obligando a la víctimas a introducirse objetos en el ano y en la vagina o tolerar que lo haga un tercero, que no realiza la acción del acceso carnal.

Por ello consideramos que es factible también. la autoría múltiple en el abuso sexual y la coautoría en el caso de un acceso carnal con penetración cuando la víctima es accedida en forma simultánea por diversas vías al mismo tiempo; además de la cometida en forma mediata cuando el autor determina a la propia víctima o a un tercero para que introduzca objetos análogos al pene o partes del cuerpo en las cavidades vaginales y anales.

Sin dudas el tratamiento en hechos en los que participan de más personas en las agresiones sexuales agravadas por el acceso carnal o por las conductas asimiladas, en el caso de la ley argentina debe interpretarse que se configura el delito cuando el hecho se configura por vía vaginal, anal y bucal. En ese caso la temática tiene particular interés en la actualidad, tanto para la opinión pública como para la doctrina; ello en relación con la proliferación de casos de abusos sexuales llevados a cabo en grupo, hechos a los que la prensa a denominado en «manada o violación masiva».

Siguiendo para ello a (Patricia Faraldo Cabana año 2019 página 384) cabe destacar que es necesario para describir este fenómeno; distinguir dos aspectos sustanciales; el primero que requiere un análisis particular del fenómeno de las violaciones en masa o en manada y el otro es eminentemente jurídico y normativo.

En el primer aspecto, es habitual que las agresiones sexuales cualificadas por el acceso carnal o conductas asimiladas pueden realizarse interviniendo dos o más sujetos con igual o con diferentes grados de participación. Llevando a cabo el acto de contenido sexual con violencia o intimidación aplicada personalmente; o aprovechando la empleada por otros. En la que se pueden luego intercambiar después los roles o solo dividirse la ejecución del acto, mientras que el otro u otros aplican violencia o intimidación sin tener contacto sexual con la víctima; o solo se puede verificar que hay personas que observan por puro placer cómo otro u otros llevan a cabo la agresión sexual en la que eventualmente con expresiones demuestran el apoyo expreso o tácito a lo que está sucediendo o se realicen actos de contenido sexual (masturbación), pero también es posible que existan en los hechos actitudes puramente pasivas, es decir meramente contemplativa.

En caso de quien observa y contempla la acción no existiría tipicidad, salvo que se observe el acto sin realizar acción, pero verifique en el sujeto, el rol de evitar que se produzca el resultado dañino para la víctima. Como es el caso de un anfitrión de una fiesta en su domicilio- donde tiene la facultad de exclusión- y pese a ello permite y tolera que lleven a cabo tales actos en su presencia, cuando conoce y se representa que la víctima no prestó el consentimiento para las relaciones sexuales o no está en condiciones de hacerlo. Y es allí, donde consideramos que es posible imputarle objetivamente a quien organizó el evento, algún grado de participación el hecho ilícito, dado el rol de garante que poseía.

Para el resto de las acciones, el primer interrogante, radica en saber cuál será la calificación legal que podrá asignarse a los hechos. En segundo lugar, en función de la variedad de posibilidades del fenómeno que hemos explicado, nos debemos interrogar, si es posible aplicar una sola calificación a todos los partícipes por igual, cuando existen pluralidad de acciones y formas de actuación, que pueden llegar a producirse en el seno de una perpetración conjunta, pero suponen al mismo tiempo diversas plataformas fácticas para analizar los hechos de esta naturaleza.

Para ello (Patricia Faraldo Cabana año 2019 página 386/387) en forma clara explica que es posible a ciertos supuestos de violación en manada aplicar en el caso de la ley Española la autoría mediata y dice:

“La posición mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia parte de que el delito de agresiones sexuales, sea el tipo básico, sea el agravado por el acceso carnal o conductas asimiladas, es una figura integrada por dos elementos típicos: por un lado, el acto de carácter sexual y, por otro, el empleo de la violencia o intimidación. Pueden darse varias situaciones. En primer lugar, en los casos en que hay varios intervinientes y todos llevan a cabo el acto de contenido sexual con violencia o intimidación, o bien todos ellos ejercen violencia o intimidación mientras otro lleva a cabo el acto de contenido sexual, para luego intercambiar los papeles, todos responden como autores de su propia agresión sexual y coautores de cada una de las realizadas por los demás en concurso real 7 En segundo lugar, cuando una pluralidad de intervinientes se distribuye la realización de los elementos típicos, es decir, uno o varios emplean violencia o intimidación pero no llevan a cabo

el acto de contenido sexual, y el que lo lleva a cabo no emplea violencia o intimidación ...Evidentemente, se parte de que la violación no es un delito de propia mano, por lo que admite tanto la coautoría como la autoría mediata Tanto cuando hay intercambio de roles como cuando no lo hay, se entiende, además, que cabe aplicar sin problemas la agravante de actuación conjunta a todos los intervinientes. Faraldo Cabana, 201, pp. 386/387.

En consecuencia, estimo necesario, para no recaer en las mismas generalizaciones que la doctrina de los delitos de propia mano, es prudente analizar caso por caso, pero por ello es necesario que la conducta que el autor mediato lleve a cabo; se cumpla con algunos requisitos de mínima, que indiquen la voluntad y representación de realizar los elementos objetivos del tipo penal como si se tratara del autor del hecho, dado que se estaría violentando el bien jurídico protegido que resulta ser en este caso, la libre determinación de la sexualidad de la víctima.

En ese sentido, se interpreta con acierto la «integridad sexual», conforme lo hacen De Luca y López Casariego (2009 página 28), como:

“el derecho a la disponibilidad del propio cuerpo en cuanto a su sexualidad, y que es eso lo que se atenta cuando se produce una agresión sexual pues, de lo contrario, se confundiría con las demás injurias o lesiones físicas o psíquicas”.

Cabe referenciar que ello requiere que exista violencia, sumisión o una intimidación con suficiente entidad o que se amenace a la víctima y se cree un temor de sufrir ataques contra bienes propios o de personas cercanas que limiten la autodeterminación sexual de la víctima y dañen su dignidad.

Asimismo, considero destacar que, en muchos casos, no se puede colegir, que el sujeto que no realiza la acción pueda ser autor. Pero ello no excluye que se pueda aplicar a la figura, los roles del colaborador, el partícipe y el instigador, en la figura del abuso sexual (conforme los arts. 45 y 46 del CP).

En ese sentido debemos mencionar que si bien la ley establece, que debe castigarse el rol del colaborador en los términos del art 133 del CP- que posee la misma que pena que el autor, porque requiere para su aplicación ciertas condiciones especiales del autor o que se encuentre en posición de garante sobre el bien jurídico protegido (como lo son ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y cualquier persona que tenga una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo) que coopere en un hecho de abuso sexual.

Por ello debemos entender que la asimilación abarca todas las formas de participación, incluyendo la coautoría, pues la cooperación no está tomada en el sentido restringido del artículo 46 del Código Penal, sino -como sucede en el artículo 47 de dicho digesto- con el significado de intervención en el delito de otro en cualquiera de las formas de participación especificadas por la ley, dado que se establece la misma sanción de quien fuera un partícipe necesario o el instigador(arts. 45 y 133 del CP), lo que hace posible a nuestro criterio que a estos colaboradores se los pueda emparentar al autor mediato, partícipe necesario, instigador o determinador y con las consecuencias jurídicas que padece en este caso el autor del hecho, más allá que no realice la acción típica.

En ese sentido conforme lo sostuvo la Sala III el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires “La existencia de un plan común con reparto de tareas, donde cada imputado, debe tomar parte como contribución a los hechos programados, se inscribe en el marco comunitario que los tiene como coautores del acuerdo al artículo 45 del CP y no a lo previsto en el artículo 47 del mismo cuerpo legal (del voto del Dr. Borinsky, sin disidencias). (ello según “El Código Penal y su Jurisprudencia”, conforme Donna y otro, año 2012, página 433).

En general todas las acciones que con voluntad y representación del resultado resulten en la cosificación, despersonalización y deshumanización que conllevan las acciones de abusar en forma mediata para la satisfacción del autor mediato o de un tercero. Pero entiendo que ello debe hacerse sin olvidar que el abuso sexual puede llevar una afectación a la salud, tanto física como psíquica para la misma que puede ser captada por los tipos penales, en especial cuando son consideradas causales de agravación que son circunstancias que deben ser conocidas por el autor del hecho o por el autor mediato (art.119 cuarto párrafo incisos a y c del CP).

En cuanto a la mencionada discusión de los delitos propios, la autoría mediata y los delitos sexuales, Arocena (Año 2015 página 3) sostiene que:

“se sigue discutiendo en la doctrina si los delitos sexuales deben ser clasificados como delitos de propia mano, donde la actuación personal (física) define la autoría [25]. Si ello es así, las demás formas de autoría quedarían descartadas ab initio (coautoría y autoría mediata)[26], ya que la coautoría[27] demandaría que cada uno de los coautores haya mantenido trato sexual violento con la víctima; mientras que la autoría mediata sería inapropiada en estos casos ante la ausencia de todo contacto sexual entre el autor mediato y la víctima, porque dicho contacto sexual se realizaría a través de un instrumento humano que actúa bajo error o coacción, en el menor de los casos....En este sentido, la autoría estaría definida por una actuación personal y propia del autor, con arreglo a los cánones exigidos por una teoría formal objetiva de la autoría”.

En función de lo normado por el art. 119 del CP debo destacar que al analizar la literalidad del tipo penal del abuso sexual, estatuye como acción típica, que se abuse sexualmente de una persona... “cuando mediar 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”, regla de la que no se advierte- en forma explícita o implícita- ningún obstáculo para pensar, que no se pueda llevar a cabo la acción típica del delito reseñado de forma mediata.

Sin embargo, un primer alcance del término en cuestión se encontraría en que el verbo abusar es definido por el diccionario de la Real Academia Española como “hacer uso excesivo, injusto o indebido de algo o de alguien” o “hacer objeto de trato deshonesto a una persona de menor experiencia, fuerza o poder”, pero para el Tribunal abusar supone que: “En otras palabras, abusar sexualmente supone utilizar (indebidamente) el cuerpo de la víctima para actos de significado objetivo impúdicos o indecentes”. Lo que parece incluir la interpretación que realizó la Corte en el fallo analizado.

En ese sentido coincido con Arocena (año 2015, página 4) en cuanto se expresa con relación a las formas de autoría y coautoría del abuso sexual posible conforme la reforma del Código Penal: “La nueva redacción del art. 119 del Cód. Penal argentino permite dar por superada la discusión sobre la inclusión o no del delito de violación entre los llamados delitos de propia mano [30]. Ahora, la conducta típica del art. 119 se circunscribe al abuso sexual de otra persona, donde el acceso carnal por cualquier vía previsto por el tercer párrafo aparece previsto como una causal de agravación de la pena. Cuando el abuso sexual adopte la modalidad de acceso carnal, entonces la pena prevista para el abuso simple se incrementará de seis a quince años de prisión. La ley argentina no establece mediante esta redacción que el abuso sexual bajo la modalidad de acceso carnal deba ser realizado de manera personal por el autor, sino que la autoría de este delito permite conjugarla con las demás formas de autoría, es decir, la coautoría y la autoría mediata”.

En segundo lugar, más allá de lo dicho en referencia al marco normativo ya reseñado, es necesario para abordar la cuestión traída realizar un correcto enfoque factico, para evitar recaer en generalización que nos inviten a aplicar principios generales que sirvan para adoptar a todos los casos; como una solución unívoca, que pueden ser asimilables, pero deben ser analizados en particular, para evitar la inseguridad jurídica.

Dicho esto, debo aclarar que la interpretación que se sostiene en el presente trabajo no supone admitir que estas acciones puedan ser receptadas, por los jueces, la doctrina y la jurisprudencia, con tal laxitud para entender que una persona pueda ser usada como un instrumento, y con ello se afecten para el imputado los principios de tipicidad, legalidad y proporcionalidad para por analogía castigara a los partícipes de estos delitos; sin que se realice acción alguna.

Toda vez que lo que se quiere puntualizar, es que no es posible en todos los casos, considerar impune o atípico de un modo general la intervención de quien no realiza la acción típica, pero en su defecto determina, instiga o colabora con una acción dañina contra el bien jurídico protegido por la norma.

Parece razonable entonces la apreciación de la Corte Nacional en cuanto a la practicidad y al valor que se le da la doctrina de los delitos “propia mano”, dado que sin justificación alguna se excluye a las personas que no tomen parte de la acción. Situación que como analizamos, posee diversos cuestionamientos académicos en la propia Alemania; donde nació la teoría- como hemos visto- y asimismo es posible advertir que la categoría mencionada no tiene ningún tipo de compatibilidad jurídica y práctica con la ley positiva argentina para su efectiva aplicación a los casos reales.

4. El contexto en el abuso sexual, la situación de vulnerabilidad como presupuesto factico de la acción y los alcances del consentimiento.

En este sentido es de destacar que el contexto donde se lleva a cabo la agresión sexual determina de manera particular la acción y por ende condiciona de manera significativa la aplicación de las normas de la parte especial y de las reglas de la participación criminal; que se ven afectadas por las características particulares de vulnerabilidad de las víctimas en el delito de abuso sexual, más allá que la dogmática pretenda ocultar o restarles relevancia a tales circunstancias.

Cabe mencionar que en el llamado abuso sexual se dan a menudo situaciones de extrema vulnerabilidad, donde quienes sufren violencia sexual, ven limitado en forma implícita y explícita su consentimiento para disponer de la libertad sexual y ambulatoria de su mismo cuerpo. Como sucede en el caso de las personas que padecen una situación de encierro de cualquier naturaleza, o se encuentran en una situación de pobreza, discapacidad u desamparo; y es por ello que mínimamente se requiere que estas circunstancias sean analizadas con una particular mirada o perspectiva, que de aquí en adelante llamaremos “Perspectiva de Derechos Humanos”.

En este sentido podremos decir que la perspectiva invocada; importa analizar con relevancia típica penal, toda acción, cometida por cualquier medio comisivo, incluidos los medios informáticos y telemáticos, cuando de ello resulte un menoscabo o turbación de la autodeterminación de la sexualidad o la intangibilidad sexual para quienes no tienen consentimiento, ya sea porque no pueden darlo, o porque se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad que supone que su poder de decisión sobre su sexualidad, se encuentre severamente limitado o condicionado, que son circunstancias que para ser imputadas de forma objetiva, deben ser aprovechadas por el sujeto pasivo, menoscabando la intangibilidad sexual de las víctimas.

Consideramos entonces, que el elemento esencial para la perpetración de los delitos sexuales es la ausencia de consentimiento de las acciones. Y es allí donde los contextos juegan un papel esencial para determinar cuándo el sujeto pasivo, ha consentido una acción y cuando el autor se ha extralimitado en la actividad sexual no consensuada. Valorando para ello la posibilidad de verificar dentro de dichas circunstancias; la existencia de una relación de poder o subordinación derivada del contexto, cuando con ello se restrinja de una forma significativa y plausible la libertad de elección sexual de las víctimas.

Podemos decir que el consentimiento, es que aquel que resulte libre, voluntario, inequívoco, activo, despojado de presiones, manipulación o influencia de drogas o alcohol, específico en cuanto a la relación sexual a llevar a cabo, con información previa y actualizable en forma continua.

Pero sobre todo debe tenerse en cuenta las situaciones de real vulnerabilidad, ya sea que la misma sea originada por una situación de hecho o se derive de una condición especial de la víctima (discapacidad, violencia de género, temor reverencial, relación de dependencia laboral, situaciones de poder que pueden darse por un real sometimiento, o por intimidación o coacción ejercida por miembros de un aparato de poder estatal o paraestatal o la llevada a cabo en un ámbito de explotación sexual, o la que derive del sometimiento a servidumbre o condiciones análogas).

Para determinar la existencia de violencia sexual y la ausencia del consentimiento es importante tener en cuenta como dice (Díaz Ripollés año 1981, p. 215 y ss.) que:

“En materia de derecho penal sexual, se debe ser muy cuidadoso con respetar los valores propios de una “sociedad pluralista”. El estado no debe partir de una determinada concepción relacionada con criterios de “moralidad” o “normalidad” sexual, sino que debe concebirse al ámbito sexual, en sus diversas concepciones, y con sus virtualidades individuales y sociales, vinculando la conducta sexual con la idea de “autorrealización personal” autorrealización personal. Díaz Ripollés, 1981, p. 215

Cabe mencionar que también de acuerdo con el art 78 del CP, es posible considerar como violencia, cuando el autor utiliza narcóticos para someter sexualmente de la víctima o se aprovecha de los efectos que producen los mismos en la persona a la que luego se la someterse sexualmente. Ya que como menciona Figari (año 2018 página 40) cabe realizar la diferenciación en cuanto puede considerarse abuso sexual, de quien se aprovecha de la ingesta voluntaria de estupefacientes por la víctima para perpetrar el acto y expresa: “el hecho de que la víctima haya aceptado ingerir la droga ofrecida, no quita al acto de contenido sexual su carácter delictivo, porque el autor, de todos modos, para realizarlo, se vale de la imposibilidad de la víctima a causa de la anulación de su voluntad que la droga provoca, en consentir el acto o en expresar su rechazo al mismo (99).”

En ese sentido el abuso sexual, puede darse por violencia y por el aprovechamiento de una situación de superioridad, que este dada por la característica de la relación existente entre el sujeto activo y la víctima; o también por configurarse por la diferencia de edad, del sujeto pasivo con la edad de esta; la cual se consuma, al verificarse la ausencia y o la falta de legitimidad del consentimiento dada en un momento dado.

Así, también puede darse que una relación que al inicio es consensuada, muta en actos forzados, intimidación, aprovechamiento o engaño, en la que la persistencia ante la negativa expresa y la concreción forzada del abuso, no podría ser considerada como una acción atípica. Asimismo, estimamos que es posible imputar de forma objetiva un hecho de abuso sexual, donde se verifique la exigencia de practicar de sexo en un escenario de temor reverencial cualquier índole o donde se verifique una situación de extrema necesidad o se demuestre un contexto de vulnerabilidad social de la persona damnificada, donde la acción no se puede entender como consensuada y asimismo sea evidente que esa condición es aprovechada de forma intencional, por el autor.

En ese escenario, las mujeres, los niños niñas y adolescentes, las personas discapacitadas y las que, por los hechos, momentos y circunstancias particulares, puedan ser objeto de aprovechamiento de otras personas, de su intangibilidad sexual, son colectivos o grupos especiales que merecen ser protegidos por la ley penal de manera específica y tangible.

De tal modo, la falta de adecuada fundamentación del encuadre aludido por la Corte, con relación a la decisión de la Cámara de Casación, queda establecido para el futuro, que dado la ausencia de ponderación del contexto de comisión de los delitos sexuales, se refirió, a modo de ejemplo, a ciertas circunstancias tales como: *“si este tipo de conductas estaba previsto como parte del plan sistemático que entonces se ejecutaba en nuestro país, si la situación de clandestinidad en que podía operarse conllevaba algún tipo de expectativa de impunidad respecto de conductas que fueran ajenas al plan, etc.”*.

Pero, particularmente se refirió el Tribunal a las circunstancias derivadas del citado contexto, que modificó de alguna manera, las implicancias y consecuencias que la sentencia reconoció a la categoría de delitos “de propia mano” elaborada por la doctrina penal tradicional, para dejar impunes ciertos delitos cometidos contra mujeres que se encontraban en total situación de desamparo, con hechos que fueron perpetrados por el aparato de poder Estatal, que vulneró de forma sistemática los derechos de los ciudadanos, ocurridos en la última dictadura militar a partir del año 1976.

Es de destacar que las particulares condiciones de vulnerabilidad de la víctima deben ser tenidas en cuenta para juzgar hechos de violencia sexual contra las mujeres, fueron valoradas, por el Máximo Tribunal Argentino, en el fallo Gallo, donde del voto la Dra. Highton de Nolasco se extrae que:

“se encuentra en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tiene una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Se destacan, entre otras víctimas, las menores de edad y las que padecieron delitos sexuales. Todas estas condiciones se presentaron en la damnificada”.

En el caso de N/N/A es destacar que el contexto de vulnerabilidad debe ser tenido en cuenta y para ello es ejemplificativo valorar lo dicho por Alejandro Capriati (año 2020 página 1/2) donde el mismo expresa:

“Una de las formas del maltrato infantil es el abuso sexual. Esta noción alude a situaciones que perjudican la salud física y/o psicológica de niñas, niños y adolescentes, ponen en riesgo el desarrollo integral, son difíciles de solucionar sin ayuda externa y constituyen una grave vulneración de sus derechos. El abuso sexual es una de las formas más invisibles de violencia y pasa a menudo inadvertido, especialmente en el entorno familiar... “La violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes es considerada un problema global de salud pública y derechos humanos (UNICEF, 2017a). El abuso sexual es uno de los modos en los que se manifiesta la violencia sexual (diferente de la explotación sexual) e incluye un abanico de acciones que van desde el uso de la fuerza física o el uso de estrategias de presión para mantener relaciones sexuales (amenazas, manipulación, chantaje, seducción), los tocamientos (besar, agarrar, apretar, acariciar), hasta formas menos directas como la exposición no deseada a escenas o imágenes sexuales (acoso vía Internet, voyeurismo, exhibicionismo, engaños). Puede ocurrir en cualquier entorno: dentro y fuera del hogar, en escuelas, lugares de trabajo, instituciones deportivas, religiosas, de bienestar social, en barrios y comunidades, en contextos de viaje y turismo y a través de Internet. Los responsables pueden ser adultos o compañeros, actuando solos o como grupo, y suele haber un desequilibrio de poder entre el perpetrador y la víctima (Pinheiro, 2006; Radford et al., 2015; UNICEF, 2017a) ”.

Como se ve, a juicio de la C.S.J.N, es prioritario ponderar en los fallos citados, las circunstancias variables o de índole predominantemente fáctica, que pueden conmovir la interpretación de un concepto jurídico determinado, máxime si no hay consenso en la dogmática - en torno a institutos legales como son los delitos de “propia mano” y con las cuestiones vinculadas con la ejecución, realización o satisfacción del grado de intervención de las personas en los delitos (autoría mediata o coautoría); para hacer derivar luego las consecuencias penales de los hechos que pueden ser considerados dañinos socialmente, ello teniendo en cuenta las prácticas sociales y culturales, que nunca pueden ser interpretadas de forma contraria a lo dispuesto en la letra de la ley.

El contexto en el que tuvieron desarrollo los delitos, para la Corte, es sin lugar a duda, el elemento dirimente que facilitó su comisión, así como también la que garantiza la impunidad de sus autores. Donde a la vez se puede inferir, que se crearon de ante mano, las condiciones de indefensión y vulnerabilidad para las víctimas; que son situaciones que no pueden ser toleradas, como mensajes enviados a la sociedad en claro detrimento de los derechos reconocidos constitucionalmente a las mujeres en general y en particular cuando las personas padecen, circunstancias de real clandestinidad y vulnerabilidad. Como en el caso de los delitos cometidos por la dictadura militar en la Argentina, que resultaron en diversos y horrendos crímenes, que pueden calificarse como de lesa humanidad.

Que según lo expresa Mary Bellof (año 2019 páginas 274/309) se pueden establecer los siguientes estándares del fallo, del que al menos se advierten, cuatro mandatos generales, que tienen que adoptar los Estados, en los casos de violencia sexual, cometidos contra las mujeres, a saber:

- a) Investigar de forma eficiente los casos de violencia sexual.
- b) Adoptar medidas integrales para prevenir la violencia sexual.
- c) Contar con un marco jurídico de protección adecuado y aplicarlo de manera efectiva.
- d) Adoptar medidas preventivas que deben existir de ante mano en casos específicos de violencia sexual contra NNA.

Por ello debemos coincidir con (Aboso año 2015 página 4) que menciona que, según las modalidades comisivas del abuso, debe tenerse en cuenta diversas situaciones aplicables para el caso concreto:

“En caso de que la ejecución del coito violento recaiga sobre una misma persona, entonces ella deberá ser calificada de autora (veremos más adelante que la ejecución de este delito de dos actos puede dar lugar a una coautoría). El empleo de violencia o amenazas como modalidad de ataque al bien jurídico autodeterminación sexual de la víctima puede presentar la particularidad de que sea un tercero inocente el que realice los contactos sexuales abusivos ignorando que el sujeto pasivo se encuentra en un estado de violencia, v. gr., tolerar coactivamente el tocamiento de los glúteos o los senos de la víctima por parte de un tercero (analizaremos más abajo la posibilidad de admitir una autoría mediata mediante un instrumento que actúa sin dolo). Por su parte, el abuso coactivo o intimidatorio proveniente de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder se construye sobre la base de una relación previa entre el autor y la víctima. Esta relación debe estar caracterizada a modo de situación de prevalimiento o superioridad del autor sobre el sujeto pasivo. Aboso, 2015, p.4

Existirá dependencia cuando la víctima se encuentre imposibilitada transitoria o permanentemente de valerse por sus propios medios (dependencia física), pero también puede presentarse en una relación laboral donde la víctima carezca de medios materiales (dependencia económica), por ejemplo, en el caso de personas con discapacidades severas. En este último caso, las relaciones laborales normales o cotidianas escapan al estereotipo de relación de dependencia en la que se está pensando. Nos referimos más precisamente a las relaciones laborales precarias, donde el trabajador se encuentra en un estado de marginalidad o pobreza (primera causal de vulnerabilidad) o extranjería (segunda causal de vulnerabilidad). Sin embargo, deberá analizarse en cada caso concreto si el abuso coactivo o intimidatorio puede configurarse a la luz de los mencionados presupuestos”.

En este sentido la Sala I, de la Cámara Primera en lo Criminal de Paraná en la causa: “Ilarraz, Justo José s/Promoción a la corrupción agravada – incidente, de extinción por prescripción s/Recurso de Casación”, en relación al reconocimiento de los derechos de los niñas y mujeres y expresó: Los arts. 8 y 25 de la CADH deben aplicarse a la luz de la especialidad que el propio Pacto de San José ha reconocido a la materia de infancia y adolescencia, en el sentido de proteger reforzadamente los derechos de niños y de las mujeres (Corte IDH, Opinión Consultiva 17/2002); y los Estados no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Asimismo, afirmó que los hechos imputados suponen una “violación de cierta gravedad de los derechos humanos”, y por ello, “las aplicaciones de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituyen una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional y destacó que la CSJN “se ha hecho eco de esta inteligencia, al fallar en la causa “Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción” (Fallos: 334:1504)”. La Sala I sostuvo que el caso excede el marco de un hecho aislado de abuso sexual y que debe proseguir la investigación por el tenor de los derechos vulnerados, la forma en que se han concretado las violaciones de DDHH y la ulterior obstrucción del acceso a la justicia...Por ello, resolvió por unanimidad rechazar el recurso interpuesto por la defensa y ordenó remitir las actuaciones al Juzgado de origen para la continuidad del trámite con costas (arts. 548 y CC. del CPPN)”.

En ese orden de ideas la Corte IDH ha establecido que

“las agresiones sexuales se caracterizan, en general, por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de estas formas de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho.”

Asimismo destacó que “la Corte ha advertido que las imprecisiones en declaraciones relacionadas a violencia sexual o la mención de algunos de los hechos alegados solamente en algunas de éstas no significa que sean falsas o que los hechos relatados carezcan de veracidad” (“Caso Espinoza González vs. Perú”, sentencia del 20 de noviembre de 2014, entre otros casos citados) y por último se mencionó que: “las pruebas relativas a los antecedentes sexuales de la víctima son en principio inadmisibles” (conf. Corte IDH, “Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala”, sentencia del 19 de mayo de 2014, parágrafo 209). Asimismo, se puede colegir que se puso de relieve la doble condición de la niña, “tanto de menor de edad como de mujer”, que la vuelve particularmente vulnerable a la violencia sexual.

También el máximo Tribunal regional, expresó en el último fallo señalado, que para asegurar la prevalencia del interés superior de una niña; en el art. 19 de la CADH, se establece que se deben recibir “medidas especiales de protección”, pero en el caso no se respetó el derecho de la niña a ser oída, que es relevante para los casos de abuso sexual (ello conforme lo dispuesto en los art. 8.1 de la CA; art. 12 de la CDN; Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño de NU; art. 8 de las “Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos” del ECOSOC de la ONU).

5. La interpretación de la CPI y de la CIDH con relación al concepto de autor para el delito de abuso sexual.

Nuestra Corte trae en consideración en pos de la resolver esta cuestión la doctrina de la CIJ, con relación al concepto de autor mediato, en función a la conclusión a la que llegó la Casación Nacional para desmentir sus fundamentos, en cuanto no es posible afirmar que no es cometer el delito de abuso sexual de forma mediata.

En este sentido el Superior Tribunal Argentino dice con claridad para desmentir los argumentos utilizados por la Casación que :

“Por tal motivo, a todo lo precedentemente expuesto en los anteriores considerandos, resulta pertinente además ponderar la jurisprudencia de los distintos tribunales penales internacionales sobre el punto, de la que emana que el concepto de “autor” tipificado en sus respectivos estatutos fue interpretado, respecto de los delitos de violación y abuso sexual, como incluyendo a quienes intervinieron en los hechos de un modo decisivo para dominar su ocurrencia aun cuando no desplegaran personalmente el ataque sexual”

La Corte Penal Internacional extiende el concepto de “autor”, respecto de los delitos de violación y abuso sexual, a quienes hayan intervenido en los hechos de un modo decisivo para dominar su ocurrencia aun cuando no ejercieran la acción típica en persona (“por propia mano”). En ese sentido la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional (CPI); establece que el autor mediato debe tener control sobre la voluntad del autor material y sobre cómo se ejecuta el crimen. Además, explica que el mismo debe cumplir con los elementos subjetivos que exija el tipo penal en cuestión, para considerarlo autor.

El fallo mencionado cita a modo de ejemplo el caso “Furundžija” (en jurisdicción de la ex Yugoslavia) en el que se atribuyó autoría incluso a quien haya planificado, ordenado o instigado, ayudado o consentido la perpetración de “una violación o una agresión sexual grave; asimismo, alude al caso “Češić” (misma jurisdicción), en el que se califica como autor al policía que, mediante intimidación con arma, obligó a dos detenidos a su cargo a practicarse ‘fellatio in ore’ entre sí, por su participación activa en la violencia infligida a las víctimas antes del ataque sexual que luego inició, ordenándolo en carácter de autor mediato.

En ese sentido está claro para la (CPI), que quien determina y quiere un hecho más allá que no lleve acción corporal en un acceso carnal vía oral, para el Tribunal. Será autor mediato del hecho con instigación, lo que significa una situación similar a la establece en el art. 45 del CP, cuando se menciona al instigador y se le asigna la pena del autor a las acciones llevadas a cabo de ese modo.

A su turno, en el caso “Sesay” (jurisdicción de Sierra Leona), se atribuyó responsabilidad penal individual a quienes, a pesar de no haber cometido personalmente las violaciones las alentaron, apoyaron o sabían que ocurrían o, incluso sabían que era probable que fueran cometidas (dolo eventual); y asimismo se afirmó que es posible incluir acciones también realizadas con autoría mediata.

Asimismo, resulta pertinente destacar que el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en el caso “Karemera” sostuvo que, según su propia jurisprudencia, el término “comisión” previsto en el artículo 6.1 de su estatuto no está limitado a la perpetración física y que otros actos pueden constituir participación directa en los hechos de abuso sexual, por parte de quienes no realizan la acción descripta en el tipo penal.

*Abuso sexual”, ¿como va la mano?
“nuevos paradigmas sobre el concepto de abuso
sexual, violencia digital y violencia contra la mujer y
personas vulnerables”*

Cabe mencionar que debe considerarse que la violencia sexual está incluida dentro los crímenes de lesa humanidad, ya que el artículo 7 del Estatuto de Roma, por el que se crea la Corte Penal Internacional, establece, que, por crimen contra la humanidad, debe entenderse la comisión de una serie de delitos expresamente recogidos en el tipo cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, con conocimiento de dicho ataque. Entre esta serie de delitos en el apartado g) de dicho precepto, se contiene la comisión de actos de “violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada, o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable a las anteriores como crimen contra la humanidad”.

Esta conclusión no depende de averiguar, si la violencia sexual en particular fue ordenada o no por los mandos superiores por la dictadura militar. Es sabido que las personas que ejercían el poder dentro de un centro clandestino podían recurrir y, de hecho, recurrieron, a diversas formas de maltrato y de sometimiento de las víctimas. Ciertas prácticas fueron concordantes y muy extendidas en diversos lugares de nuestro país (p. ej. la picana eléctrica, submarino seco y húmedo), pero también es cierto que las formas de violencia no se limitaban a un catálogo cerrado de conductas posibles. Existió un margen bastante amplio donde las formas de violencia se desarrollaron al amparo de una situación de total dominio de los captores y de total indefensión y vulnerabilidad de las víctimas. En este sentido, todas las formas de violencia ejercidas en el marco descripto deben considerarse parte del ataque, conforme los parámetros anteriormente señalados por nuestra Corte y la CPI.

Así, precisó que, aunque la redacción del estatuto -de similar redacción al del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia- no refiere expresamente a la “empresa criminal conjunta”, como esta era una forma de responsabilidad reconocida en la costumbre internacional, constituía una forma de “comisión” por responsabilidad individual prevista en su artículo 6.1. Y, desde tal perspectiva, condenó a los imputados -que fueron sancionados como responsables del genocidio acaecido en ese país- también como autores mediatos de los delitos de violación y abuso sexual porque, aun cuando no hubieran personalmente cometido, participado, ordenado o instigado las violaciones sufridas por las víctimas, estos delitos le eran atribuibles bajo la forma extendida porque eran una consecuencia natural y previsible de la empresa criminal conjunta emprendida de destruir a la etnia tutsi (Caso No. ICTR-98-44-A, sentencia del 2 de febrero de 2012, apartados 1433, 1477, 1673 y 1682).

Es por ello que, para la CPI, no es posible distinguir entre autores y partícipes en casos de delitos sexuales —como en cualquier otro delito de dominio— ya que se soslaya que deben administrarse bases objetivas para determinar la imputación objetiva, que son ajenas a toda cuestión lasciva o libidinosa de los intervinientes, en la que es dirimente el control que cada participante detenta respecto de la consumación del delito. Ya que es posible la comisión de un abuso sexual, tanto de quien acceda carnalmente a la víctima, sino también por la persona que ejerza fuerza sobre ella quien emita la orden de llevar adelante ese abuso sexual. Que, en su caso, también puede ser el responsable o encargado del funcionamiento de un establecimiento de detención, donde se comete el crimen o todo aquél que realice un aporte cuya magnitud sea el motivo para afirmar su incidencia determinante en la configuración final del hecho.

Por otro lado la CIDH ha sostenido a nivel regional el mismo criterio y ha sostenido que la violencia sexual se da tanto con actos de naturaleza sexual que se efectúan contra una persona, con ausencia de su consentimiento; que puede darse con acciones realizadas sobre el cuerpo humano, que pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno. Es por ello por lo que se ha sostenido que el abuso sexual, puede darse como una forma de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima. Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 109, donde el Tribunal reafirma que todos los internos que fueron sometidos durante ese prolongado período a la referida desnudez forzada fueron víctimas de un trato violatorio de su dignidad personal, que son la esencia de los derechos humanos y por ello deben ser protegidos.

Asimismo, en el caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2006, se expresó de forma categórica: “que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno”.

Es así como el tribunal regional, sostiene y ratifica la existencia de situaciones de abuso sexual que se dan en el contexto detenciones forzadas de personas, estableciendo que la gravedad de los hechos, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el sujeto activo. Asimismo, se menciona que estas acciones

“son una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa un daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas (Corte IDH, Penal Miguel Castro Castro. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 311).

Conclusiones

Es menester destacar que en la presente investigación no se pretende llegar a conclusiones determinantes y universales para superar problemas que entendemos en forma involuntaria genera la propia dogmática penal; que ha sido determinante para elaborar categorías conceptuales para con el afán de solucionar los problemas de imputación objetiva con relación a la eventual responsabilidad delictiva, a quienes no realizan acción en el tipo penal. Pero, sin embargo, lejos de ser resultar una herramienta útil para superar los escollos de la interpretación, entendemos que en el caso de los delitos propia, los multiplica de manera exponencial, provocando dudas y zozobras en la sociedad que muchas veces rechaza de forma unánime las conclusiones conceptuales elaboradas por el Derecho Penal.

Por ello, es necesario destacar que de la presente investigación supone generar preguntas e interrogantes, para luego elaborar un diagnóstico de la situación para pensar soluciones socialmente más justas: que incluyan en los planteos dogmáticos, un análisis fáctico, cultural y sociológico que permita incluir como factor dirimente el estudio de los contextos- en los casos de abuso sexual- en las que las víctimas, se ven a menudo envueltas en situaciones de extrema vulnerabilidad.

Entonces, consideramos que la solución judicial adoptada por nuestra Corte Suprema, que nos abocamos a analizar, rompe una barrera y un mito que había impuesto doctrina, con apoyo en una categoría dogmática, que consiste en la posibilidad de aplicar de manera general y sin discriminar los contextos; la doctrina de los llamados “delitos mano propia” y “los delitos especiales propios” a un conjunto de casos sin diferenciar las conductas imputadas.

Ahora bien, cabe destacar la frescura con la que aborda la Corte la cuestión, transportando a la actualidad una interpretación que pone de manifiesto el respeto por los derechos fundamentales y el juzgamiento de hechos de extrema gravedad, con “Perspectiva de Derechos Humanos”. Generando al propio tiempo un mensaje en contra de la violencia infringida, en este caso a mujeres, que se encontraban en un contexto de suma vulnerabilidad y fueron sometidas a todo tipo de violencia, incluida la sexual.

Entendemos, así que estas generalizaciones dogmáticas a menudo desnaturalizan la realidad y alteran el derecho vigente y vulneran las Convenciones Internacionales vigentes; pero lo más preocupante, radica en que muchas veces, estos fallos envían un mensaje- como dijo la Corte- que propicia que se perpetre la violencia contra las mujeres de forma indefinida y se minimicen conductas en las luego se agravan las situaciones de desigualdad, que en algunos contextos padecen las mujeres y otras personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

En realidad, en muchos casos, los enfoques dogmáticos tienen una velada apariencia de falsa obligatoriedad y obediencia a un cierto cuerpo de teoría; que es visto como una virtud o un valor que deben aplicados a los fallos de forma incontrovertida, por los jueces. Pero, sin embargo, debemos preguntarnos si con esa mecánica, no se consolida un verdadero problema para el funcionamiento independiente del Poder Judicial, ya sea que se adscriba en forma automática a una u otra teoría; con ello se afecta la posibilidad-de manera significativa-de receptar las pretensiones de las partes en el proceso, en la que se puede ver comprometida de cierta forma, la tutela judicial efectiva.

En ese sentido, en función a los principios que surgen de la dogmática y sus consecuencias, el destacado tratadista Ernesto Domenech (año 2009, páginas 5/6) expresa al respecto: “Ciertas características con que suele describírsela parecen alejar a las dogmáticas de las prácticas judiciales. En especial el elevado nivel de abstracción que posee. Construir criterios generales (o principios) a los que apelar para adoptar decisiones es operar con palabras de una vaguedad mucho mayor que la que presentan las palabras de la ley, de modo que la incertidumbre lejos de resolverse se incrementa”. La negrita nos pertenece.

Por ello entendemos, que el gran desafío de los juristas radica en verificar y observar las inconsistencias que pueden tener los conjuntos de normas, como lo supone el estudio y el análisis de la figura delictiva para desentrañar los problemas que nos trae parte especial- como lo hace Stzagler en Alemania- para en definitiva poder crear modos o protocolos argumentales para enfrentar esas dificultades sin pretender respuestas ciertas, unívocas y percederas en el tiempo.

En este caso como también lo dice nuestro Máximo Tribunal la variedad de interpretaciones del concepto de “delitos de mano propia” que proponen los autores que sostienen esta postura- como ya vimos-, tampoco coopera en el aseguramiento de la “seguridad sistemática” que vaticinan sus creadores; si no que al parecer generan problemas de falta de fundamentación lógica. Es decir, producen el efecto inverso al que se busca. Ya que se supone, que, como toda herramienta conceptual, las creaciones dogmáticas tienen la pretensión de estar creadas, por la ciencia jurídica para dar respuestas a las problemáticas formuladas y no acrecentar los conflictos sociales ya existentes.

El análisis de las figuras delictivas, como lo hemos destacado se encuentra estrechamente vinculado con el proceso de construcción y análisis de un caso real; con la pretensión de la posible resolución de otros futuros casos y no con la asignación de una solución impuesta de ante mano a un conjunto de casos posibles. Es por ello por lo que estimamos, que también es necesario, asentar las bases, para descubrir categorías conceptuales, que no resistan los embates de la lógica; como sucede con los delitos de propia mano. Para que, en un futuro, no muy lejano, las construcciones que se realicen al respecto gocen de un juicio de un certero juicio lógico y contengan la mentada fundamentación que le reclamó la Corte a los jueces inferiores, en el fallo analizado.

En general las teorías como los “delicta propia” o las categorías de “delitos especiales propios”, que son condiciones que en ambos casos excluyen la tipicidad; son formulaciones que se puede advertir también, que se han importado al derecho local, sin una adaptación al contexto social y cultural, y, sobre todo, sin tener en cuenta el acervo y la evolución normativa del Derecho Penal Argentino.

Las formulaciones conceptuales, realizadas desde una especie pedestal, de pedestal dogmático-muchas veces -prometen soluciones que se pretenden erigir como salvadoras y luego tienden a confundir a los operadores jurídicos, para su eventual aplicación a los casos en concreto. Ello porque consideramos, que, al hacer tal análisis en la mayoría de los casos, no se tiene referencia concreta de cada uno de los delitos regulados en la parte Especial del Código Penal, como se propone en este modesto ensayo, para concluir o no, sí se puede generalizar respecto de una determinada situación penalmente conflictiva.

Por ello, este principio también se encuentra relacionado, con los llamados delitos propios, ya que tienen la pretensa vocación de expresar, que se trata de acciones que se encuentran dentro de la competencia de la víctima, y por ello deben dejarse de lado sin razón alguna. Pero como hemos dicho, estos actos, son reacciones de la víctima que no pueden ser excluidas de los resultados dañosos; sí es posible probar que la misma encontró afectada su autodeterminación a la libertad sexual, en la acción inicial.

Luego de analizar las cuestiones relacionadas con la autoría mediata y la letra de la ley en virtud de lo normado en el art. 45 del CP, tampoco parece un límite posible -el que sugiere el Tribunal de Casación, con el fallo traído a análisis-, ya que los autores mediatos conforme sus diversas modalidades puedan ser instigadores partícipes o colaboradores, para los casos- que, por ejemplo- no se lleve a cabo la conducta típica en un acceso sexual con penetración. Pero de acuerdo con la ley o por una situación previamente establecida, sea posible acreditar que se determinó de tal manera a la víctima o se pueda verificar que otra persona puede realizar la acción del modo que lo planificó el autor intelectual. Situación que nos parece que es importante poner de resalto, cuando se pone bajo tratamiento un caso en concreto, por lo menos para tenerlo presente al momento de realizar un análisis de imputación objetiva, conforme la figura que nos convoca, que posee muchas aristas que deben ser tenidas en cuenta al momento de elaborar un concepto jurídico.

Consideramos que, sin lugar a duda, es por demás sensata, la respuesta dada por el Máximo Tribunal Argentino, que adoptó una solución que parece más acorde a la normativa nacional e internacional vigente, que la propuesta por el Tribunal de Casación. Toda vez que se reconoció con valentía, que el supuesto del fallo analizado se trató de un hecho característico de violencia contra las mujeres- que se encontraban condiciones de vulnerabilidad- y da cuenta que los hechos juzgados, ocurrieron de forma clandestina, en la etapa más oscura y nefasta de nuestra historia reciente.

Asimismo, consideramos útil destacar que hay acciones, que pueden merecer un reproche para una situación que supone desigualdad, pero que, tarde o temprano, ello se tendrá que corresponder con una solución normativa superadora, que tutele la dignidad de las personas, con la “perspectiva de derechos humanos” invocada; entendiendo que tal condición, radica en ser un atributo esencial de los derechos humanos, que sin lugar a dudas debe ser atendido y protegido en todas sus formas por el derecho positivo.

No solo la solución que propone el Alto Tribunal es novedosa, porque apela a interpretar la realidad social, sino que también, desnuda las falacias dogmáticas, tomando opiniones del derecho comparado de gentes y lo más moderno de la dogmática penal para derrumbar un mito, que admitía parte de la doctrina nacional, en función de considerar que era imposible o irrealizable, llevar a cabo un abuso sexual de forma mediata.

Derribar esa imagen que construyó la dogmática, también supone admitir afirmaciones, sin respaldo de las normas jurídicas, que se efectúan con un total desapego por la realidad de los hechos y en contra de lo aceptado por el derecho internacional; que impone proteger de forma efectiva los derechos de los ciudadanos que se encuentran en contextos o en situaciones de extrema vulnerabilidad.

No obstante, estimamos que el concepto de los llamados “delitos propia mano”, se derrumbó como un castillo de naipes con los sólidos argumentos esbozados de la Corte, donde se sostuvo con sumo detalle, que es impostergable juzgar, sin valorar en concreto las situaciones de vulnerabilidad, sí lo que se quiere es afianzar la justicia, en el caso concreto, protegiendo a los grupos o personas vulnerables.

Entendemos más allá del análisis que hemos efectuado, que se puede ver con claridad, “para dónde va la mano”; con las temáticas relacionadas con el abuso sexual, son situaciones que deben ser analizadas con espíritu y sentido crítico, dado la gravedad y la complejidad práctica y jurídica que supone juzgar hechos de la tal naturaleza que a menudo ocurren en la intimidad, puertas adentro o en contextos de encierro o donde las víctimas se encuentren en una situación de subordinación con los posibles victimarios.

Consideramos, que lo dicho no implica, que desde la casuística en particular se pueda construir una batería de interrogantes, que el marque el camino para juzgar con las perspectivas que nos impone el derecho constitucional, analizando una y otra vez de forma pormenorizada, situaciones, que muchas veces poseen una particular singularidad.

Finalmente debemos mencionar que existen hechos sociales que la dogmática suele categorizar, sin pensar las consecuencias que pueden tener las interpretaciones meramente doctrinarias, que como puede advertirse en el caso; se encuentran alejadas del texto de la ley y de la percepción cultural que tiene el hombre común en cuanto a las acciones delictivas. Ello, sin tener en cuenta que las víctimas de estos hechos fueron sometidas a vejaciones y ataques contra su autodeterminación sexual; sin discriminar que los mismos fueran perpetrados de “mano propia o de mano ajena”; ya que en definitiva son hechos que pueden suponer en algunos casos, supuestos de “abuso sexual” en el sentido legal y cabal de la palabra.

Referencias

Doctrina:

- Aboso Gustavo “Autoría y participación en los delitos sexuales”, publicado por la RIU Austral en el año 2015, en la revista on line.
- Ambrosis, R. M “Apreciaciones en torno a un fallo sobre la configuración del delito de abuso sexual”, publicado en la numero VI de la REVISTA DIGITAL PERSPECTIVAS DEL EDITORIAL DE LA UCALP (publicado en el mes de julio del año 2022).
- Arocena Gustavo A, “Ataques a la integridad sexual”, 2 Edición: 2, Editorial: Astrea año: 2015. Buenos Aires ISBN: 978-987-706-047-8.
- Bellof Mary “Derechos del Niño, su protección en el Sistema Interamericano”, publicado por la Editorial Hamurabi, En Buenos Aires en el mes de julio del año 2019.
- Capriati Alejandro y otros “Vulnerabilidad ante el abuso sexual. Aportes desde un modelo integral y comunitario de prevención” publicado por la revista on line “Cuestiones de Sociología”, nº 21, febrero - julio 2020. ISSN 2346-8904 Universidad Nacional de La Plata.
- Clemente José Luis Clemente. “ Abusos sexuales”, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, año 2000.
- Cugat Mauri, M. (2019). La tutela penal de los menores ante el online grooming: entre la necesidad y el exceso. En Riquert, M. A. (coord.). Ciberdelitos (p. 250 y ss.). Buenos Aires: Hammurabi.
- Creus Carlos-Buompadre Jorge “Derecho Penal. Parte especial”, t. I, 7ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007
- Creus, Carlos “Derecho Penal”, parte general, 4ª de actualizada y ampliada por la Editorial Astrea Buenos Aires, año 1999.
- Díaz-Maroto y Villarejo, Julio, “Delitos contra la libertad sexual”, en Bajo Fernández, publicado et al, Compendio de. Derecho Penal, año 1998,

De Luca, J. A. y López Casariego, J. (2009). "Delitos contra la integridad sexual". Buenos Aires: Hammurabi.

De Luca J. A. y López Casariego Julio-Riquet Marcelo-Fellini Zulita en Baigun David - Zaffaroni Eugenio (dirección) Terragni Marco (Coordinación) "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte especial", t. IV, 2ª edición. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

Díez Ripollés, José Luis Alegato contra un derecho penal sexual identitario, Publicado en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología de la Universidad de Málaga ISSN 1695-0194, el 21-10-2019, en forma on line <http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-10.pdf>,

Donna Edgardo Alberto y otros "El Código Penal y su Interpretación en la Jurisprudencia", Editorial Rubinzal Culzoni; Santa Fe año 2012.

Donna Edgardo Alberto "Delitos contra la integridad sexual", 2ª edición actualizada, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.

Domenech Ernesto Eduardo, "La Figura Delictiva" publicado por la Editorial UNLP en el año 2000, en la Plata.

Estrella Oscar "De los delitos sexuales", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005

Figari Rubén "Tratamiento de los delitos sexuales en el Anteproyecto del Código Penal de la Nación" en ZAFFARONI Eugenio - CARLES Roberto (directores), BAILONE Matías (Coordinador) "Anteproyecto del Código Penal de la Nación. Aporte para un debate necesario" Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014.

Figari Rubén "Abuso sexual (art. 119 1º párr. ley 23.352), Abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119 2º párr.), Abuso sexual con acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realización de otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías (art. 119 3º párr. ley 25.352) y Abuso sexual aprovechamiento con la inmadurez sexual – estupro – (art. 120)". Publicado por la Revista Pensamiento Penal- on line en el año 2018.

Jakobs Gunther Derecho Penal. Parte general. "Fundamentos y teoría de la imputación". Marcial Pons. Madrid 1995.

Edwards Carlos "Delitos contra la integridad sexual" Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999.

Faraldo Cabana Patricia "La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. estado de la cuestión", publicado en forma on -line por la revista Pensamiento Penal en el mes de mayo del año 2021, como una redición de lo publicado por la Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.^a Época, n.º 22 (julio de 2019), págs. 381-420 de la Universidad de la Coruña.

Fontán Balestra Carlos, "Tratado de Derecho Penal". ed. actualizada y ampliada Tomo IV publicado en Buenos Aires: por el Editorial La Ley año 2013.

Gavieir Enrique A "Delitos contra la integridad sexual", Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1999.

González Gómez Orlando "Consideraciones sobre la coautoría y autoría mediata en los delitos de propia mano en el Código Penal español, Letras Jurídicas, Revista electrónica de Derecho, número 1, año 2005", disponible en: <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/01/OGG05.pdf>.

González Rus Juan José "La Reforma de las Agresiones sexuales" Publicado en Córdoba España. En abril del año 2021 página online <https://gonzalezrusypalmaherrera.com/wp-content/uploads/2021/04/Reforma-agresiones-sexuales.JJGlezRus.pdf>

Laje Anaya Justo-Gavieir Enrique, "Notas al Código Penal argentino", t. II, Ed. Lerner, Córdoba, 1995.

Kindhäuser, Urs "Infracción de Urs deber y autoría – una crítica a la teoría del dominio del hecho", publicado por la revista Pensamiento penal on line del publicada en diciembre el 28 de diciembre 2012.

Kindhäuser, Urs "Cuestiones fundamentales de la teoría de la intervención delictiva (autoría por mano ajena)", publicado en el año 2013 on- line en RUI Austral.

Muñoz Conde Francisco "Derecho Penal. Parte especial" 20º edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

Núñez, Ricardo. "Derecho Penal Argentino ", Omeba, Buenos Aires, 1964, pág. 310 y ss.).

Orts Berenguer Enrique "Abusos Sexuales, Exhibicionismo y Corrupción de Menores en el Código Penal y en el Proyecto de 2013", publicado on line <https://www.fiscal.es/documentos/20142/276999/Ponencia+Enrique+Orts+Berenguer.pdf/dad21aba-d668-9be5-669e-ee1515c02c6f?t=1562315695870>.

Parma, Carlos, "Delitos contra la integridad sexual", p. 20, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999.

Pozuelo Pérez Laura, "La agresión sexual en autoría mediata. Proxenetes, clientes y violación de personas prostituidas". Publicado on- line por Indret en el mes de enero de 2022, en Madrid España.

Reinaldi, Víctor Félix (año 2008) "Manual de Derecho Penal: Parte Especial". 3a ed. Lerner, Buenos Aires. ISBN 9789871153688.

Riquert Fabián "El bien jurídico protegido de los delitos sexuales. La fellatio in ore ¿Constituye el abuso sexual con acceso carnal?" en "Temas de Derecho Penal argentino" Ferrara Juan (Director) SImaz Alexis (Coordinador) Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006

Roxin Claus, Allgemeiner Teil (§§ 1-79 b), 2." ed. 1977; 4." ed. desde 1983; 5." ed. desde 1987; 6«ed. desde 1992; t. II, Besonderer Teu (§§ 80-358); 3.

Roso Cañadillas Raquel, "Autoría Mediata, Imputación Objetiva y Autopuestas en peligro". Publicado por Dialnet on line, en Derecho Penal y Criminología, ISSN 0121-0483, ISSN-e 2346-2108, Vol. 25, N°. 75, 2004, págs. 245-289, en abril del año 2004,

Soler Sebastián "Derecho Penal argentino", t. III, Ed. Tea, Buenos Aires, 1970, p. 282

Suárez Rodríguez, "El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación", publicado por el Ed. Aranzadi. Pamplona, 1995

Satzger Helmut "Los delitos mano propia ", publicado en forma virtual de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM el 21 de abril de 2021 www.juridicas.unam.mx <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>.

Villada Jorge "Reflexiones en torno al Anteproyecto de Reforma al Código Penal en materia de delitos sexuales", en Zaffaroni Eugenio - Carles Roberto (directores), Bailone Matías (Coordinador) "Anteproyecto del Código Penal de la Nación. Aporte para un debate necesario" Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014.

Anexo jurisprudencial, legislativo y otros.

*Fallo Superior Tribunal de Córdoba (28 de julio de 2020). «CARIGNANO, Franco Daniel sobre abuso sexual, producción de imágenes con contenido sexual de menores de 18 años, etc. -Recurso de Casación-» (SAC2469171). Disponible en <https://justiciacordoba.gob.ar/justicia-cordoba/Inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=22212>

*Abuso sexual”, ¿como va la mano?
“nuevos paradigmas sobre el concepto de abuso
sexual, violencia digital y violencia contra la mujer y
personas vulnerables”*

Fallo del Tribunal Supremo Español (2015). «Sentencia N° 301/2016, sobre/ recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la representación procesal de Carmelo, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca (Sección Primera) de fecha 26 de mayo de 2015 en causa seguida contra Carmelo». Disponible en <https://vlex.es/vid/632689977>

Fallo del CSJN (28 de diciembre de 2021). Recurso de hecho deducido por la defensa de la causa «Reynal, Alejandro s/ incidente de recurso extraordinario» CFP 1875/2009/15/1/1/RH5.

Fallo CSJN Gallo López, Javier s/ causa N° 2222. 7 de junio de 2011 Nro. Interno: G. 1359. Voto de la Dra. de Highton de Nolasco.

Fallo CSJN “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Martel, Osvaldo Benito y otros s/ averiguación de delito”. 18 de octubre de 2022.

Fallo Causa: “Ilarraz, Justo José s-Promoción a la corrupción agravada – Incid. la Sala I, de la Cámara Primera en lo Criminal de la ciudad de Paraná.

ONU (2017). Recomendación General N° 35, citada en el informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, del Consejo de Derechos Humanos, perteneciente a la Organización de Naciones Unidas (ONU), A/HRC/38/47 de fecha 18/6/2018. Disponible en https://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=106.

CIDH Caso del Penal Miguel Castro Castro vs Perú, Fondo de Reparaciones y costas sentencia del 25 -11-2006, Serie 2C N°160.

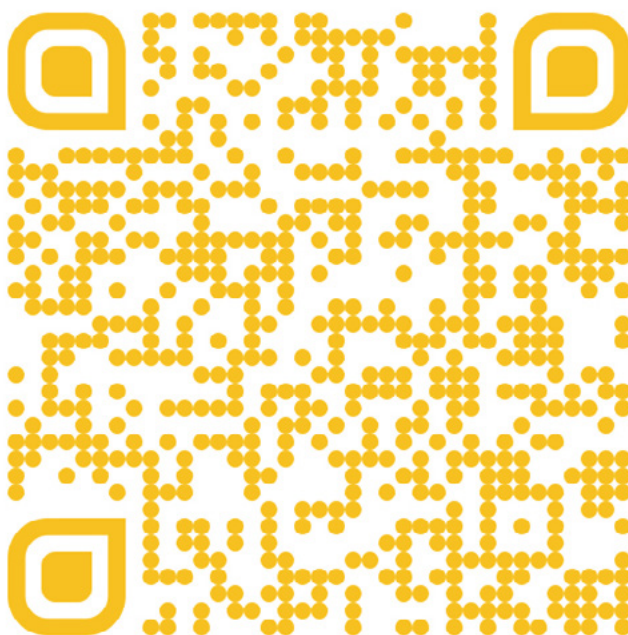
CIDH 30-08-2010 Caso Ortega y Otros Vs México.

CIDH Caso Rosendo Cantú y otra vs México.

CIDH Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala”, sentencia del 24 de noviembre de 2009.

CPI Caso No. ICTR-98-44-A, sentencia del 2 de febrero de 2012, apartados 1433, 1477, 1673 y 1682. La Cámara de Apelaciones del citado tribunal confirmó la condena por estos delitos en su resolución del 29 de septiembre de 2014).

PODCAST



**“ABUSO SEXUAL”, ¿COMO VA LA MANO?
“NUEVOS PARADIGMAS SOBRE EL CONCEPTO
DE ABUSO SEXUAL, VIOLENCIA DIGITAL Y VIO-
LENCIA CONTRA LA MUJER Y PERSONAS VUL-
NERABLES”**

Roberto Marcial Ambrosis

Juan Carlos Scirica