

Texto publicado en libro “Casos de jurisprudencia de la parte general de Derecho Penal”. Alveroni, Córdoba 2022.

Músico depravado¹.

Autoría y participación criminal: autoría mediata y delitos de propia mano.

Reseña y comentario de Matías Almirón*

1. Hechos.

Franco Daniel Carignano, tecladista de la banda de cuarteto “Trulalá”, creándose perfiles falsos en las redes sociales (Facebook, Messenger, entre otros), logró “hacerse amigo” de al menos nueve mujeres, entre ellas, cinco menores de edad. Tras ganarse la confianza de sus víctimas, les ofrecía a cambio de créditos de teléfono gratuitos, que les mandaran fotos y videos de sus cuerpos desnudos. A parte de aquí comenzaba el calvario: si ellas aceptaban, el paso siguiente consistía en que lo hagan en poses provocativas y tocándose sus partes íntimas. Si se negaban, las amenazaba con publicar o compartir a todos sus conocidos los archivos ya recibidos. De este modo, el nombrado dominó a través de medios informáticos la voluntad de sus víctimas, causándoles severos daños en la salud mental y en el desarrollo sexual.

2. Postura de los intervinientes.

2.1. Tribunal de juicio.

La cámara del crimen declaró a Carignano autor (mediato) penalmente responsable de abuso sexual gravemente ultrajante calificado por el grave daño producido en la salud psíquica de la víctima (arts. 119, segundo y cuarto párrafo inc. “a”, segundo supuesto del CP), porque a través de medios virtuales, y de manera “humillante”, menoscabó la integridad y la libertad sexual de las jóvenes, generándoles

¹ Cámara en lo Criminal y Correccional de 8va Nominación de la ciudad de Córdoba, Sentencia n° 54, 2/10/2018, “Carignano”.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal. Sentencia n° 203, 28/7/2020, “Carignano. Recurso de Casación”.

*Abogado (UNC); especializando en Derecho Procesal (UNC); adscripto de Derecho Penal I y Derecho Procesal Penal (UNC). almironmatias@gmail.com

graves daños en la salud mental. Por estas conductas, se le impuso la pena de 14 años de prisión.

En síntesis, el tribunal explicó que abusa sexualmente quien toca o se hace tocar los genitales u otras partes pudendas del cuerpo sin su consentimiento, como así también, quien obliga al sujeto pasivo a tocar su propio cuerpo (como sucedió en este caso), o el de un tercero.

También dijo que el verbo típico “*el que abusare*” utilizado en el primer párrafo del art. 119 del CP, al no exigir cualidades especiales del sujeto activo, admite la posibilidad de considerar autor a todo aquel que realice la acción por cualquier medio comisivo, incluyendo los medios virtuales. De este modo, afirmó que el uso del cuerpo ajeno con connotación sexual a instancias del autor, supone una afectación a la libertad sexual, que resulta, en definitiva, el bien jurídico que el tipo penal pretende proteger.

2.2. Argumentos de la defensa.

La defensa del condenado se centró en la ausencia de configuración de los requisitos contemplados para la figura básica, y sostuvo que no pudo haber abuso sexual, ya que el tipo descrito en el primer párrafo del art. 119 del CP requiere necesariamente contacto corporal entre el autor y la víctima. Que el nudo del comportamiento típico consiste en tocamientos o contactos corporales impúdicos por parte del autor hacia la víctima, o que ésta sea obligada a hacerlo sobre el cuerpo de un tercero. De allí que una interpretación del tipo penal que exceda dicho parámetro implicaría, a su parecer, conceder al juez un amplio margen de arbitrio en la ponderación del injusto, puesto que la figura en cuestión exige una aproximación espacial entre el agente y la víctima del delito, circunstancia que no puede darse por el único motivo del contacto telemático entre el autor y las víctimas.

Por ello entendió que la intelección propiciada por la cámara supuso una interpretación analógica, extensiva y, por ende, violatoria del principio de legalidad previsto en el art. 18 de la CN, pues con ello se admitió una libertad desmesurada al juez penal para interpretar y aplicar el tipo penal.

2.3. Tribunal de alzada.

El Tribunal Superior de Justicia (TSJ) confirmó la decisión de la cámara aclarando que ni el contacto corporal directo del autor sobre la víctima, ni la inmediatez

física entre los mismos, constituyen requisitos configurativos del tipo penal, tanto en su literalidad (“teoría del tenor literal de la norma”²) como en lo que respecta a los alcances del bien jurídico protegido. Lo determinante para la configuración del abuso sexual (según el TSJ) 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.

Que la prueba demostró que el condenado ejerció un especial poder de dominio sobre las jóvenes valiéndose de medios informáticos, afectando seriamente la libertad de decisión de las titulares del bien jurídico protegido (autodeterminación sexual), por lo que los abusos sexuales no fueron obra o expresión de la libertad de acción de ellas mismas, sino del imputado en su carácter de autor mediato.

Finalmente explicó que el requerimiento que acuerdan ciertos autores y parte de la jurisprudencia sobre el contacto y la inmediatez física que exigiría la figura del art. 119 del CP, encuentra su fundamento en un postulado implícito: *el abuso sexual constituye un delito de propia mano*. Que si esto fuera así, no podría hablarse de autor directo, ni de autor mediato, dado que Carignano no tocó “con sus propias manos” los cuerpos de las víctimas.

3. Valoración de la decisión. Doctrina de la bibliografía de cátedra.

Los planteos del fallo se focalizaron en el aspecto externo de la conducta perpetrada por Carignano, y las circunstancias determinadas por el tipo penal, por lo cual, si quisiéramos ubicar el caso dentro de la teoría del delito, nos detendríamos en el análisis del segundo elemento: la tipicidad (objetiva).

Lo novedoso del caso fue que los actos de índole sexual fueron efectuados por las víctimas en su propio cuerpo pero, y esto es lo trascendente, a partir de amenazas desarrolladas por el imputado a través de medios telemáticos, es decir, sin contacto corporal directo del autor sobre la víctima y sin la intermediación física que, para la defensa, exige el tipo penal.

En primer lugar, Carignano actuó como *autor mediato* (persona de atrás que interviene en el hecho dominando la voluntad del autor inmediato) *quien es el que*

² Roxin (1997, 189 y ss).

realiza el hecho utilizando a otro (ejecutor material) como instrumento (Mir Puig: 2011, 387). Si en principio el autor es el realizador material y la persona de atrás es un partícipe, en la autoría mediata sucede lo contrario: la posición de ambos sujetos ante el hecho se invierte, se imputa el hecho como autor solo a la persona de atrás (autor mediato), y el agente que actúa, no comete injusto. Esto sucede porque el realizador material acciona *sin libertad o sin conocimiento* de la situación (sin responsabilidad) y ello ha sido provocado o aprovechado por la persona de atrás que coaccionó o engañó al instrumento. Quien se vale del que actúa justificadamente, tiene el dominio del hecho porque se está valiendo del permiso legal que tiene el otro a raíz de la situación en que él le ha colocado.

Es importante aclarar que la diferencia entre la autoría mediata y la instigación se basa en el dominio que tiene el autor en la primera, pero no en la segunda. Así, mientras la autoría mediata es una forma o modalidad que asume la autoría, la instigación, en cambio, es participación en un hecho ajeno y, por lo tanto, es accesoria del hecho principal ejecutado por el instigado.

Zaffaroni (2005: 608 y ss.) explica que la autoría mediata se puede dar en los siguientes casos: **a) *Agente que actúa sin tipicidad objetiva***. Ejemplo: quien (A) valiéndose de un policía (B), le hace creer que un sujeto que corre (C) era el autor del robo de su billetera y es detenido; (A) comete una privación ilegítima de la libertad valiéndose de un funcionario (B) que actúa atípicamente porque cumple con su deber, y que está obligado jurídicamente a ello, porque si no lo hace sabe que su omisión estaría conminada con una pena; **b) *Agente que actúa sin dolo***. Ejemplo: el que para cometer un homicidio se vale del actor mediante el reemplazo de balas de fogeo por otras de plomo, indiscutiblemente tiene en sus manos el dominio del hecho, pues el actor no sabe lo que hace (error de tipo, ausencia de dolo); **c) *Agente que actúa justificadamente***. Ejemplo: el que amenaza de muerte a otro colocándole una ametralladora en la sien para que escriba una carta injurianta a un tercero, tiene el dominio del hecho respecto del delito de injurias, porque si bien quien escribe actúa con dolo, el que tiene la ametralladora domina el hecho al crear la situación de necesidad para el otro, colocándolo en una posición en la cual el derecho le permite la conducta anti normativa.

Roxin (1997, 84 y ss.) agrega que existe otra forma de autoría mediata donde el dominio del hecho se da por “*fuera de un aparato organizado de poder*” sosteniendo que los conceptos usuales no son aplicables cuando se trata de crímenes de estado, de guerra y organización en que el determinador y el determinado cometen el mismo delito, siendo decisivo el carácter fungible de este último, que puede ser cambiado a voluntad del primero como si se tratara de un artefacto mecánico. Quien está detrás, en la cúspide de la estructura de mando, no necesita conocer quién será el ejecutor final de la orden y puede confiar tranquilamente en que si uno falla será rápidamente reemplazado por otro que ocupará su lugar y cumplirá la orden impartida, sin que de ese modo se perjudique el plan delictivo. La regla consiste en que un sujeto que se encuentra más alejado de la víctima y de la conducta homicida, tiene menor dominio del hecho; en los casos de aparato organizado de poder este patrón sufre una inversión, pues cuanto más alejado el ejecutor está de las víctimas más cerca se encuentra de los órganos ejecutivos de poder, lo que le proporciona mayor dominio del hecho, y por ende, mayor reproche. Se trata de situaciones de excepción, donde el estado de terror configura toda la organización del poder punitivo nacional.

Ahora bien, la autoría mediata, en cuanto autoría que es, exige en el sujeto la concurrencia de las condiciones requeridas por el tipo para ser autor, es decir, conlleva la necesidad de que concurren en el autor mediato todos los requisitos que la ley exige para imputarle el hecho a título de autor del particular delito de que se trate. De ahí surgen los *delitos especiales* que solo pueden cometer determinadas personas en razón del particular estado, clase, función o calidad (funcionario, obrero, médico, juez, testigo, etc.); y por otro lado, los *delitos de propia mano* que son aquellos que si bien pueden ser cometidos por cualquier persona, requieren de una actividad física directa, corporal del autor y realizada por él mismo (para para imputarle el hecho a título de autor). Por esta razón, ni en los delitos de propia mano ni en los delitos especiales cabe la autoría mediata, pues no es posible la realización del hecho mediante un instrumento.

En este último supuesto se focalizó el embate de la defensa del condenado, que sostuvo que únicamente podría cometer el delito de abuso sexual previsto en el art. 119 del CP quien ejecuta por sí mismo la actividad señalada en el tipo.

La pregunta que surge como corolario es la siguiente: ¿Cuál es el fundamento de los autores que sostienen que el delito sexual es un delito de propia mano? Roxin (1997, 189 y ss.) indica que se podría explicar a través de dos posturas: **a) Teoría del tenor literal de la norma.** Esta tesis parte de que el carácter de propia mano de los delitos depende sustancialmente de la formulación de los tipos por el legislador, es decir, de la norma. Dado que el art. 119 del CP no detalla cualidades especiales del autor “*El que (abusare sexualmente...)*”, cualquier persona podría “abusar sexualmente” de otra; **b) Teoría del movimiento corporal.** Aquí se considera que los delitos de propia mano se reducen a una acción, sin la necesidad de incluir un resultado concreto. Se limita a un mero hacer corporal. En efecto, son los delitos de mera actividad (que no admiten tentativa), donde sólo puede ser considerado autor quien ejecuta por sí mismo la actividad señalada en el tipo. Esta postura coincide parcialmente con la teoría del tenor literal. Precisamente, cuando el tipo se reduce a la descripción de una determinada actividad “*(El que) abusare sexualmente...*”, no se puede hablar de un tercero o persona externa -aun cuando domine el hecho-, que haya ejercido la correspondiente actividad (movimiento corporal). Solo el ejercicio de las acciones determinadas por el legislador son las decisivas, y no otra clase de influencias que suponen también dominio pueden caracterizar al autor.

A su vez, este autor (Roxin 1997, 189 y ss.) distingue tres grupos de casos en los delitos de propia mano: **1) Delitos ligados a la conducta** cuando el injusto radica en el carácter reprobable de una determinada conducta, sin la necesidad de una lesión al bien jurídico protegido (resultado). Ejemplo: el incesto (coito entre parientes). La reprobabilidad moral ofrece el verdadero fundamento del castigo de este precepto, pues lo específicamente inmoral de tal conducta no se puede realizar por un extraño, ni siquiera cuando posea el dominio del hecho; **2) Delitos de derecho penal de autor** aquellos que hacen objeto de la punición una determinada conducción de la vida. Estos delitos no existen en nuestro sistema penal actual, y anteriormente, eran frecuentes cuando se castigaba el vagabundeo, el juego, el beber, la ociosidad o vagancia que ponían en peligro el sustento; **3) Delitos de infracción de deberes altamente personales.** El único grupo hoy todavía relevante de delitos de propia mano, son los delitos de declaración (falso testimonio). En ellos sólo puede ser autor quien tiene el deber de

declarar o de dar juramento; la infracción de deber fundamentadora de autoría solo puede cometerse mediante una declaración falsa personal, o mediante el juramento de propia mano. Además del falso testimonio, existen otros ejemplos, como el del delito de prevaricato, que sólo puede ser cometido por el juez competente para resolver el caso. En la deserción (Código Militar), por mencionar otro caso, sólo puede ser autor quien tiene el deber de servicio militar.

4. Conclusión

Como se advierte, ninguna de las posturas expuestas que fundamentan esta clase de delitos (de propia mano) se aplica a la figura del abuso sexual, ya que, el tenor literal del art. 119 del CP no exige deberes especiales en las cualidades del autor, ni describe una determinada actividad que implique “abusar sexualmente de otra persona”. De este modo, el abuso sexual no configura un delito de propia mano, y en consecuencia admite la posibilidad de considerar autor a todo aquel que realice la acción por cualquier medio comisivo, incluyendo los medios virtuales.

La *libertad sexual* se ha consolidado como el objeto de protección que justifica las intervenciones jurídico-penales en las prácticas sexuales de los ciudadanos, y ésta puede ser afectada por autores mediatos y coautores a través de medios telemáticos exactamente igual que por la realización inmediata del acto corporal.

En este sentido, nos encontramos ante un entorno de socialización inaudito para tiempos pasados, en donde la utilización de tecnologías de la información y comunicación (TIC)³ que supone el manejo de herramientas informáticas o dispositivos electrónicos, han implicado un aumento sin precedentes en la forma de relacionarse de forma instantánea. Asimismo, facilitan a ciertas personas con fines delictivos la expansión de su ámbito de actuación, multiplicando su llegada a un número considerable de posibles víctimas, permitiendo que dichas actividades ilícitas se realicen de forma inmediata, despersonalizada y, en lo que aquí interesa con inusitada capacidad de lesión a distintos bienes jurídicos. Esta nueva “era digital” conlleva a la necesidad de interpretar una nueva realidad en donde lo personal, entendido como trato inmediato material, se ve sustituido por un contacto singular en el ciberespacio, en donde la

³ Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal. Sentencia nº 203, 28/7/2020, “Carignano. Recurso de Casación”.

dependencia de las personas a las TIC se acrecienta, introduciéndose en todos los aspectos de la vida cotidiana.

Así pues, los diversos delitos atribuidos a Carignano encontraron como denominador común la utilización de las TIC, que en este caso fueron utilizadas para la concreción de un determinado plan delictivo. A partir de éstas, nacen nuevas formas de cometer delitos preexistentes que afectan bienes jurídicos estipulados por el legislador con anterioridad y que se encuadran dentro del tipo penal y del ámbito de protección de la norma, como sucedió en este caso.