

## Autoría y participación en los delitos sexuales

Gustavo Eduardo Aboso[1]

### I. Introducción. Concepto y clasificación de los delitos de propia mano [\[arriba\]](#)

En materia de participación, la doctrina en general y la alemana en particular ha discutido intensamente sobre la correcta clasificación de los delitos sexuales[2]. En una primera etapa, la doctrina consideraba al delito de violación como un delito de propia mano[3], es decir, la autoría demandaba que el sujeto activo haya tenido trato sexual con la víctima, o por lo menos lo haya intentado. El delito de propia mano exige una realización corporal del autor, en este caso, que haya accedido carnalmente a la víctima[4]. Dicha ejecución personal es lo que caracteriza al contenido de lo injusto del tipo doloso[5]. De esta manera, la peculiaridad de la ejecución personal excluía la posibilidad de aceptar no sólo la coautoría, la autoría mediata, sino también el comportamiento por omisión[6]. Ya sea el testigo que depone de manera falaz, o bien el juez que dicta sentencias contradictorias, en todos estos casos el desvalor de lo injusto de este tipo de delitos reclama al autor la ejecución de una determinada forma de conducta que no puede ser suplida ni delegada por otro que no reúna al menos la misma condición. En el caso del delito de incesto regulado por el § 173 StGB alemán, la relación sexual debe ser ejecutada por los hermanos entre sí, razón por la cual todo aquél que no reuniera dicha calidad no podía ser calificado de autor de ese delito. Es decir, en todos estos casos aparecía en primer plano la necesidad de una ejecución propia, personal, del autor[7]. La doctrina continua discutiendo cuáles son los criterios materiales que permiten definir a un delito como uno de propia mano[8], incluso un grupo de autores niega su existencia[9].

Si realizamos un breve repaso de las teorías elaboradas para fijar un criterio material para el delito de propia mano tenemos que empezar por la exégesis defendida por Binding, llamada “teoría de la descripción típica” (Wortlauttheorie), que propugnaba apegarse al texto legal y atender a la descripción de la modalidad típica de la conducta prohibida. En especial, el § 177 del StGB alemán (que reprime el delito de violación) fue considerado como un fiel exponente de este tipo de delito de propia mano, ya que la autoría demandaba la cohabitación no consentida con la víctima[10]. Esta interpretación contó con el apoyo del Tribunal Superior alemán[11]. La crítica que se le dirige a esta postura radica principalmente en su concepción estrecha de la identificación de la autoría, en especial porque si bien es correcto vincular al autor con la realización de la acción típica, es decir, desde el punto de vista de una teoría formal objetiva, lo cierto es que dicha premisa resulta incompatible con las demás formas de autoría. La autoría mediata se vería desplazada o directamente anulada si se partiese de un criterio formal objetivo de autoría. Nada impide al autor realizar el hecho típico mediante la intermediación de un instrumento humano que actuase bajo error o coacción[12].

Otra propuesta fue la de exigir una actuación corporal del autor en esta clase de delitos de propia mano. Este criterio fue conocido como la teoría del movimiento corporal (Körperbewegungstheorie). Según ella, la autoría en los delitos de propia mano demanda una intervención corporal del sujeto activo, en consecuencia, sólo podrá serle atribuida la autoría al que realiza de manera personal, en propia persona, la acción típica receptada en el tipo legal. Esta postura fue defendida por Beling y Engelsing. Las críticas ensayadas contra esta postura son bastante parecidas a las formuladas contra la reseñada teoría formal objetiva de Binding, en

especial se duda que pueda extraerse de las palabras de la ley un criterio material utilizable para delimitar los delitos de propia mano[13].

En este sendero, Roxin ha propuesto distinguir tres grupos de casos en los delitos de propia mano. En primer término, menciona los delitos donde lo injusto consiste en la reprobación de un determinado comportamiento, sin la necesidad de comprobar un resultado socialmente dañoso. Ello ocurre en numerosos delitos sexuales, por ejemplo, la práctica de relaciones sexuales con animales (bestialismo), el incesto, etc.[14] En esta clase de hechos punibles puede reconocerse un severo componente moral que guía la represión de esta clase de comportamientos. En Alemania, la reforma de 1973 de los delitos sexuales importó la sustitución del título “crímenes o delitos contra la moralidad” por el de “hechos punibles contra la autodeterminación sexual”, algo parecido a lo que ocurrió en nuestro país con la reforma operada por la ley 25.087 (1999), al sustituir la antigua denominación “Delitos contra la honestidad” por la más moderna “Delitos contra la integridad sexual”. En síntesis, en esta clase de delitos de propia mano subyace un elemento de reprobación moral ligado a la ejecución de la acción típica[15]. El § 173 del StGB alemán reprime actualmente el incesto, cuyo componente moral puede rastrearse sin mayores problemas en el ancestral tabú del coito intrafamiliar. Ya v. Liszt utilizaba el célebre caso de la dueña del burdel de Hamburgo que propiciaba la cohabitación de los ignorantes hermanos. La solución de este caso pasaba, según este autor, por atribuirle a la matrona del burdel la calidad de autora mediata del delito de incesto, pero dicha propuesta resultaba impracticable a la luz de la redacción del tipo respectivo en razón del componente inmoral que en el que se basa la punición del incesto[16].

El segundo grupo de casos está compuesto por los delitos basados en aspectos conductuales del autor (Täterstrafrechtliche Delikte o “delitos de autor jurídico-penal”), por ejemplo, el delito de rufianismo del § 181a del StGB alemán. En este caso el autor debe explotar a otra persona que ejerce la prostitución, o bien ejercer un control sobre dicha actividad que implique la determinación de las modalidades de tiempo, lugar y modo de dicho ejercicio[17].

El tercer y último grupo de casos están integrados por los delitos basados en deberes altamente personales (Höchstpersönliche Pflichtdelikte)[18]. Entre estos se encuentran los delitos de falso testimonio (art. 275 Cód. Penal argentino), cuya autoría está definida por la calidad de testigo que debe reunir el sujeto activo y el deber especial de decir la verdad en función del juramento dado[19]. El Código penal alemán hace una matización entre el delito de declaración falsa con o sin juramento de decir verdad (§§ 153 y 154 StGB alemán). En este ámbito también se cuenta el delito de incumplimiento de los deberes alimentarios (art. 1° de la ley 13.944) y en general los delitos de funcionarios públicos, v. gr., el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 249 Cód. Penal argentino), entre otros. Si bien la posibilidad de admitir la autoría mediata en esta clase de delitos es rechazada por un sector importante de la doctrina[20], se discute si el que coacciona al testigo a declarar de manera mendaz debe ser considerado autor mediato de ese delito. En este punto cabe recordar que la coacción ejercida sobre el testigo influye directamente sobre su responsabilidad penal (capacidad de culpabilidad o exigibilidad) al excluirla, pero el que ejecuta la acción coactiva puede serle atribuible la calidad de inductor del delito de falso testimonio, por aplicación del principio de accesoriedad[21]. También rigen las mismas reglas para la cooperación penal[22].

Esta apreciación de Roxin sobre los tres grupos de delitos de propia mano ha sido también objetada por la doctrina[23].

Desde nuestro punto de vista, la actual regulación de los abusos sexuales en el art. 119 del Cód. Penal permite descartar que el abuso sexual mediante acceso carnal deba ser considerado delito de propia mano.

## II. La autoría en los delitos sexuales [\[arriba\]](#)

En primer término, cabe aclarar que en este trabajo habrá de partirse del criterio del dominio final del hecho, es decir, la autoría de un tipo penal quedará definida en función de la idea de dominio final del hecho elaborada por Welzel y que actualmente representa la teoría dominante[24]. El dominio del hecho está compuesto, según nuestro criterio, por elementos objetivos y subjetivos propios que permiten aportar un criterio material para la delimitación de la autoría de la participación. Desde el punto de vista objetivo, el autor debe realizar el contenido de lo injusto del delito doloso mediante el ejercicio de un dominio sobre el suceso. Este dominio puede ser ejercido de manera personal, lo que identifica a la autoría individual o única; mediante la actuación concertada con otros, supuesto de coautoría; o bien utilizando a otra persona a modo de instrumento, que es el caso de la autoría mediata. Estas tres formas de autoría se corresponden a su vez con los modos de expresión del dominio final del hecho.

Como se dijo anteriormente, 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 el supuesto del que ejerce coacción sobre el testigo o perito para que depongan de manera mendaz durante la tramitación del proceso, si bien puede reconocerse que el que coacciona tiene el dominio del hecho sobre el testigo o perito, lo cierto es que dicho dominio no permitiría fundamentar una autoría[28], porque el contenido de lo injusto del delito de falso testimonio exige una actividad personal del testigo que consiste en callar, no decir toda la verdad o directamente hacerlo de manera mendaz[29]. 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.

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[31].

Bajo la modalidad del uso de violencia, amenazas, abuso coactivo o intimidación de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, la autoría en este caso demanda que el autor se valga de los medios violentos descriptos para doblegar la autodeterminación de la víctima. Dicha violencia debe tener por finalidad vencer la resistencia del sujeto pasivo, es decir, al tratarse de un delito de dos actos, la violencia debe ser el medio para lograr la vulneración de la autodeterminación del ofendido (finale Verknüpfung)[32]. 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. 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 el caso del subtipo de abuso sexual mediante aprovechamiento de la incapacidad de la víctima para prestar consentimiento válido, debemos aclarar que dicha modalidad comisiva se presenta cuando el autor se aprovecha de una situación de vulnerabilidad o de incapacidad transitoria o permanente de la víctima. Los contactos sexuales con una persona incapaz originada en una enfermedad, la pérdida transitoria o permanente de su capacidad de comprensión, provocada por sí o por otro, o directamente abusando de una situación de vulnerabilidad (por ejemplo, por su condición de extranjero), en todos estos casos la autoría no presenta ninguna particularidad. Debe vincularse acá el alcance del término “violencia” definido por el art. 78 del Cód. Penal, en consecuencia, el abuso por aprovechamiento no incluye el uso de medios narcóticos o hipnóticos, hipótesis que quedaría atrapada directamente por el abuso por violencia.

### **III. Coautoría en los delitos de abusos sexuales [\[arriba\]](#)**

Previo a ingresar al análisis de esta forma de autoría en relación con los delitos sexuales, se impone la necesidad de efectuar un breve repaso sobre la presencia de los requisitos materiales de la coautoría. En primer término, si se parte de una teoría final de autor, cada uno de los coautores tiene un co-dominio sobre la realización típica. Este co-dominio sobre la comisión de lo injusto típico demanda, al menos, la conjunción de elementos objetivos y subjetivos de autoría[33]. En el caso de la coautoría, es menester la existencia de un acuerdo o plan común

(elemento subjetivo)[34], una relación conjunta mediante la modalidad de división de tareas o funciones[35] y el aporte de cada uno de los intervinientes durante la fase de ejecución del ilícito: son coautores tanto el que inyectó a la víctima el veneno mortal como el que la sujetó para evitar toda resistencia. Ambos actuaron de manera mancomunada para la comisión del asesinato[36]. Los aportes de los distintos participantes reposan en un grado de importancia homologable entre sí que permite una comisión conjunta del hecho típico[37]. Cada uno de los aportes es imputable recíprocamente entre sí[38], puesto que evidencian un actuar acordado en aras de la realización exitosa del delito.

Dentro del ámbito de la participación, debemos distinguir al coautor del cómplice, tarea que lejos está de ser sencilla, en razón de que los autores y la praxis judicial se han valido de distintos criterios normativos para zanjar esta cuestión[39]. Para lograr tal cometido se ha de partir del citado criterio del dominio final del autor, es decir, el aporte del coautor debe ser esencial, equiparable al resto de los aportes, y debe realizarse durante la fase de ejecución en función del acuerdo común[40]. De esta manera, toda contribución realizada durante los actos preparatorios deberá ser calificada de complicidad[41], ya que el dominio del hecho en el caso de la coautoría sólo habrá de ejercerse durante la comisión del delito y hasta lograda su consumación. También corresponderá atribuir dicha calidad de partícipe al que realiza un aporte no esencial para la ejecución del hecho[42].

Son coautores los que acceden carnalmente a la víctima, los que ejerce violencia sobre ella para que un tercero cohabite con ella[43], así como el que utiliza a un inimputable[44] o un instrumento humano que actúa bajo error o coacción para accederla. Así, por ejemplo, se ha considerado correctamente de coautor de un delito de violación en grado de tentativa a la persona que ejerció coacción mediante el empleo de un arma de fuego contra la víctima para lograr el ataque a su integridad sexual[45]. En este punto debemos recordar que la doctrina no ha formulado objeciones para calificar de coautor de un homicidio o de un robo al que había sujetado a la víctima para que otro la apuñalase, o bien para la sustracción del dinero cometido por un tercero[46]. El uso de violencia, intimidación o amenazas constituye uno de los elementos configuradores de lo injusto típico de ésta y otras especies de delitos. La ejecución de dicha violencia en general para la realización típica determina inexorablemente la autoría[47]. En este aspecto, Roxin ha afirmado de manera categórica que el que ejerce violencia en la violación debe ser calificado de coautor[48].

Sin embargo, nuestra jurisprudencia ha sido reacia frente a la posibilidad de aplicar la coautoría, ya que en muchos casos los jueces han entendido que el abuso sexual con acceso carnal es un delito de propia mano:

“La figura del abuso sexual con acceso carnal constituye un delito de propia mano, desde que sólo puede tener acceso carnal y, por ende, realizar la acción típica, el individuo que penetra con su aparato genital en la vagina, en el ano o en la boca del sujeto pasivo.”[49]

Como ya se adelantó en este trabajo, el contenido de lo injusto del delito de abuso sexual por acceso carnal está constituido precisamente por dicho acceso carnal más el uso de violencia o intimidación en el caso de esta modalidad típica, por ende, el que ejerce violencia o intimidación sobre la víctima también debe ser considerado coautor. Hoy en día el acceso carnal aparece regulado como la modalidad más gravosa de abusos sexuales, pero resulta inexacto deducir que el

autor debe realizar personalmente la acción típica, ya que el acceso carnal es ahora una modalidad de agresión que puede ser llevada bajo la forma de coautoría o autoría mediata.

Las relaciones de familia, amistad, culto, etc., que vinculan a la víctima con su perpetrador juegan acá únicamente una función de agravación de la pena. En el caso de ascendientes, descendientes, afín en línea recta, hermanos, tutor, curador, ministro de culto, educador, encargado de la guarda, personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad en el cumplimiento de funciones y la persona del conviviente, la pena se agrava en virtud de la calidad del autor, pero dicha circunstancia no incide en la autoría de este delito como para clasificarlo de delito de propia mano.

“Existe coautoría cuando concurren a la ejecución más de una persona, en virtud de un concierto o unidad de voluntades, que les hace solidariamente responsables y en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno toma, ya que todos coadyuvan de modo eficaz y directo a la persecución del fin propuesto, con independencia de los actos que individualmente realice cada uno de ellos; dicho acuerdo, por lo demás, puede ser previo o simultáneo, expreso o tácito, y cabe también que tenga lugar iniciada la ejecución, en los supuestos de coautoría sucesiva o adhesiva.”[50]

En la legislación alemana, a partir de la reforma introducida por la 33. Strafrechtsänderungsgesetzes (33. StrÄndG), del 1° de julio de 1997[51], el abuso sexual con violencia y el acceso carnal fueron regulados de manera unificada en el § 177 del StGB alemán, lo que determinó en adelante que la doctrina judicial aceptase sin restricciones la posibilidad de apreciar una coautoría funcional cuando uno de los intervinientes ejercía la violencia con el objetivo de que otro pudiese acceder carnalmente a la víctima[52]. Sin embargo, aún con la antigua regulación del citado § 177, el Tribunal Superior alemán había calificado de coautor al que ejercía la violencia sobre la víctima para favorecer el abuso sexual con acceso carnal de otro, en la inteligencia de que no era necesario que el coautor haya actuado con la voluntad de yacer con la víctima, sino que era suficiente que el uso de violencia haya tenido como propósito que otro lo hiciera[53]. En este punto, la doctrina exige una “conexión final” entre el uso de la violencia y el abuso sexual[54].

Sin perjuicio de lo dicho, también existe una extendida doctrina judicial que ha calificado de cooperación necesaria la conducta del que ejerció violencia sobre la víctima para facilitar el acceso carnal de otro[55]. En estos casos, se ha dicho que cuando se produce una agresión sexual continuada con pluralidad de partícipes, los que facilitan el acceso carnal de uno de ellos deben responder en calidad de cooperadores necesarios. Dicha calificación descansa en la idea de subordinación de los actos de cooperación en relación con la ejecución del acceso carnal por el autor[56].

Los actos consisten en vigilancia[57] de la víctima o de prestar las armas o demás elementos utilizados posteriormente por el autor durante la fase de ejecución del delito deben ser calificados de actos de complicidad primaria. Sin perjuicio de esto, debe reconocerse que esta calificación legal no está exenta de discusión, porque alguna doctrina ha considerado que el acto de vigilancia se inserta en el marco más amplio de una ejecución común, y así la calidad de coautor puede serle aplicada[58]. La delimitación del coautor del partícipe deberá tener como punto de apoyo primordial la relación temporal en la que se realiza dicho aporte, en

principio cualquier acto de cooperación consumado durante la fase preparatoria al delito debe ser valorado como mero acto de participación primaria. El que suministra información sobre la víctima al autor para la perpetración de la agresión sexual o el que se limita a transportarlo al lugar del hecho deberá ser calificado de partícipe primario, salvo que su colaboración o auxilio se extienda directamente al momento de la ejecución de la agresión típica, en cuyo caso habrá que analizar en el caso concreto si dicho aporte a la realización al hecho puede alcanzar las cotas de tipicidad de la coautoría. La presencia del partícipe durante la agresión desarrollada por otro puede ser calificada de coautoría[59], si dicha presencia sirvió a los fines de frustrar los mecanismos de defensa de la víctima, ya sea al incrementar el estado de intimidación típico de este delito o bien al hacer desistir a aquélla de la necesidad o posibilidad de ensayar cualquier defensa. Tampoco se requiere la presencia en el lugar del hecho del partícipe para atribuirle una coautoría, ya que el uso de cualquier medio de comunicación, telemático o electrónico (por ejemplo, la llamada por teléfono o celular, el mensaje electrónico, etc.) puede ser apto para ejercer una intimidación idónea sobre la víctima. Así, por caso, el que amenaza a la víctima como matar a su hijo si no accede a los pedidos libidinosos de otro que actúa en concierto con aquél, reúne la característica típica de la modalidad violenta prevista por el art. 119 del Cód. Penal.

#### **IV. El error en la participación [\[arriba\]](#)**

El error del autor sobre la edad de la víctima o su capacidad para consentir debe ser tratado como un error de tipo[60], en consecuencia la ausencia de regulación de un tipo imprudente obliga al juez a dictar un acto jurisdiccional remisorio. En cuanto a la posibilidad de evaluar un error de prohibición en el que habría incurrido un extranjero de origen mauritano que yació con su mujer menor de edad con violencia so pretexto de la estricta observancia de sus costumbres y credo religioso (musulmán), dicha excusa fue rechazada sobre la base del argumento de que “que la vulneración de un derecho tan elemental del ser humano, como el de su libertad sexual, no puede de ninguna forma quedar condicionado a circunstancias tales como la del origen cultural de quien lo agrede, máxime cuando el país de origen de éste, Mauritania en el caso presente, tiene en la actualidad suscrito y ratificado, al menos, el Convenio de la Organización de Naciones Unidas, de 20 de Noviembre de 1989 , de Derechos del Niño, entre los que expresamente se recoge, para los menores de dieciocho años de edad, el ‘Derecho a la protección contra todas las formas de explotación y abuso sexual’. El ‘error de prohibición’ podrá predicarse de aquellas figuras delictivas propias de un concreto ordenamiento jurídico que suponen la especial protección penal de aquellos bienes que, en términos relativos, son tenidos por tales a efectos de la norma punitiva, en una determinada sociedad y momento histórico, y que, por tanto, de acuerdo con los criterios culpabilísticos de nuestro Derecho Penal, no pueden predicarse con carácter absoluto y general para todas las personas, culturas o sistemas jurídicos, pero que en modo alguno ha de reconocérsele como causa de exoneración, ni total ni parcial, en relación con infracciones atentatorias contra principios tan básicos, hoy en día y superadas ya antiguas y rechazables prácticas pretéritas, como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad en sus diferentes ámbitos, etc. El Estado de Derecho nunca debe abdicar, obviamente, de sus más elementales esencias, como lo es sin duda el respeto a la dignidad del ser humano, en aras de un relativismo cultural que aloje el fundamento de la decisión penal en las creencias, opiniones o costumbres de un determinado grupo, con el grave

riesgo que ello por añadidura supondría para la adecuada protección de las víctimas, como titulares últimos de tales valores básicos.”[61].

Respecto del llamado error in persona en la realización típica del autor, por ejemplo, cuando el autor confunde a la futura víctima con otra persona, la doctrina ha afirmado que dicho error es irrelevante para el propio autor como para el partícipe (en especial, el inductor). Partiendo desde el caso “Rose-Rosahl-Fall”, en el que el Tribunal Superior prusiano rechazó la relevancia para el inductor del error en el que incurrió el autor del homicidio doloso al confundir a su víctima con otra persona[62], pasando por el caso “Hoferben-Fall” resuelto por el Tribunal Superior alemán[63] que ratificó aquél precedente, la doctrina mayoritaria se ha expresado de manera negativa sobre la posibilidad de admitir algún tipo de excusación al error cometido por los autores.

Desde la denominada “teoría de la irrelevancia”, se sostiene que el error sobre la identidad de la víctima carece de cualquier efecto liberador o morigerante de la responsabilidad penal de los demás participantes por el delito doloso cometido por el autor[64]. También Cramer/Heine[65], Murmann[66], Puppe[67], Freund[68], Frister[69], Gropp[70], Wessels/Beulke[71], Tröndle/Fischer[72], y Kudlich[73] estiman correcta la solución brindada por el Tribunal Superior alemán en el citado “Hoferben-Fall” de condenar al inductor por el delito doloso cometido por el autor material, en especial, basado en el criterio de previsibilidad originado en la experiencia general de vida. Algunos autores, por el contrario, admiten por la vía de apreciar un exceso del autor su error sobre la identidad de la víctima, circunstancia que adquiere relevancia jurídica tanto para el coautor como para el inductor[74]. En nuestro país, Fierro[75] y D’Alessio[76] niegan relevancia al error sobre la identidad de la víctima en el que incurre el autor.

La posición contraria, llamada “teoría de la relevancia” (“Beachtlichkeitstheorie”) del error en la identidad de la víctima del inducido, es la sostenida principalmente por Binding y Roxin. El primero apela al “argumento de la matanza”, que dice que en caso de que hipotéticamente el ejecutor advierta que la persona asesinada no es la víctima seleccionada y, en consecuencia, prosiga con su objetivo y finalmente logre dar muerte a ella, el inductor debería responder por la inducción de dos asesinatos o, lo que es peor, en caso de que el error sobre la identidad de la víctima recayese sobre el propio inducido al que confunde con aquélla y fallase en su cometido, el inductor debería responder penalmente por la inducción al homicidio en grado de conato de su propia persona[77].

Esta tesis se inicia en el tratamiento del error del autor inducido como un caso de error el golpe o de aberratio ictus[78]. Cuando el autor quiere matar a B, pero falla al disparar alcanzando mortalmente a C, que se hallaba a su lado, entonces este error sobre el desarrollo del curso causal que desemboca en un resultado disvalioso distinto al querido por el autor, entonces la solución al caso es la considerar que dicho error es relevante y modifica el título de la imputación penal, es decir, el autor deberá responder en calidad de autor por el delito doloso en grado de tentativa en concurso ideal con un delito imprudente[79].

Este argumento es tomado por Roxin para criticar la tesis de la consumación[80]. Pero, además, este autor arguye que dicho error sobre la identidad de la persona debe ser valorado como un exceso no doloso del autor y así, como ocurre en el tratamiento del exceso doloso del autor, en el que no cabe ninguna imputación penal más allá de lo determinado por el inductor. A su vez, esta solución guarda relación de afinidad con la teoría del error en materia de participación criminal,



como lo demuestra el caso de que el error sobre la identidad de la víctima es considerado una aberratio ictus para el hombre de detrás[81]. En este punto debe recordarse que este autor utiliza el criterio del “plan del autor” (“Tatplankriterium”) para descartar el exceso o la conversión del objeto de la agresión, en cuyo caso debe ser valorado como un nuevo plan que no debe atribuirse al inductor o autor mediato[82].

Un sector importante de la doctrina alemana suscribe también esta postura, aunque en algunos casos sea distinta la fundamentación. En particular, se dice que el dolo del inductor debe abarcar necesariamente el hecho cometido por el autor material, lo que significa que el dolo del inductor debe manifestarse en el hecho concreto y su contenido de significación. Ello está ausente en el caso del error in persona del autor material, puesto que para el inductor la muerte de otra persona distinta a la de la víctima producto del error en la identidad en la que incurre el autor representa desde el punto de vista del contenido social otro hecho distinto al inducido[83]. En España, esta postura es cobijada por Cerezo Mir[84], mientras que en nuestro país es defendida por Zaffaroni[85].

En cambio, algunos autores han transitado un camino intermedio al poner el centro de gravedad de esta discusión dogmática en el mayor o menor grado de determinación alcanzado por el hecho determinado por el inductor[86].

## V. Tentativa [\[arriba\]](#)

En materia de tentativa en la coautoría existen dos posiciones antagónicas en torno de la fijación del comienzo de ejecución en el hecho cometido en coautoría. La primera, entiende que el principio de ejecución comienza de manera uniforme para todos los coautores cuando uno de ellos ingresa en el ámbito de la tentativa (llamada “solución global”)[87], mientras que la restante comprende que dicha atribución de responsabilidad corre de manera individual para cada uno de los coautores y dependerá en última instancia de su participación efectiva en la ejecución del hecho (denominada “solución individual”)[88]. Por ejemplo, en la primera propuesta, el comienzo de ejecución de uno de los coautores, v. gr., el empleo de violencia sobre la víctima, será suficiente título para atribuir al resto de los coautores un delito tentado sin atender a la circunstancia de que dicha ejecución fue frustrada por la intervención salvadora de un tercero (la policía, por caso).

Por el contrario, la llamada “solución individual” restringe dicha posibilidad de atribución de responsabilidad al que efectivamente realizó su aporte, mientras que el resto de los participantes permanecerán impunes. Entendemos, de conformidad a la doctrina dominante[89], que la tentativa habrá de empezar con la actuación del primer ejecutor, es decir, el que actúa de manera típica, siendo suficiente ello para atribuirle al resto de los consortes el delito tentado[90].

Existe una tercera postura, llamada “solución individual modificada”, que parte de la concurrencia de los siguientes requisitos: a) el coautor debe tener la voluntad para provocar el resultado común mediante una actuación conjunta; b) además, debe tener la voluntad de realizar su contribución individual a dicha ejecución común; y, c) cada uno debe realizar dicha contribución individual durante la fase de ejecución[91].

Rudolphi sostiene que la voluntad delictiva expresa por el participante al momento de la celebración del acuerdo no resulta suficiente para fundamentar una tentativa de coautoría. En este sentido, la solución individual no conduce a la impunidad, porque el que participa en la fase preparatoria con una contribución puede ser calificado de partícipe, en lugar de coautor. La punición de la tentativa exige también una contribución inmediata en la realización del hecho conjunto.

Los partícipes realizan su aporte en un momento previo al de la realización del hecho, en función del plan conjunto, por este motivo no pueden ser confundidos con los coautores[92].

## VI. Causales de agravación de la pena basada en la pluralidad de agentes [\[arriba\]](#)

La causal de agravación de la pena prevista por el inciso d) del cuarto párrafo del art. 119 [el hecho fuere cometido por dos o más personas] regula la clásica forma de coautoría[93]. Esta cláusula de agravación de la pena también está regulada en el Código Penal alemán (§§ 176a II, N° 2; y 177, párrafo segundo, apartado 2) y en el Código Penal español (arts. 180, párrafo primero, apartado segundo; y 183, párrafo cuarto, inciso b). El fundamento del agravante radica en la participación de dos o más personas que influye directamente en las posibilidades de defensa de la víctima[94]. Nuestro código penal es prolífero en la regulación de supuestos donde la participación plural agrava el contenido de lo injusto: por ejemplo, en los delitos contra la propiedad, el concepto de “banda”[95] permite graficar que el fundamento de esta modalidad comisiva del delito patrimonial descansa sobre el mismo fundamento que la causal de agravación aquí analizada, es decir, la pluralidad de agentes disminuyen de manera considerable la capacidad de defensa de la víctima. La probabilidad de ensayar una defensa adecuada contra la agresión sexual llevada a cabo por dos o más personas hacen prácticamente infructuosa cualquier tipo de reacción, máxime si la víctima es una mujer, un menor de edad o una persona de edad avanzada o que presenta alguna discapacidad. Este fundamento permite explicar el porqué de equiparar la participación plural al uso o empleo de armas. En función de los dichos, entendemos que no basta una mera participación secundaria en la realización del hecho, sino que es menester que al menos los intervinientes hayan realizado de manera mancomunada el abuso sexual para calificarlo de coautoría[96]. Una primera hipótesis podría ser que adopten roles intercambiables donde el abuso sexual sea llevado de manera alternativa por ellos. Así puede ocurrir que uno de ellos sostenga a la víctima e impide cualquier tipo de defensa efectiva, mientras el otro la accede carnalmente y así alternen en esta modalidad de agresión sexual. También puede presentarse el supuesto donde uno lleva adelante la violencia, incluso incapacitando físicamente a la víctima, y el otro la acceda[97]. Además será necesario que la víctima haya estado en conocimiento de la presencia de una agresión cometida por una pluralidad de personas, ya que ello debe incidir en las probabilidades de oponer una resistencia idónea.

Un caso prístino de coautoría funcional se presentó en la agresión sexual sufrida por un miembro de las fuerzas armadas que consistió en una penetración digital y otra con un cuerpo extraño realizadas por otro integrante de dicha fuerza, mientras otros dos inmovilizan a la víctima en contra de su voluntad[98].

La postura que sostiene la posibilidad de apreciar este agravante aún en el caso de que los intervinientes no asuman todos ellos la calidad de coautores debe ser rechazada, porque la participación dolosa implica necesariamente una contribución o cooperación a un hecho ajeno (del autor), por ende, resultaría de

esto un supuesto de doble agravación de la pena en la hipótesis de castigar a los partícipes por su cooperación al hecho ajeno y, además, incrementarles sensiblemente la pena por el mismo hecho de participar de manera plural en la agresión sexual[99].

## VII. Autoría mediata en los delitos sexuales [\[arriba\]](#)

Si se rechaza, como lo hacemos en este trabajo, de calificar en general a los delitos sexuales de delitos de propia mano, podremos admitir sin mayores dificultades la posibilidad de apreciar la aplicación de la forma de autoría mediata a estos delitos. Tanto el que utiliza a un inimputable para llevar adelante la agresión o abuso sexual[100], como el que provoca o se aprovecha del error del sujeto de delante sobre el consentimiento de la víctima, en todos estos casos el sujeto de detrás debe ser calificado sin ambages como autor mediato de un delito de abuso sexual bajo la modalidad de acceso carnal[101]. La conjunción sexual entre el miembro viril y las zonas idóneas de penetración de la víctima se ha transformado desde la reforma en un modo de agresión que puede ser realizada por un autor mediato, es decir, el que se vale de un instrumento humano para menoscabar la integridad sexual de otro.

Algunos casos de autoría mediata que podemos mencionar son los siguientes:

El autor mediato se vale de un instrumento humano que actúa con error sobre el consentimiento de la víctima. Este caso suele presentarse con mayor asiduidad de lo que uno se imagina, en especial, en el marco de la explotación sexual. Por ejemplo, un cliente acude a una casa de tolerancia para mantener relaciones sexuales con una persona de otro sexo y el proxeneta le ofrece una mujer para satisfacer sus deseos sexuales previo abono del servicio. Salvo que el cliente supiese o debiera suponer que esa persona carece de autonomía para determinarse sexualmente, en muchos casos el ejercicio de la prostitución conlleva necesariamente una situación de servidumbre sexual o falta de capacidad de defensa de la víctima. En este caso, el cliente podría alegar a su favor un error de tipo (de las dos clases posibles) sobre la ausencia de consentimiento de la víctima cuando se tratase de la explotación de la prostitución forzada de otro. En cambio, el titular del negocio ilícito o el proxeneta deberían responder en este supuesto como autores mediatos de un delito de abuso sexual con acceso carnal, puesto que el desprevenido cliente ha sido utilizado como instrumento que actúa bajo error o directamente sin dolo para la ejecución del acceso carnal[102]. Al respecto, el dominio del hecho se identifica con un dominio por error, es decir, el autor mediato domina la realización del hecho, en este caso el abuso sexual violento, a través de un instrumento humano que actúa bajo error sobre la existencia de aquiescencia de la víctima o directamente obra sin dolo.

Otra manifestación del dominio del hecho del sujeto de detrás por actuación defectuosa del hombre de delante se configura en los casos de error de prohibición. Este supuesto, un poco más complicado y menos asiduo que el anterior, puede surgir cuando el ejecutor doloso ignora el carácter ilícito de su conducta, por ejemplo, un extranjero es introducido en un lupanar para mantener relaciones sexuales con terceros, pero desconoce que en el ordenamiento jurídico prohíbe mantener trato sexual con menores de determinada edad, siendo en su país de origen aceptable esa conducta. Un supuesto semejante se presenta en aquellos países donde se reprime las relaciones homosexuales entre mayores de edad, y el autor desconoce el alcance de dicha prohibición. También puede acontecer que ciertos comportamientos sociales sean aceptados en un lado y

prohibidos en otros, por ejemplo, la exhibición de los pechos de una mujer es considerado en las culturas nativas como una conducta socialmente permitida, mientras que dicho comportamiento podría subsumirse dentro de las previsiones del delito de exhibicionismo. Incluso en la actualidad es bastante frecuente que las personas de ambos sexos se desnuden en el marco de una campaña publicitaria o de concientización sobre alguna cuestión social o medioambiental problemática. En estos casos el conocimiento de la ilicitud de dicha conducta puede contarse como un caso de error de prohibición indirecto, ya que el sujeto conoce la ilicitud de su conducta, pero en el caso concreto comprende que dicho comportamiento no sería punible en función de la finalidad perseguida.

En el caso de las organizaciones criminales que operan en el ámbito de la explotación sexual y la trata de personas con idénticos fines se presenta un campo de acción propicio, según un sector de la doctrina, para la aplicación del llamado dominio por organización. Como se recordará, este dominio por organización es una de las formas que puede adquirir el dominio del hecho y su peculiaridad descansa, entre otros requisitos, en la fungibilidad de los ejecutores y la adaptación criminal de sus miembros. Claro que para poder hablar de un dominio por organización es condición sine qua non la presencia de una organización criminal y un poder de mando encabezado por el titular o directivo de dicha organización. En este punto, los problemas que presenta la aceptación de una coautoría funcional (especialmente la ausencia de un aporte esencial durante la fase de ejecución) pretenden ser superado mediante la admisión de esta forma de dominio del hecho. La marginalidad jurídica en la que se desarrolla este tipo de actividades organizadas, la presencia de un mando unificado, cierto grado de organización y estandarización de las funciones de cada uno de los miembros y la adaptación criminal de cada uno de ellos permite para algunos la posibilidad de fundamentar de manera satisfactoria una autoría mediata basada en el dominio por organización[103].

### **VIII. Autoría y participación mediante omisión [\[arriba\]](#)**

Hasta ahora nos hemos abocado al análisis de la modalidad comisiva de los delitos sexuales. Urge tratar acá la posibilidad de cometer esta clase de infracciones penales mediante una conducta de omisión. En torno de la naturaleza jurídica, contenido y alcance de la omisión existe una larga disputa en la doctrina que, por razones de la temática abordada en este trabajo habremos de eludir[104]. Sin embargo, conviene centrarse en los consensos que existen sobre el concepto de omisión. En primer término, debemos señalar que la conducta de omisión demanda que el autor haya tenido una posición de garante[105]: se distingue al garante de protección del garante de vigilancia[106]. La posición de garante que fundamenta el deber de actuar del autor puede basarse en los delitos sexuales en las relaciones de parentesco o de dependencia de la víctima respecto del autor. En el caso de los menores de dieciocho años, por lo general los padres, tutores, curadores, educadores o guardadores asumen una posición de garante (de protección) sobre la indemnidad sexual de aquéllos. Si bien la fuente que fundamenta dicha posición de garante proviene de la ley (los padres, en general, sean sanguíneos o adoptivos), también en los demás casos dicha posición se remonta a la propia asunción de dicha responsabilidad o bien a la sentencia judicial que así lo dispone. En este sentido debemos diferenciar los casos donde el propio garante es el que realiza el abuso sexual sobre su dependiente o protegido, en cuyo caso no resulta indispensable acudir a las reglas de la omisión porque estamos frente a una conducta de comisión; de los supuestos donde un tercero lleva a cabo dicho abuso sexual sobre el menor víctima o mayor incapaz gracias a la inobservancia del deber

de actuar del garante. En este último caso es donde la participación por omisión cobra su verdadera relevancia.

También la posición de garante puede originarse en la puesta en peligro de la víctima (caso de injerencia)[107], circunstancia que sucede cuando el obligado conduce a la víctima al lugar donde se produce la agresión sexual por parte de un tercero. En estos casos, la omisión de impedir el abuso sexual ha sido valorada como un acto de complicidad dolosa[108].

Está ampliamente admitido en la doctrina la inviabilidad del criterio del dominio final del hecho para delimitar la autoría de la participación en los delitos de omisión[109]. En particular dicho rechazo se basa primordialmente en la falta de dominio del autor sobre una causalidad inexistente en el delito de omisión. Aunque algunos autores y la doctrina judicial extranjera[110] han procurado homogeneizar el criterio del dominio final del hecho con la autoría en la omisión[111], la posición mayoritaria entiende que dicha compatibilización es infructuosa y, por ende, debe acudir a otros criterios materiales para definir la autoría en esta clase de comportamiento.

Al respecto se afirma en general que los garantes que omiten cumplir con su deber de actuar no habrán de ser considerados coautores, porque está ausente una decisión conjunta de realización del hecho, sumado a que cada uno de los omitentes puede serle atribuida la autoría por la propia infracción de ese deber, en consecuencia no puede predicarse de dicha omisión plural la división de tareas que caracteriza a la coautoría. Por el contrario, sí se admite una coautoría entre un hacer y un omitir, por ejemplo, cuando uno de los funcionarios penitenciarios le entrega al detenido la llave de la celda para favorecer su fuga, mientras el otro infringe su deber de cerrar la puerta principal[112].

Yendo al caso concreto, en los delitos sexuales que tienen por víctima a un incapaz se plantea el problema de delimitar la autoría de la complicidad, porque se debate en la doctrina cuál debe ser la calidad atribuible al que no impide dolosamente que un tercero abuse sexualmente de la persona protegida[113]. En la doctrina alemana esta cuestión dista de ser sencilla, ya que algunos consideran que el omitente deberá responder en calidad de coautor del delito sexual en caso de incumplir con su deber de evitar la agresión[114], aunque también se predica la complicidad[115]. También en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español esta problemática ha sido también ampliamente debatida, en especial, dicha discusión ha estado determinada por la calificación de los delitos sexuales como delitos de propia mano, en cuyo caso se le ha atribuido a la madre de las dos menores abusadas por la pareja de aquélla la calidad de cooperadora necesaria por no impedir la ejecución de los abusos sexuales contra sus hijas[116]. Sin embargo, en la comisión por omisión del delito de lesiones, la madre que permanece inmóvil o directamente no impide la agresión física contra sus hijos ha sido calificada de autora sobre la base de la infracción al deber de evitar el resultado lesivo[117].

Habremos de comenzar nuestro análisis con un fallo del Tribunal Superior alemán sobre el aspecto subjetivo del tipo de abuso sexual bajo la modalidad de acceso carnal[118]. Según los hechos probados, el autor había trasladado en auto a su amigo y a una mujer a un lugar determinado para mantuvieran relaciones sexuales. El acusado desconocía que la mujer había sufrido coacciones y violencia por parte de su amigo y que el trato sexual no había sido consentido. En este caso, el tribunal consideró que el deber de garante constituía un elemento general de valoración y, en consecuencia, el error del autor no alcanzaba para excluir el dolo.

El acusado conocía que la mujer había sido conducida a un lugar aislado, donde su amigo había aprovechado dicha circunstancia para agredir sexualmente a la desprotegida víctima. Esta decisión judicial no puede ser compartida, porque los elementos que fundamentan una posición de garante del autor deben ser alcanzados por el dolo del autor. En consecuencia, el desconocimiento de la situación coactiva por parte del conductor y de la posterior agresión sexual llevada a cabo por su compañero excluye la posibilidad de apreciar una omisión dolosa.

En caso de que el titular del deber de actuar haya prestado sólo actos de apoyo o de mera cooperación favoreciendo la comisión del delito sexual de otro, el art. 133 dispone de modo bastante novedoso: “Los ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y cualesquiera persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título serán reprimidos con la pena de los autores.” En realidad este dispositivo no agrega nada nuevo al compararlo con la regulación de la participación del art. 45 del Cód. Penal. Ello así, porque en nuestro sistema legal el autor como el partícipe tiene asignada la misma escala penal. En consecuencia, cualquier acto de complicidad necesaria (salvo la no necesaria, en cuyo caso nos sitúa en la hipótesis prevista por el art. 46 del Cód. Penal que regula la participación secundaria con una disminución obligada de pena, aunque es discutible[119]) para la comisión de un delito sexual debe ser valorado como un acto de favorecimiento o determinación de lo injusto ajeno, cuya pena es la prevista para el autor.

Contra lo que pudiese pensarse, el art. 133 no equipara en estos casos de participación dolosa en delitos sexuales la calidad de partícipe a la del autor, sólo establece una equivalencia punitiva, propia a la ya prevista por las reglas generales que regulan dicha materia (art. 45 Cód. Penal). Tampoco este dispositivo ayuda a superar el grave problema de carecer nuestra legislación de una regulación expresa de la omisión. Los códigos penales modernos establecen cláusulas de equiparación o equivalencia entre la comisión y la omisión, pero nuestra ley penal nada dice al respecto, salvo la regulación específica del delito de abandono de persona (art. 106) que lejos está de solucionar los inconvenientes generados por la comisión por omisión y la constitución de la posición de garante.

#### **IX. Autoría y participación en el delito de estupro (art. 120 Cód. Penal) [\[arriba\]](#)**

Al tratarse de un delito común, no existen restricciones en cuanto a la aplicación de las formas de autoría. El error del autor sobre la edad de la víctima excluye la tipicidad y así sella su impunidad. Por lo demás, rigen las reglas de participación criminal de los arts. 45 y 46 del Cód. Penal.

#### **1X. Autoría y participación en los delitos de promoción y facilitación de la corrupción (art. 125 Cód. Penal) [\[arriba\]](#)**

El art. 125 del Cód. Penal regula tres hipótesis distintas de corrupción de personas: el primer párrafo castiga al que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años; el segundo párrafo castiga al que realizare cualquiera de las conductas alternativas mencionadas con un menor de trece años (supuesto de agravación de la pena); y, por último, cuando el autor se haya valido de “engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o

coerción, como también, si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda.”

En el primer párrafo del art. 125 en comentario se excluye de toda eficacia jurídica al consentimiento prestado por el menor de dieciocho años. De esta manera el mayor de trece años hasta su mayoría de edad no puede disponer irrestrictamente de su autodeterminación sexual para participar en actos con entidad corruptora. La idea de indemnidad sexual surge acá con énfasis para comprender el contenido y alcance de la tutela penal. En una primera aproximación, podemos observar que el legislador prevé la hipótesis de que el menor de dieciocho años haya prestado su conformidad para participar de los actos de corrupción, lo cual sitúa a este delito en uno de los llamados de “participación necesaria”. Bajo esta denominación la doctrina desea referenciar los casos donde los tipos penales se construyen sobre la base de la participación conjunta de varias personas[120]. En este caso, el fin de protección de la norma consiste en tutelar el normal desarrollo de la personalidad sexual del sujeto pasivo menor de dieciocho años, en cuyo caso su participación voluntaria en los actos de promoción o facilitación de la corrupción resulta ineficaz a la vez de impune.

Desde la óptica de la autoría, estos delitos pueden ser cometidos por cualquiera, salvo en la hipótesis del tercer párrafo que demanda una calidad específica en el autor, esto es, que se tratase de un ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda. En estos casos, el contenido de lo injusto se agrava por la especial relación o vínculo afectivo, de confianza o de autoridad establecido entre el autor y la víctima. Cualquiera de las personas mencionadas asume un papel de garante sobre la persona de la víctima, máxime cuando se trata de un menor de edad, y responden en esa calidad por comisión por omisión cuando no evita que un tercero promueva o facilita la corrupción sexual del sujeto pasivo.

Puede admitirse la participación en los casos donde el interviniente se limita a prestar al autor una ayuda o cooperación necesaria, por ejemplo, el que aporte el material pornográfico para ser utilizado por el autor para la promoción de la corrupción del menor. Si los actos corruptores consisten en exhibiciones sexuales explícitas, los que participan de ellas deberán responder en calidad de autores de este delito. A diferencia de la conducta reprimida por el art. 128, tercer párrafo, del Cód. Penal, el autor del delito de corrupción de menores debe actuar motivado con el ánimo de corromper al menor de edad. La naturaleza del acto sexual, su intensidad, duración o exposición del menor de edad a dichos actos permitirá delimitar una figura de otra, extremo que dista de ser sencillo en la praxis[121].

## **XI. Prostitución forzada, trata de personas y organizaciones criminales [\[arriba\]](#)**

Los arts. 125 bis, 126 y 127 del Código Penal se reprimen en su conjunto la explotación sexual de terceros, sean mayores o menores de edad. Por lo general, detrás de la explotación sexual forzada de terceros están actuando organizaciones criminales perfectamente coordinadas y mancomunadas en distintas actividades que van desde la trata de personas con fines de explotación sexual, la captación violenta o fraudulenta de personas menores de edad, de extranjeros o de mayores de edad hasta la promoción y la facilitación del ejercicio de la prostitución forzada[122]. El ámbito de actuación de estas organizaciones criminales trasciende comúnmente el ámbito provincial o nacional y se transforma en auténticos delitos internacionales.

En materia de participación criminal se plantean ciertos interrogantes sobre el grado de responsabilidad de la actuación de los jefes o directivos y demás miembros de estas asociaciones criminales. Las respuestas ensayadas al respecto han sido las siguientes:

— Responsabilidad de los directivos y miembros como coautores funcionales: Esta solución jurídica desde el punto de la responsabilidad autoral implica reconocer que cada uno de los integrantes de la asociación criminal se comporta como un auténtico coautor, claro está que cada uno de ellos cumplen dentro del ámbito de actuación de esta organización un papel o función semejante o distinta en virtud de alcanzar la meta criminal fijada por la agrupación delictiva. La responsabilidad de los jefes de esta clase de organizaciones criminales estaría basada en la concepción dogmática del llamado “jefe de la banda”, es decir, el que planifica, coordina y ordena el funcionamiento de este tipo de organizaciones criminales. De acuerdo a esto no sería menester que el jefe de la organización realice de manera personal algunos de los componentes esenciales que integran el contenido de lo injusto de este tipo de delitos dolosos, ya que precisamente el poder de mando sobre la dinámica que adopta la criminalidad organizada en estos y otros casos le reconoce una función centralizada y determinante para la autoría. Los problemas que se presentan por lo general con esta clase de responsabilidad autoral se proyectan principalmente en la falta de participación durante la fase de ejecución. La ausencia del directivo de la organización durante la ejecución de los distintos tramos que componen el amplio espectro de la explotación sexual forzada de terceros se erige como el principal blanco de críticas sobre la admisión de esta forma de autoría. Las demás objeciones centradas en la ausencia de un acuerdo común entre todos los integrantes de la organización no representa en puridad una crítica atendible, ya que este tipo de organizaciones se caracterizan por funcionar de manera autónoma y anónima, es decir, difícilmente todos los integrantes puedan estar al corriente o conocer de manera pormenorizada las diversas actividades o alcances de los actos criminales llevados a cabo por la organización. Quien se encarga de captar a las víctimas de manera violenta o fraudulenta por lo general no conoce su destino final y menos aún quiénes son las personas encargadas de expoliarlas sexualmente, aunque cada uno de ellos cometa con dicha conducta típica un delito contra la libertad (sexual o ambulatoria) en calidad de coautor.

— *Responsabilidad de los directivos como autores mediatos y los miembros como coautores funcionales*: A merced de la aplicación de la autoría mediata basada en el dominio por organización, conforme a la tesis propuesta por Roxin en la década del sesenta, los directivos de las organizaciones criminales deberán responder como autores mediatos. De acuerdo a las últimas contribuciones de Roxin a este dominio de organización[123], se suma ahora a los criterios de fungibilidad y de marginalidad jurídica la propuesta de Schroeder sobre la disposición incondicional del ejecutor. A partir del reconocimiento expreso por parte de este autor sobre la insuficiencia de los criterios utilizados para fundamentar un dominio de organización como forma independiente de autoría mediata, se propone adicionar ahora el mencionado requisito de disposición incondicional del ejecutor. Dicha complementación se basa en la distinta situación en la que se encuentra el ejecutor dentro de un aparato organizado de poder en comparación con un ejecutor independiente. El primero se encuentra sujeto a distintas presiones que, si bien no alcanzan el grado de excluir su responsabilidad, lo hacen más predispuesto para la comisión del delito, lo cual, en su conjunto, aumenta la



probabilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho del hombre de detrás[124].

Esta nueva forma de autoría mediata ha tenido una amplia aceptación en la dogmática penal internacional[125].

También se analizó la posibilidad de aplicar la autoría mediata por error del instrumento cuando el cliente abona el servicio sexual prestado por un tercero desconociendo abiertamente la situación de violencia en la que se encuentra inmersa la víctima. Para este caso será necesaria acudir a parámetros objetivos que permitan excluir de manera razonable dicha ignorancia o desconocimiento para poder situar al cliente en un caso de instrumentalización por parte de otro. La existencia de confinamiento, libertad restringida o vigilada, víctimas atadas o drogadas, son sólo algunos de los parámetros que deben ser tenidos en cuenta para excluir dicha instrumentalización y así poder aplicar directamente esta figura agravada de promoción o facilitación de la prostitución ajena. En el caso de menores de edad, dicha condición autoriza por sí sola excluir la autoría mediata del sujeto de detrás en relación con la acción del cliente, pero bien puede suceder que dicha minoridad no siempre sea fácil determinar en la hipótesis de menores de dieciséis o diecisiete años, cuando la contextura física podrá indicar lo contrario y conducir a error al sujeto activo de este delito.

Sin perjuicio de todo lo dicho, también resultarían aplicables las reglas de la participación criminal en un sentido amplio. De esta forma, los dirigentes de dichas organizaciones criminales podrían responder en calidad de inductores o partícipes primarios[126].

## **XII. Autoría y participación en los delitos de distribución de imágenes pornográficas de menores de dieciocho años (art. 128 Cód. Penal) [\[arriba\]](#)**

El art. 128 del Cód. Penal reprime al que “[...] produjere, finanziare, ofreciere, comerciare, pubblicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.”

Desde el punto de vista de la participación, se trata de un delito común que admite la coautoría y la autoría mediata. Los comportamientos típicos previstos por este art. 128 del Cód. Penal pueden ser realizados de manera conjunta y coordinada con varias personas, en cuyo caso habrá de aplicarse las reglas que regulan la coautoría. Se trata de conductas alternativas que abarcan todo el arco posible de contribuciones que culminan con la divulgación o distribución de imágenes prohibidas por esta norma. También será posible apreciar la autoría mediata cuando el sujeto de detrás haya utilizado a un instrumento para la comisión de algunas de las conductas reprimidas por este dispositivo, por ejemplo, que el financista o el distribuidor de las imágenes prohibidas desconozca que el dinero aportado tuviese como finalidad la producción de dichas imágenes, o bien que, por el formato elegido, no fuese posible advertir fácilmente el contenido ilícito de las imágenes distribuidas. Esto último puede ocurrir también cuando se utilizan programas informáticos que permiten compartir material informático con otros usuarios, aunque por lo general la función y prestación de estos programas están ampliamente extendidos entre los cibernautas (especialmente entre los pedófilos), ello no impide apreciar casos donde el agente haya actuado sin dolo por

desconocimiento del contenido prohibido del material compartido, o bien que no haya tenido el propósito de difundirlos[127].

Un problema adicional que se presenta con el uso de medios informáticos está vinculado a la responsabilidad de los propietarios de los servidores o prestadores de este servicio de la internet. La cláusula de limitación de la responsabilidad prevista por el art. 49 del Cód. Penal que dispone: “No se considerarán partícipes de los delitos cometidos por la prensa a las personas que solamente prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta”, no se aplicaría, en principio, a los casos de distribución de material pornográfico con la participación de menores de dieciocho años, cuando los titulares de esos servicios tuviesen conocimiento de dichas actividades ilícitas. En estos casos entendemos que, si bien el art. 49 del Cód. Penal no pudo tener en consideración la era digital y su regulación específica obedecía principalmente a resguardar la libertad de difusión de ideas u opiniones en los medios gráficos, en la actualidad existe una fuerte tendencia legislativa a estrechar los recaudos para que los responsables o titulares de los servicios informáticos deban realizar un control exhaustivo sobre la distribución de los contenidos pornográficos no permitidos[128].

En este sentido, la Directiva 2011/92 del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil[129] y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo ha señalado:

“(46) La pornografía infantil, que consiste en imágenes de abusos sexuales a menores, es un tipo de contenido específico que no puede considerarse la expresión de una opinión. Para combatirla es necesario reducir la difusión de material de abusos sexuales de menores dificultando la carga de tales contenidos por los delincuentes en redes de acceso público. Por lo tanto, es necesario emprender una acción para retirar tales contenidos y detener a las personas culpables de la difusión o descarga de imágenes de abusos a niños. Con miras a apoyar los esfuerzos de la Unión en la lucha contra la pornografía infantil, los Estados miembros deben hacer todo cuanto esté en su mano por cooperar con terceros países para asegurar la retirada de tales contenidos de los servidores que se encuentren en el territorio de estos.”

“(47) Ahora bien, a pesar de este esfuerzo, la retirada de contenidos de pornografía infantil a menudo no es posible cuando los materiales originales no se encuentran en la Unión, ya sea porque el Estado en que se encuentran los servidores no está dispuesto a cooperar o porque el obtener del Estado en cuestión la retirada del material resulta particularmente lento. También pueden crearse mecanismos para bloquear el acceso desde el territorio de la Unión a las páginas de Internet identificadas que contengan o difundan pornografía infantil. Las medidas adoptadas por los Estados miembros de conformidad con la presente Directiva con miras a retirar o, en su caso, bloquear los sitios web que contengan pornografía infantil pueden basarse en varios tipos de acciones públicas, como pueden ser: legislativas, no legislativas, judiciales u otras. En ese sentido, las disposiciones de la presente Directiva se entienden sin perjuicio de la acción voluntaria emprendida por las empresas de Internet para evitar un uso indebido de sus servicios, o de cualquier apoyo a una acción de estas características por parte de los Estados miembros. Cualquiera que sea la base de la acción o el método que se haya elegido, los Estados miembros deben velar por que ofrezca un nivel adecuado de seguridad jurídica y previsibilidad para los usuarios y los proveedores

de servicios. Debe entablarse y reforzarse la cooperación entre las autoridades públicas, tanto con vistas a la retirada como al bloqueo de los contenidos de abusos contra menores, con el fin de garantizar que las listas nacionales de sitios web que contienen material pornográfico infantil sean lo más completas posible, y de evitar la duplicación de tareas. Tales acciones deben respetar los derechos de los usuarios finales, conforme a los procedimientos judiciales y legales existentes y cumplir el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El Programa «Safer Internet» (una Internet más segura) ha creado una red de líneas directas cuyo objetivo es recoger información y garantizar la cobertura y el intercambio de informes sobre los principales tipos de contenidos ilegales en línea.”

El segundo párrafo del art. 128 castiga el delito de posesión de material pornográfico que contenga la representación de menores de dieciocho años con fines de comercialización. Se trata de un delito de propia mano. La autoría requiere en este caso la acción de poseer el material prohibido que, por su naturaleza, exige una relación de dominio entre el poseedor y el objeto de la acción. El autor debe tener dentro de su ámbito personal el material pornográfico cuya posesión se reprime. Por lo general, dicho material puede estar almacenado en su propio ordenador, o bien el autor tener libre acceso a su utilización.

Por último, el tercer párrafo del artículo en comentario reprime la acción de facilitar el acceso a espectáculos pornográficos o suministrar material pornográfico a menores de catorce (14) años. Ambas acciones de facilitar y suministrar pueden ser cometidas por cualquier sujeto, entonces se trata de delitos comunes. Facilita el autor que permite el ingreso al espectáculo pornográfico como el que tolera su presencia. Por su parte, la acción de suministrar importa poner a disposición del menor de edad el material pornográfico vedado. Ambos delitos admiten la coautoría y la autoría mediata. En especial, el error del instrumento sobre el carácter pornográfico del espectáculo o la calidad del material suministrado al menor podrán fundamentar una autoría mediata, extremo que también se presenta cuando el sujeto de delante actúa bajo coacción o se trata de un inimputable.

### **XIII. Autoría y participación en los delitos de exhibiciones obscenas (art. 129 Cód. Penal) [\[arriba\]](#)**

El delito de exhibiciones obscenas regula dos conductas alternativas: “[...] el que ejecutare o hiciese ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros.” La primera de ellas, es decir, el ejecutar actos de exhibiciones obscenas constituye un auténtico delito de propia mano<sup>[130]</sup>. Su particularidad descansa en la necesidad de que el autor haya ejecutado personalmente la acción de exhibirse de manera obscena frente a terceros. Así pues, acá parece imposible a primera vista admitir la autoría mediata, ya que el que coacciona a otro o se sirve de un incapaz para realizar las exhibiciones obscenas no realiza de manera personal el acto de exhibicionismo. Respecto de la coautoría cabe hacer las mismas consideraciones, ya que aunque existe un acuerdo de voluntades entre los protagonistas para ejecutar de manera mancomunada la acción típica, en cuyo caso sería menester que todos los participantes hayan exhibido parte de sus zonas genitales a la vista del público, deberán responder como autores individuales. Todos aquellos que cooperan dolosamente en despojar al exhibidor de sus ropas deberán responder en calidad

de cómplices primarios. La inducción consistirá en este caso en determinar a otro a exhibirse de manera obscena (art. 45, in fine, Cód. Penal).

También el art. 129 del Cód. Penal regula otra alternativa de conducta típica que consiste en ejecutar ese acto de exhibición en otra persona. Entendemos que acá esta figura regula de manera expresa un caso de autoría mediata, porque el autor debe hacer ejecutar a otro el acto de exhibición típico. La redacción utilizada por el legislador en este art. 129 no deja margen de duda la represión de la conducta de exhibición obscena llevada a cabo por un tercero en el marco de una situación de coacción al menos, aunque bien podría incluirse en este apartado los supuestos donde el instrumento actúa bajo error o se aprovecha de un incapaz. Si el autor obliga a la víctima a desnudarse en la vía pública, o bien se abusa de la incapacidad de un menor de edad o inimputable, así como cuando el autor lo induce a error sobre las circunstancias del acto de exhibición, supóngase que la víctima haya sido determinada por el error de que el desnudo tenía por finalidad denunciar la matanza de algún animal por el uso de su piel, en todos estos casos se trata de un supuesto de autoría mediata, puesto que acá las reglas derivadas del principio de accesoriedad permitirían la impunidad del autor mediato. Si la víctima obró por error y pensó que la exhibición no era obscena, sino que tenía por finalidad llamar la atención sobre un problema puntual, entonces el autor habría realizado una conducta no típica, y así la inducción sería impracticable en este caso. En el supuesto de los inimputables en general, si bien el citado principio de accesoriedad autorizaría una atribución en calidad de inductor al sujeto de detrás, lo cierto es que el contenido de lo injusto de dicho comportamiento no quedaría satisfecho por esa alternativa, ya que el autor mediato se valió de un instrumento incapaz de culpabilidad (inimputable) para afectar el bien jurídico protegido.

Si no concurren algunos de los supuestos que justifican la admisión de la autoría mediata, entonces el que determina a otro a realizar un acto de exhibicionismo deberá responder en calidad de inductor (art. 45, in fine, del Cód. Penal).

#### **XIV. Autoría y participación en el delito de rapto sexual (art. 130 Cód. Penal) [\[arriba\]](#)**

Básicamente este delito consiste en privar o retener a una persona mediante violencia o engaño con la finalidad de menoscabar su integridad sexual. La privación de la libertad que padece la víctima exige, desde el punto de vista de la tipicidad subjetiva, que el autor cometa este delito con una intención específica: atentar contra la integridad sexual de la persona privada de su libertad. Al tratarse de un delito de tendencia, el especial elemento subjetivo que impregna el accionar del autor restringe el ámbito de la autoría. De esta forma, la autoría demanda que el autor de la privación de la libertad lo haga en el cumplimiento o satisfacción de un ánimo libidinoso, es decir, afectar la integridad sexual de la víctima. La presencia de este especial elemento subjetivo lo distingue a su vez de las otras figuras delictivas cuyo contenido de lo injusto participan precisamente de la privación ilegítima de la libertad de otro (arts. 140, 141, 142, 142bis, 142ter y ss. Cód. Penal).

Al tratarse de un delito permanente, se admite la posibilidad de participar en este delito hasta tanto cese el estado de antijuricidad de la privación o retención de la víctima. Los comportamientos de favorecimiento del rapto sexual habrán de ser considerados como actos de autoría, ya que la finalidad especial de menoscabar la integridad sexual no demanda que sea para el propio autor o un tercero. Responderá como autor el que prive a la víctima de su libertad con la finalidad de

menoscabar su integridad sexual, como el que ejerce la violencia o el engaño, así como el que posibilita que la víctima permanezca privada de su libertad con el propósito señalado.

#### **XV. Exceso del autor y su influencia en la participación** [\[arriba\]](#)

En materia de participación, el art. 47 del Cód. Penal regula el exceso en la participación. El alcance de los efectos jurídicos de esta norma también alcanzan a los coautores<sup>[131]</sup>, ya que si bien el artículo en comentario se refiere “al acusado de complicidad” en el hecho cometido por el autor, no existen objeciones dogmáticas para ampliar su aplicación a los demás autores, máxime cuando el aspecto subjetivo de la participación debe estar presente en igual medida y alcance en los tipos de participación en general. Tanto el coautor como el autor mediato pueden ser favorecidos por la disminución punitiva derivada de la aplicación del art. 47, cuando hubiese un exceso en la ejecución por parte de uno de los coautores o del instrumento humano. De esta manera, se restringe la responsabilidad penal del autor o partícipe cuando éste sólo quiso participar de un delito menos grave que el cometido por el autor<sup>[132]</sup>. En función de esto, el delito de privación ilegítima de la libertad del art. 141 del Cód. Penal presenta un grado mayúsculo de homogeneidad normativa con la figura en comentario, salvo desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas. Por este motivo, en caso de comprobarse en el caso concreto que el cómplice o partícipe se representó y quiso cooperar en una privación ilegítima de la libertad de otro (cuya pena de prisión se extiende desde seis a tres años) en lugar de participar en un delito de rapto sexual (reprimido con una pena de prisión de uno a cuatro años). Abona este campo la materia del error sobre la calidad etaria de la víctima, en cuyo caso el error invencible o vencible del partícipe sobre la edad real de la víctima tendrá el efecto de excluir el contenido de lo injusto más gravoso, aplicándose la figura básica.

#### **XVI. Comunicabilidad de las circunstancias de atenuación y agravación de la pena** [\[arriba\]](#)

El art. 48 del Cód. Penal regula la comunicabilidad de las circunstancias de atenuación y agravación de la pena en la participación. Por regla general, las circunstancias de atenuación de la pena no son comunicables y sólo se apliquen en aquellos partícipes en los que concurre la causal de atenuación de la responsabilidad penal.

Por su lado, las circunstancias, relaciones y calidades que agravan la responsabilidad penal son comunicables al resto de los intervinientes en el delito sólo bajo la hipótesis de su conocimiento por parte de aquéllos. Los delitos de abuso sexual contemplados por los párrafos segundo y tercero (sometimiento sexual gravemente ultrajante y acceso carnal) se agravan cuando hayan sido cometidos por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda. Esta causal de agravación de la pena se basa en el mayor grado de injusto representado por el vínculo de familia, confianza o autoridad que une al autor con la víctima. Si el partícipe no cualificado (extraneus) tenía conocimiento al momento de cometerse la agresión sexual del especial vínculo que existía entre el autor y la víctima, entonces deberá responder por el injusto más grave, ello en función de la aplicación de las reglas de la accesoriedad limitada. En caso contrario, la falta de conocimiento del partícipe sobre la relación del autor con el ofendido impide la agravación de ese injusto típico. Idéntica valoración debe

hacerse cuando la agresión sexual en la modalidad de promoción o facilitación violenta de la corrupción de otro es llevada adelante por las personas mencionadas (art. 125, tercer párrafo, Cód. Penal); o bien cuando se tratase de la comisión del delito de promoción o favorecimiento de la prostitución por parte de aquéllas (art. 125bis, tercer párrafo, del mismo texto legal).

Idéntica apreciación cabe realizar respecto de la causal de agravación de la pena por el peligro de contagio de una enfermedad de transmisión sexual grave (art. 119, cuarto párrafo, inc. c). Si el partícipe conoce que el autor padece dicha enfermedad de transmisión sexual grave y no adoptó las medidas necesarias para evitar el contagio de la víctima, entonces deberá responder por el injusto más grave. Otro tanto cabe predicar respecto de la causal de agravación por la calidad de funcionario policial del autor de la agresión sexual. El conocimiento de dicha calidad del autor por parte del partícipe autoriza la aplicación del art. 48 y así la comunicabilidad de la mayor responsabilidad penal de aquél.

Por último, el art. 130 del Cód. Penal reprime la conducta del rapto sexual, cuya constitución típica exige que el autor haya actuado con un ánimo especial, es decir, con la intención de menoscabar su integridad sexual. La intencionalidad especial que debe perseguir el autor hace necesario que el partícipe también haya tenido conocimiento de esta especial tendencia de la voluntad del autor, de lo contrario debería serle atribuido, por aplicación del art. 48, una responsabilidad menor, por ejemplo, una participación en el delito de privación ilegítima de la libertad regulado por el art. 141 del Cód. Penal.

## **Bibliografía**

Aboso, Los límites de la autoría mediata, Bdef, Buenos Aires- Montevideo, 2012.

– Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual, Bdef, Buenos Aires-Montevideo, 2013.

– Derecho penal sexual, Bdef, Buenos Aires-Montevideo, 2014.

Ambos (coord.), Malarino/Guzmán/Gil Gil/Meini/López Díaz, Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, Un estudio comparado, Temis, Bogotá, 2008.

Ambos, “Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones”, trad. Cancio Meliá, originalmente publicado en una versión más reducida en *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, N° 5/1998.

– La parte general del derecho penal internacional, Bases para una elaboración dogmática, trad. de Ezequiel Malarino, Duncker & Humblot, Konrad Adenauer Stiftung, Temis, Montevideo, 2005.

Arocena, Ataques a la integridad sexual, Astrea, Buenos Aires, 2012.

Arroyo Zapatero, Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 25-43.

Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht. Besonderer Teil. Lehrbuch, 2. Aufl., Giesecking, Bielefeld, 2009.

Baldó Lavilla/Vicente Remesal y otros, “Autoría o participación en determinados supuestos de «vigilancia»”, Revista Poder Judicial, 2º Época, Nº 27, septiembre (1992), Consejo General del Poder Judicial, pp. 189-216.

Bauer, Vorbereitung und Mittäterschaft (bei Herrschaftsdelikten), VVF, München, 1996.

Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Band III. Der Irrtum, Neudruck der Ausgabe Leipzig, 1918, Scientia Verlag Aalen, 1965.

Blanco Cordero, “El error in persona del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal del inductor”, en Homenaje al Dr. Mariano Barbero Santos in memoriam, Vol. I, Luis A. Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, pp. 847-858.

Bloy, “Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung”, Goldammer’s Archiv für Strafrecht, 1996, pp. 425-442.

Bolea Bardón, Autoría mediata en derecho penal, Tirant Monografías, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

— La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencial, Atelier, Barcelona, 2004.

Bottke, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft. Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems, C. F. Müller, Heidelberg, 1992.

Bringewat, Grundbegriffe des Strafrechts. Grundlagen. Allgemeine Verbrechenlehre. Aufbauschemata, 1. Aufl., Nomos, Baden, 2003.

Bustos Ramírez, Manual de derecho penal, Parte General, 4ª. ed., PPU, Barcelona, 1994.

Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, Lecciones de Derecho Penal, vol. II, Trotta, Madrid, 1999. Muñoz Conde, Teoría general del delito, 4ª. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Cerezo Mir, Derecho penal. Parte general, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2008.

Chen, Das Garantensonderdelikt. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Unterlassungsdelikte und der Sonderdelikte, Duncker & Humblot, Berlin, 2006.

Cuello Contreras, El derecho penal español. Parte general, Vol. II, Teoría del delito (2), Dykinson, Madrid, 2009.

D' Alessio, Código Penal de la Nación. Comentado y anotado, Mauro A. Divito (coordinador), 2ª ed., tomo II, Parte Especial, Arts. 79 a 306, La Ley, Buenos Aires, 2009.

Dencker, Kausalität und Gesamttat, Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 99, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

Ebert, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3., neubearb., Schaeffers Grundriss, Müller, Jur. Verl., Heidelberg, 2001.

Faraldo Cabana, Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, Tirant Monografías, n° 302, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Fernández Ibáñez, La autoría mediata en aparatos organizados de poder, Estudios de Derecho Penal y Criminología, dirigidos por Carlos María Romeo Casabona (N° 80), Comares, Granada, 2006.

Fierro, Teoría de la participación criminal, 2ª. ed., Astrea, Bs. As. 2001.

Freund, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre, Springer, Berlin, 1998.

Frister, Strafrecht. Allgemeiner Teil, C. H. Beck, München, 2006.

García del Blanco, La coautoría en derecho penal, Tirant monografías N° 427, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

Gimbernat Ordeig, Autor y cómplice en derecho penal, Maestros del Derecho Penal N° 20, Gonzalo D. Fernández (director), Gustavo E. Aboso (coordinador), Bdef, Buenos Aires, 2006.

Gómez Rivero, La inducción a cometer el delito, Tirant Monografías, Valencia, 1995.

Gössel, Das neue Sexualstrafrecht, Eine systematische Darstellung für die Praxis, De Gruyter Recht, Berlin, 2005.

Gracia Martín, "La comisión por omisión en el derecho penal español", Actualidad Penal N° 38/16 (1995), pp. 684-715.

Gropp, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Springer, Berlin/Heidelberg, 2005.

Habenicht, Die Beteiligung an sexuellen Gewalttaten unter besonderer Berücksichtigung der Doktrin von den so genannten „eigenhändigen“ Delikten, Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht, N° 103, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2009.



Heinrich, Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft, Münchener Universitätschriften. Reihe der Juristischen Fakultät, Band 168, C. H. Beck, München, 2002.

Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen, C. H. Beck, München, 1977.

– “Eigenhändige Delikte”, Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, Vol. 82 (1970), pp. 896-947.

– “Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme”, Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, Vol. 99 (1987), pp. 53- 85.

Hillekamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1971.

Hörnle, “Wider das Dogma vom Finalzusammenhang bei Raub und sexueller Nötigung”, Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Herausgegeben von Hans-Ulrich Paeffgen, Martin Böse, Urs Kindhäuser, Stephan Stübinger, Torsten Verrel und Rainer Zaczyk, Schriften zum Strafrecht, Heft 215, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, pp. 1143-1161.

Huber, Die mittelbare Täterschaft beim gemeinen vorsätzlichen Begehungsdelikt, N° 26, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1995.

Hünerfeld, “Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland”, Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, Vol. 99 (1987), pp. 228-250.

Jakobs, Derecho penal. Parte general, trad. por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995.

Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

– Tratado de derecho penal. Parte general, trad. de Miguel Olmedo Cardenete, 5a. ed., Comares, Granada, 2002.

Joerden, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.

Jubert, “Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales/Jurisprudencia, 1995, t. I, pp. 657-683.

Kieler, Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Mißbrauch widerstandsunfähiger Personen, Juristische Reihe Tenea, Bd. 52, Universität Osnabrück, 2002.

Kindhäuser, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2006.

Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Springer, Berlin, 1997.

Kraatz, Die fahrlässige Mittäterschaft. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Zurechnungslehre auf der Grundlage eines finalen Handlungsbegriffs, Strafrechtliche Abhandlungen Neue Folge- Band 175, Duncker & Humblot, Berlin, 2006.

Kreß, "Claus Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht", Goltdammer's Archiv für Strafrecht, Vol. 5/2006, pp. 304-310.

Kudlich, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Beck, München, 2006.

Kühl, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Verlag Vahlen, München, 2005.

Kuhlen, "Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen", Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Herausgegeben von Hans-Ulrich Paeffgen, Martin Böse, Urs Kindhäuser, Stephan Stübinger, Torsten Verrel und Rainer Zaczyc, Schriften zum Strafrecht, Heft 215, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, pp. 669-683.

Küper, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Heidelberg - Hamburg, 1978.

– "Mittelbare Täterschaft, Verbotsirrtum des Tatmittlers und Verantwortungsprinzip-Zugleich zu BGH, 15. 0. 1988- 4 StR 352/88 ('Katzenkönig'-Urteil-)", Juristenzeitung, Heft 20/1989, pp. 935-949.

Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 26 Aufl., C. H. Beck, München, 2007.

Lampe, "Tätersysteme: Spuren und Strukturen", Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, Vol. 119 (2007), pp. 471-518.

Letzgas, Vorstufen der Beteiligung. Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 12, Duncker & Humblot, Berlin, 1972.

Maqueda Abreu, Los delitos de propia mano. Críticas a su fundamentación desde una perspectiva dogmática y político-criminal, Madrid, 1992.

Marlie, Unrecht und Beteiligung. Zur Kritik des Tatherrschaftsbegriffs, Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen (NF), Band 58, Nomos, Baden-Baden, 2009.

Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband I, 9. neu bearb., Aufl., Müller, 2003.

Meini, Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados, Tirant monografías, nº 298, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

Mir Puig, Derecho penal. Parte general, 9ª ed., Bdef, Buenos Aires/Montevideo, 2011.

Murmann, Grundkurs Strafrecht, Beck, München, 2011.

Nikolidakis, Grundfragen der Anstiftung, Schriften zum Strafrecht, Heft 146, Duncker & Humblot, Berlin, 2004.

Núñez Paz, Miguel Ángel, "Omisión impropia y derecho penal (Acerca del art. 11 del Código Penal español)", Revista Penal, N° 20 -julio 2007, pp. 141-154.

Otto, Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., De Gruyter Recht, Berlin, 2004.

Peñaranda Ramos, La participación en el delito y el principio de accesoriidad, Tecnos, Madrid, 1990.

Puppe, "Der gemeinsame Tatplan der Mittäter", Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, Vol. 6/2007, pp. 234-246.

– Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 2 Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2011.

Radtke, "Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft im nationalen und internationalen Strafrecht", Goldammer's Archiv für Strafrecht, Vol. 5/2006, pp. 350-356.

Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 85, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997.

– "Das Sexualstrafrecht nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz - 1. Teil", Neue Zeitschrift für Strafrecht, Vol. 8/1999, pp. 377-385.

Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., De Gruyter, Recht, Berlin, 2006.

– "Dominio de la organización y resolución al hecho", La teoría del delito en la discusión actual, trad. de Manuel Abanto Vázquez, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007, pp. 513-534.

– "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", Revista de Estudios de Justicia, N° 7, 2006, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 11-22.

– "Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft", Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Heft 1/2007, pp. 1-23.

– "Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit", en Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, Strafrechtsdogmatik, A. Hoyer, H. E. Müller, M. Pawlik, J. Wolter (Hrsg.), C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, pp. 385-398.

– "Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit", Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, Vol. 6/2007, pp. 293-300.

– Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Beck, München, 2003.

Rudolphi, “Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffes bei der Mittäterschaft”, Festschrift für Paul Bockelmann, München, 1979, pp. 369-387.

– Fälle zum Strafrecht. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Beck, München, 2000.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica «trascendencia»”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. LI, 1998, pp. 319-363.

Satzger/Schmitt/Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2009.

Sauer, Derecho penal. Parte general, trad. por Juan del Rosal y José Cerezo Mir, Bosch, Barcelona, 1956.

Schlösser, Soziale Tatherrschaft. Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten, Duncker & Humblot, Berlin, 2004.

Langneff, Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug, Shaker Verlag, Aachen, 2000.

Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., C. H. Beck, München, 2006.

Schulz, “Die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft -eine notwendige Rechtsfortbildung?- BGH, NJW (1994), 2703”, Juristische Schulung, 1997, pp. 109-112.

Schumann, Zum Einheitstätersystem des § 14 OWiG, Schriften zum Strafrecht, Band 31, Duncker & Humblot, Berlin, 1979.

Schünemann, “Die Rechtsfigur des „Täters hinter dem Täter“ und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen”, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, Vol. 7/2006, pp. 301-308.

– “Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania”, trad. por Dra. Silvina Bacigalupo, Obras, t. I, Colección Autores del Derecho Penal dirigida por Edgardo A. Donna, Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, pp. 539-561.

Sowada, Die „notwendige Teilnahme“ als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht, Strafrechtliche Abhandlungen Neue Folge- Band 74, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.

Stein, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.

Stratenwerth, Derecho penal. Parte general I. El hecho punible, 4a. ed., trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 2. Aufl., Stämpfli, Berna, 1996.

Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Aufl., Beck, München, 2006.

Urban, Mittelbare Täterschaft und kraft Organisationsherrschaft. Eine Studie zu Konzeption und Anwendbarkeit insbesondere im Hinblick auf Wirtschaftsunternehmen, V&R unipress, Göttingen, 2004.

Valdágua, “Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten”, Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, Vol. 98 (1986), pp. 839-873.

Vogler, “Versuch und Rücktritt bei der Beteiligung mehrerer an der Straftat”, Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, Vol. 98 (1986), pp. 331-354.

Welzel, “Studien zum System des Strafrechts”, Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, Vol. 58, (1939), pp. 491-566.

Wessels/Beulke, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, 38. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 2008.

Weßlau, “Der Exzeß des Angestifteten”, Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, Vol. 104 (1992), pp. 105-131.

Winkelbach, Die Strafbarkeit des Anstifters beim error in persona des Täters. Zugleich ein Beitrag zur Kontroverse um Kausalabweichung, aberratio ictus und error in obiecto, Strafrecht in Forschung und Praxis, Band 39, Verlag Dr. Kovač, Göttingen, 2004.

Zaffaroni/Alagia/Slokar, Derecho penal, Parte general, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.

Zieschang, “Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium?”, Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, Vol. 107 (1995), pp. 377-397.

-----  
[1] Doctor en Derecho (UNED, Madrid). Defensor de Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesor de grado y posgrado de Derecho Penal.

[2] Estas infracciones fueron clasificadas como “delitos carnales”, los que sólo podían ser cometidos de manera personal, vid., Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht. Besonderer Teil. Lehrbuch, 2. Aufl., Gieseking, Bielefeld, 2009, § 10/14. Sobre la problemática de los delitos de propia mano, cfr., Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., De Gruyter, Recht, Berlin, 2006, pp. 399 y ss.; Herzberg, “Eigenhändige Delikte”, ZStW 82 (1970), pp. 896 y ss.; Jakobs, Derecho penal. Parte general, trad. por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 731 y ss.

[3] Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala VI, “L., E. A. s/ violación agravada por el concurso de personas”, del 17/2/93. Este fallo considera al delito de violación como uno de propia mano de acuerdo a su anterior redacción.

[4] BGHSt, 15, 132. El Tribunal Superior alemán calificó de cooperación la conducta de uno de los acusados que embriagó a la víctima, en connivencia con otros dos, con la intención de mantener relaciones sexuales. Mientras los que forzaron el acto sexual con la mujer inconsciente fueron condenados en calidad de autores del delito de violación, el restante sólo lo fue en su condición de cómplice, por ausencia de contacto sexual. En este fallo se consideró que el antiguo § 176, primer párrafo, N° 2, del StGB alemán regulaba un delito de propia mano. Mir Puig, Derecho penal. Parte general, 9° ed., Bdef, Buenos Aires/Montevideo, 2011, 9/52. Este autor señala que en los delitos sexuales se exige un contacto personal entre el autor y la víctima.

[5] Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1996, § 26, pp. 266 y 267 [id., Tratado de derecho penal. Parte general, trad. de Miguel Olmedo Cardenete, 5a. ed., Comares, Granada, 2002, p. 286].

[6] Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Beck, München, 2003, § 25/288; Jakobs, Derecho penal, p. 732; Schönke/Schröder/Cramer/Heine, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., C. H. Beck, München, 2006, comentario previo del § 25/86; Otto, Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., De Gruyter Recht, Berlin, 2004, § 21/106; Sauer, Derecho penal. Parte general, trad. por Juan del Rosal y José Cerezo Mir, Bosch, Barcelona, 1956, p. 325.

[7] Gimbernat Ordeig, Autor y cómplice en derecho penal, Maestros del Derecho Penal N° 20, Gonzalo D. Fernández (director), Gustavo E. Aboso (coordinador), Bdef, Buenos Aires, 2006, pp. 213 y ss.

[8] Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, pp. 399 y ss.; Herzberg, “Eigenhändige Delikte”, pp. 896 y ss.; Marlie, Unrecht und Beteiligung. Zur Kritik des Tatherrschaftsbegriffs, Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen (NF), Band 58, Nomos, Baden-Baden, 2009, pp. 171 y 172; Joerden, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, pp. 82 y ss.; Frister, Strafrecht. Allgemeiner Teil, C. H. Beck, München, 2006, 25/10 y ss.

[9] Gimbernat Ordeig, Autor y cómplice en derecho penal, pp. 216 y 217; Maqueda Abreu, Los delitos de propia mano. Críticas a su fundamentación desde una perspectiva dogmática y político-criminal, Madrid, 1992; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica «trascendencia»”, ADPCP, Vol. LI, 1998, pp. 319 y ss. Al respecto, Kraatz, Die fahrlässige Mittäterschaft. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Zurechnungslehre auf der Grundlage eines finalen Handlungsbegriffs, Strafrechtliche Abhandlungen Neue Folge- Band 175, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, p. 208, señala que los delitos de propia mano no representan ninguna especialidad, porque para la realización del tipo se demanda una actuación de propia mano, de esta manera sólo será autor, de acuerdo a los criterios generales, la persona que pueda realizar el tipo y así configurar la acción

[10] Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, pp. 403 y ss., pp. 417 y ss. Explica este autor que la jurisprudencia del Tribunal Superior alemán negó que el antiguo § 177, párrafo 1°, inciso 1, del StGB alemán, que regulaba el delito de violación, fuese un delito de propia mano.

[11] Roxin, Strafrecht AT, § 25/289; Schönke/Schröder/Cramer/Heine, Strafgesetzbuch Kommentar, comentario previo del § 25/86.

[12] Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, pp. 402 y ss.; Roxin, Strafrecht AT, § 25/290.

- [13] Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, pp. 405 y ss.; Roxin, Strafrecht AT, § 25/292 y ss.
- [14] Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, pp. 410 y ss.; Roxin, Strafrecht AT, § 25/297.
- [15] Schumann, Zum Einheitstätersystem des § 14 OWiG, Schriften zum Strafrecht, Band 31, Duncker & Humblot, Berlin, 1979, p. 47; Gimbernat Ordeig, Autor y cómplice en derecho penal, pp. 215 y 216.
- [16] Roxin, Strafrecht AT, § 25/298; Jakobs, Derecho penal, p. 732. En este sentido, Kühl, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Verlag Vahlen, München, 2005, § 25/69, explica que la posibilidad de aceptar una autoría mediata mediante un instrumento humano que actúa bajo error de prohibición invencible en el caso del delito de incesto del § 173 del StGB alemán debe rechazarse, porque este delito exige la existencia de una relación de consanguinidad entre los participantes. Participa de esta solución, Wessels/Beulke, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, 38. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 2008, § 2/40; Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen, C. H. Beck, München, 1977, p. 11. Por su parte, Gimbernat Ordeig, Autor y cómplice en derecho penal, pp. 218 y 219, explica que tampoco sería admisible punir a la patrona del burdel en calidad de cooperadora necesaria del delito de incesto, porque los hermanos actuaron sin dolo y así no se realiza el contenido de lo injusto específico de este delito.
- [17] Schönke/Schröder/Lenckner/Perron/Eisele, Strafgesetzbuch Kommentar, comentario del § 181a/23.
- [18] Roxin, Strafrecht AT, § 25/303.
- [19] Schönke/Schröder/Cramer/Heine, Strafgesetzbuch Kommentar, comentario previo del § 25/86. Estos autores afirman que el delito de falso testimonio es indiscutiblemente un delito de propia mano.
- [20] Renczkowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 85, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, p. 32; Jescheck/Weigend, Tratado de derecho penal, p. 715; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 26 Aufl., C. H. Beck, München, 2007, § 25/3; Otto, Grundkurs Strafrecht. AT, § 21/106; Mir Puig, Derecho penal, 9/52.
- [21] Kühl, Strafrecht. AT, § 20/166.
- [22] Kühl, Strafrecht. AT, § 20/213.
- [23] Herzberg, "Eigenhändige Delikte", pp. 904 y ss.
- [24] Welzel, "Studien zum System des Strafrechts", ZStW 58 (1939), pp. 539 y ss.; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, pp. 19 y ss.; Frister, Strafrecht AT, p. 330.
- [25] Respecto del § 177 del StGB alemán, se rechaza esta posibilidad de clasificar al delito de violación como un delito de propia mano, cfr., Gössel, Das neue Sexualstrafrecht, Eine systematische Darstellung für die Praxis, De Gruyter Recht, Berlin, 2005, pp. 17 y ss., 43; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron/Eisele, Strafgesetzbuch Kommentar, comentario del § 177/15; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband I, 9. neu bearb., Aufl., Müller, 2003, § 18 II 20; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, § 177/2; Wessels/Beulke, Strafrecht. AT, § 2/40; Gropp, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Springer, Berlin/Heidelberg, 2005, § 5/4; Kühl, Strafrecht. AT, § 20/16; Stratenwerth, Derecho penal. Parte general I. El hecho punible, 4a. ed., trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, § 12/24; Gimbernat Ordeig, Autor y cómplice en derecho penal, pp. 215 y ss. En este sentido, la STS, N° 2957/2008, del 23/5/08. En nuestro país, Arocena, Ataques a la integridad sexual, Astrea, Buenos Aires, 2012, pp. 39 y ss. Para mayor referencia puede consultarse, Aboso, Derecho penal sexual, Bdef, Buenos Aires-Montevideo, 2014.
- [26] Wessels/Beulke, Strafrecht. AT, § 13/521 y 543. En el derecho positivo alemán

esta cuestión quedo saldada con la reforma de 1973 (4. StrRG), al admitir la posibilidad de coautoría en esta clase de delitos, vid., Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht. BT, § 10/14. También rechazan la admisión de la autoría mediata en esta clase de delitos de propia mano, Joerden, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs..., pp. 82 y ss.; Cerezo Mir, Derecho penal. Parte general, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2008, p. 940; Gimbernát Ordeig, Autor y cómplice en derecho penal, p. 218.

[27] Jescheck/Weigend, Tratado de derecho penal, p. 729. En la doctrina judicial alemana, cfr., BGH NStZ 1997, 604, 605; NStZ 2008, 158; BGH NStZ 1997, 283; BGH, decisión del 14/8/09 - 2 StR 175/09

[28] Heinrich, Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft, Münchener Universitätsschriften. Reihe der Juristischen Fakultät, Band 168, C. H. Beck, München, 2002, pp. 358 y ss. En este sentido también, Cuello Contreras, El derecho penal español. Parte general, Vol. II, Teoría del delito (2), Dykinson, Madrid, 2009, p. 206 (84).

[29] Murmann, Grundkurs Strafrecht, C. H. Beck, München, 2011, § 27/15. Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, p. 14, señala de manera correcta que los delitos de propia mano representan también una limitación para una regulación de autoría única.

[30] Esta discusión también acaparó la atención de la doctrina y la jurisprudencia extranjera. En España, por ejemplo, se sucedieron de manera gradual distintas reformas penales que fueron extendiendo el concepto de acceso carnal a otras modalidades de penetración originalmente no previstas, la vez que precisaron con mejor técnica la calidad y las modalidades de las agresiones sexuales, vid. Acuerdo Plenario del Tribunal Supremo español del 25/5/05 y la STS, N° 1295/2006, del 13/12/06, al decir: “El Código Penal vigente, en su redacción originaria, sin utilizar la palabra “violación”, agravaba las agresiones sexuales del artículo 178 (atentados a la libertad sexual con violencia o intimidación), cuando consistieran en “acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal”, con lo que volvía al concepto inicial de acceso carnal al distinguir entre éste y otras penetraciones, también referidas al miembro viril, pero efectuadas por otras vías distintas de la vaginal. La reforma efectuada por la Ley Orgánica 11/1999 volvió a la situación anterior, pues nuevamente redacta la conducta agravada estableciendo que se apreciará cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, equiparando a esta conducta la introducción de objetos por las dos primeras vías. Finalmente, la redacción actual procede de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, que mantiene la redacción anterior, si bien introduce nuevamente el vocablo “violación” y añade como conducta equiparada la introducción de miembros corporales por cualquiera de las dos primeras vías. Por lo tanto, el concepto penal de acceso carnal en la actualidad comprende no solo la cópula, como introducción del miembro viril en la vagina, sino también la introducción de aquél en las cavidades anal o bucal.”. En igual sentido se expresa STS, N° 938/2010, del 27/10/10

[31] Esta exégesis es la defendida en la actualidad por la doctrina alemana respecto de la acción disvaliosa prevista por el § 177 del StGB alemán, vid., Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, § 177/2; Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, p. 95.

[32] Sobre este concepto, cfr., BGH 4 StR 174/12, sentencia del 25/10/12; 2 StR 340/12, sentencia del 25/9/12; 4 StR 178/06, sentencia del 13/6/06; 1 StR 57/06, sentencia del 9/5/06; 3 StR 256/04, sentencia del 5/10/04; 2 StR 516/03, sentencia del 17/3/04; 2 StR 283/03, sentencia del 15/10/03, 4 StR 422/02, sentencia del 16/1/03; 1 StR 233/02, sentencia del 26/9/02; 2 StR 225/02, sentencia del 17/7/02; 3 StR 79/01, sentencia del 18/7/01; 3 StR 50/01, sentencia del 21/3/01, entre otras.



[33] Bolea Bardón, *La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 31 y ss., 37 y ss.

[34] Wessels/Beulke, *Strafrecht AT*, § 13/526; Kindhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2006; § 40/6; Stein, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, pp. 326 y ss.; Bauer, *Vorbereitung und Mittäterschaft (bei Herrschaftsdelikten)*, VVF, München, 1996, pp. 201 y ss.; Kühl, *Strafrecht, AT*, § 20/103; BGH 5 StR 570/10, sentencia del 17/3/11 (LG Berlin); BGH 3 StR 364/11, sentencia del 8/11/11 (LG Wuppertal); BGH 3 StR 219/04, sentencia del 2/12/04 (LG Aurich). Disiente de la necesidad de ese elemento subjetivo de la coautoría, García del Blanco, *La coautoría en derecho penal*, Tirant monografías N° 427, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 432 y ss

[35] Kühl, *Strafrecht, AT*, § 20/107; BGH 5 StR 564/00, sentencia del 19/12/00 (LG Berlin).

[36] Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 275 y ss., pp. 719 y ss.; Herzberg, "Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme", *ZStW* 99 (1987), pp. 53 y ss.

[37] Murmann, *Grundkurs Strafrecht, AT*, § 27/66.

[38] Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, p. 675; Otto, *Grundkurs Strafrecht, AT*, § 21/59; Schönke/Schröder/Cramer/Heine, *Strafgesetzbuch Kommentar*, vorbem §§ 25/73, § 25/61; Bottke, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft. Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems*, C. F. Müller, Heidelberg, 1992, p. 89; Freund, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Springer, Berlin, 1998, 10/149; Kindhäuser, *Strafrecht, AT*, § 40/2; Murmann, *Grundkurs Strafrecht, AT*, § 27 [52]; Köhler, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin, 1997, p. 516; Kühl, *Strafrecht, AT*, § 20/100; Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, p. 101; Mir Puig, *Derecho penal*, 15/2; Vogler, "Versuch und Rücktritt bei der Beteiligung mehrerer an der Straftat", *ZStW* 98 (1986), pp. 337 y ss.; Gropp, *Strafrecht, AT*, §§ 10.B.82 y 86; Dencker, *Kausalität und Gesamttat*, *Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft*, Band 99, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, pp. 250 y ss. Bringewat, *Grundbegriffe des Strafrechts. Grundlagen. Allgemeine Verbrechenslehre. Aufbauschemata*, 1. Aufl., Nomos, Baden, 2003, p. 299 [margs. 736 y 737]; Bolea Bardón, *La cooperación necesaria*, pp. 33 y ss. En la doctrina judicial española, vid. SSTS, N° 6659/2012, del 22/10/12 y 6345/2012, del 25/9/12.

[39] La importancia de la delimitación del coautor del partícipe ha determinado a la búsqueda de criterios subjetivos, objetivos y mixtos en la doctrina en general. Por ejemplo, el Tribunal Superior alemán ha utilizado indistintamente el criterio del interés del coautor en la producción del resultado, así como la presencia o no de la voluntad de co-dominar del hecho o el grado de relevancia del aporte al hecho, vid., BGHSt 28, 346, 348; 37, 289, 291; BGH, sentencia del 15/1/91 - 5 StR 492/90 - BGHSt 37, 289, 291; BGH, sentencia del 12/2/98 - 4 StR 428/97 - NJW 1998, 2149, 2150; BGH, sentencia del 26/10/05 - GSSt 1/05 - BGHSt 50, 252, 266; BGHR StGB § 25 Abs. 2 Mittäter 13 u. 14; BGH, sentencia del 10/5/00 - 3 StR 21/00 - NStZ 2000, 482, 483; BGH, sentencia del 26/6/01 - 5 StR 69/01; BGH, sentencia del 31/10/01 - 2 StR 315/01 - NStZ-RR 2002, 74; BGH, sentencia del 12/7/00 - 3 StR 70/00; BGH, sentencia del 14/11/01 - 3 StR 379/01 - NStZ 2002, 200; BGH, sentencia del 3/4/02 - 3 StR 78/02; BGH, sentencia del 6/6/02 - 3 StR 118/02; BGH, sentencia del 17/10/02 - 3 StR 153/02; BGH, sentencia del 21/10/03 - 1 StR 544/02 - wistra 2004, 105; BGH, sentencia del 22/6/04 - 4 StR 556/03; BGH, sentencia del 13/10/04 - 2 StR 206/04; BGH, sentencia del 27/7/05 - 2 StR 192/05; BGH, sentencia del 29/9/05 - 4 StR 420/05 - NStZ 2006, 94; BGH, sentencia del 14/12/05 - 2 StR 466/05; BGH, sentencia del 14/12/06 - 4 StR 421/06 - NStZ 2007, 288; BGH, sentencia del 25/4/07 - 1 StR 156/07 - NStZ 2007, 531; BGH, sentencia

del 12/4/05 - 4 StR 13/05; BGH, sentencia del 14/3/07 - 2 StR 54/07; BGH, sentencia del 29/11/07 - 4 StR 425/07 - NStZ 2008, 273; BGH, sentencia del 24/7/08 - 3 StR 243/08 - StV 2008, 575; BGH, sentencia del 2/7/08 - 1 StR 174/08 - NStZ 2009, 25; BGH, sentencia del 14/1/09 - 1 StR 158/08 - BGHSt 53, 145 - NStZ 2009, 289; BGH, sentencia del 21/4/09 - 3 StR 107/09; BGH, sentencia del 28/10/09 - 1 StR 205/09; BGH, sentencia del 13/1/10 - 5 StR 506/09; BGH, sentencia del 25/3/10 - 4 StR 522/09; BGH, sentencia del 10/1/11 - 5 StR 515/10 - NStZ-RR 2011, 111; BGH, sentencia del 14/4/11 - 4 StR 571/10; BGH, sentencia del 8/2/12 - 1 StR 427/11; BGH, sentencia del 14/2/12 - 3 StR 446/11; BGH, sentencia del 27/3/12 - 5 StR 114/12; BGH, sentencia del 14/3/12 - 2 StR 547/11; BGH, sentencia del 27/3/12 - 3 StR 63/12; BGH, sentencia del 12/6/12 - 3 StR 166/12

[40] Corte de Justicia de la Provincia de Salta, expte. N° 34.155/10, "Familiar Torres, L. A. y otros s/ rec. casación", Tomo 163: 619/704, del 16/2/2012.

[41] Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, pp. 292 y ss.; Stein, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, pp. 325 y ss.; Zieschang, "Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium?", ZStW (1995), pp. 377 y ss.; Puppe, "Der gemeinsame Tatplan der Mittäter", ZIS 6/2007, pp. 234 y ss., 241 y ss.; Bloy, "Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung", GA (1996), pp. 425 y ss. Sin embargo, esta postura no ha logrado imponerse de manera dominante, vid., Frister, Strafrecht AT, p. 330, donde explica que lo trascendente para delimitación del coautor del partícipe pasa por establecer el grado de importancia o esencialidad del aporte para la realización de lo injusto típico. De esta manera, este autor propone atender a la planificación y organización del hecho

[42] STS, N° 1374/2012, del 7/3/12. En la jurisprudencia alemana puede consultarse BGH 2 StR 542/99, sentencia del 31/5/00 (LG Aachen); BGH 3 StR 118/02, sentencia del 6/6/02 (LG Lübeck); BGH 2 StR 456/03, sentencia del 18/8/04 (LG Meiningen); BGH 3 StR 126/06, sentencia dle 30/5/06 (LG Düsseldorf); BGH 2 StR 206/04, sentencia del 13/10/04 (LG Koblenz).

[43] BGH 3/StR 390/84, sentencia del 10/10/84; 4 StR 3/99, sentencia del 22/4/99; 1 StR 32/01, sentencia del 21/3/01; BGH 4 StR 262/01, sentencia del 25/10/01 (LG Dortmund); BGH 1 StR 574/06, sentencia del 13/2/07 (LG Ellwangen); Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, BT 1, § 18 II 20; Wolters en Satzger/Schmitt/Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2009, § 177/50; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, § 177/2; Cerezo Mir, Derecho penal, p. 929; Bolea Bardón, La cooperación necesaria, p. 54. Al respecto, vid. STS, N° 4517/2012, del 18/6/12. En este caso se ventiló la agresión sexual sufrida por una menor de edad por parte de tres sujetos que la obligaron mediante violencia a practicar una felación a cada uno de ellos. La sentencia resalta la problemática de esta clase de delitos y la posibilidad de admitir una coautoría.

[44] Gimbernat Ordeig, Autor y cómplice en derecho penal, p. 215.

[45] Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala II, "Yafhe, J. L. y otro s/ coacción", del 28/4/92.

[46] Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, p. 278.

[47] Lampe, "Tätersysteme: Spuren und Strukturen", ZStW 119, (2007) p. 496; Bloy, "Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung", pp. 425 y ss.; Stein, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, p. 325, donde expresa que es justo afirmar la coautoría en las acciones de participación que se realizan de manera simultánea, por ejemplo, cuando uno sostiene a la víctima golpeada por otro. Por su parte, Frister, Strafrecht AT, p. 326, califica de coautor al que aplica violencia sobre la víctima para lograr la sustracción de su cartera por parte de su consorte. También, Jakobs, Derecho penal, p. 753, explica que la determinación conjunta de la configuración del hecho, en un delito de varios actos, puede llevarse a cabo mediante la determinación única de un acto ejecutado de propia

mano; por ejemplo: Quien derriba a golpes a la víctima, a la que otro roba, es ya por este comportamiento de propia mano coautor del robo

[48] Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, p. 419.

[49] Trib. Casación Penal Prov. Bs. As., Sala II, causa n° 34.821 “R., D. y otro s/ rec. casación”, del 24/4/09, del voto del Dr. Celesia con cita del precedente “Camirote y otros s/ rec. casación” (causa n° 23.174/23.176). Adopta, en cambio, la solución de la coautoría, Cám. Crim. y Correc. 2a. Nominación de Río Cuarto, “G., M. J. y otro”, del 24/9/07.

[50] vid., STS 28/2008, del 15/1/08.

[51] BGBI. I p. 1.607, vid. Wolters en Satzger/Schmitt/Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar, § 177/2. L Tribunal Superior alemán había rechazado la aplicación del delito de violación a la persona que ejerció violencia sobre la víctima para que un tercero mantuviera con ella trato sexual, cfr., BGH 3 StR 367/00, sentencia del 24/11/00 (LG Kleve)

[52] Renzikowski, “Das Sexualstrafrecht nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz - 1. Teil”, NSTz 1999, p. 38 ; BGH 2 StR 298/53, sentencia del 25/6/54; 5 StR 413/65, sentencia del 26/10/65; 1StR 273/77, sentencia del 7/6/77 [BGHSt 27, 205]; BGH 1 StR 236/95, sentencia del 7/9/95 (LG Ansbach) [BGHSt 41, 242]; 4 StR 3/99, sentencia del 22/4/99 (LG Stendal); BGH 1 StR 32/01, sentencia del 21/3/01 (LG Traunstein). Rechaza la posibilidad de aplicar la coautoría, BGH 2 StR 635/99, sentencia del 15/3/00

[53] BGHSt 6, 226, 228 [BGH sentencia del 25/6/54 - 2 StR 298/53]; BGH, sentencia del 7/6/77, 1 StR 273/77.

[54] Hörnle, “Wider das Dogma vom Finalzusammenhang bei Raub und sexueller Nötigung”, Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Herausgegeben von Hans-Ulrich Paeffgen, Martin Böse, Urs Kindhäuser, Stephan Stübinger, Torsten Verrel und Rainer Zaczky, Schriften zum Strafrecht, Heft 215, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, pp. 1143 y ss.

[55] BGH 3 StR 367/99, sentencia del 21/1/00. En este fallo se calificó de complicidad la conducta de la acusada que había ejercido violencia sobre la menor de edad para permitir el acceso carnal de un tercero.

[56] SSTS, N° 4527/2007, del 26/6/07; N° 7194/2009, del 24/11/09; N° 992/2010, del 8/1/10. En este último caso, la madre amenazó a su hija menor de edad de regresarla a su país de origen y aplicar la lapidación regulada por las leyes de la religión musulmana, si no accedía a mantener relaciones sexuales con su marido. También la STS, N° 7911/2012, del 27/11/2012, calificó de cooperación necesaria la ayuda prestada por uno de los imputados que había ejercido violencia sobre la víctima para facilitar el acceso carnal de su consorte y así alternativamente llevaron a cabo distintas agresiones sexuales sobre la misma víctima

[57] Bolea Bardón, La cooperación necesaria, pp. 55 y ss.;

[58] STS, del 21/2/89, con comentarios de este fallo por Baldó Lavilla/Vicente Remesal y otros “Autoría o participación en determinados supuestos de «vigilancia»”, Revista Poder Judicial, 2° Época, N° 27, septiembre (1992), Consejo General del Poder Judicial, pp. 189 y ss.

[59] SSTS, N° 486/2002 del 12 de marzo; 481/2004 del 7 de abril; 744/2004 del 14 de junio; 1169/2004 del 18 de octubre; 626/2005 del 13 de mayo; 686/2005 del 2 de junio; 938/2005 del 12 de julio; 975/2005 del 13 de julio; 1291/2005 del 8 de noviembre; 1462/2005 del 11 de noviembre; 1386/2005 del 23 de noviembre; 76/2008 del 31 de enero; 885/2009 del 9 de septiembre y 1142/2009 del 24 de noviembre, entre otras, cit. por STS, N° 829/2010, del 30/7/10. Existe otra línea jurisprudencial de este mismo tribunal que consideró la conducta de permanecer en el lugar como un acto de cooperación necesaria, vid., SSTS, N° 486/2002, del 12/3/03; N° 1291/2005, del 8/11/05; N° 76/2008 del 31/1/08; N° 2303/2010, del

6/5/10; donde se calificó de cooperación necesaria la conducta del procesado que ejerció violencia contra la víctima para favorecer el yacimiento sexual de otro; ATS, N° 931/2009, del 15/1/09. El Tribunal Superior alemán (BGH) se ha referido en los mismos términos al considerar que la presencia del coimputado en el lugar donde se llevó a cabo la agresión sexual por parte de su compañero representaba un acto de cooperación en el delito de violación, vid., BGH, 1 StR 111/88, sentencia del 26/5/88. En este caso, la víctima fue conducida por los dos acusados hasta un lugar apartado donde las posibilidades de defensa eran nulas. La presencia del acusado fortaleció el estado de indefensión de la víctima que temía por su vida. También el BGH 5 StR 515/10, sentencia del 10/1/11 (LG Potsdam) juzgó como un acto de cooperación la mera presencia en el lugar de uno de los imputados que no había tomado parte en la agresión física en un delito contra la propiedad

[60] STS, N° 542/2007, del 11/6/07; Trib. Casación Penal, Sala II, causa N° 42.416 “Ortigoza, J. s/Recurso de casación”, del 28/12/10 (magistrados votantes: Jorge Hugo Celesia y Fernando Luis María Mancini).

[61] STS, N° 992/2010, del 8/1/10.

[62] Para una mayor exposición del tratamiento de este caso puede consultarse, Nikolidakis, Grundfragen der Anstiftung, Schriften zum Strafrecht, Heft 146, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, pp. 113 y ss.; Peñaranda Ramos, La participación en el delito y el principio de accesoriedad, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 245 y ss.

[63] BGHSt 37, 214.

[64] Cuello Contreras, Derecho penal, PG, p. 287 (286) y p. 302 (314).

[65] Schönke/Schröder/Cramer/Heine, Strafgesetzbuch Kommentar, § 26 (23).

[66] Murmann en Satzger/Schmitt/Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar, § 26 (13).

[67] vid., Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 2 Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2011, § 27 (5 y ss.)

[68] vid., Strafrecht. AT, § 10 (130 y 131).

[69] vid., Strafrecht. AT, p. 364 (27). Idéntica solución se sostiene para el caso del error in persona en la coautoría funcional, id., pp. 326 y 327 (11).

[70] vid., Strafrecht. AT, § 10. C, 131. Idéntica solución se sostiene para el caso del error in persona en la coautoría funcional, id., § 10. B, 87.

[71] vid., Strafrecht. AT, § 13 (579).

[72] vid., Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Aufl., Beck, München, 2006, § 26 (15).

[73] vid., Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Beck, München, 2006, pp. 51 y 52.

[74] Jakobs, Derecho penal, pp. 748 (45) y 809 (29); Weißlau, “Der Exzeß des Angestifteten”, ZStW 104 (1992), pp. 105 y ss., 106.

[75] vid., Teoría de la participación criminal, 2ª. ed., Astrea, Bs. As. 2001, § 270.

[76] Código Penal de la Nación. Comentado y anotado, Mauro A. Divito (coordinador), 2a. ed., tomo II, Parte Especial, Arts. 79 a 306, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 795, nota al pie 394.

[77] Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Band III. Der Irrtum, Neudruck der Ausgabe Leipzig, 1918, Scientia Verlag Aalen, 1965, pp. 212 y ss.; Roxin, Strafrecht. AT, § 26 (120).

[78] Winkelbach, Die Strafbarkeit des Anstifters beim error in persona des Täters. Zugleich ein Beitrag zur Kontroverse um Kausalabweichung, aberratio ictus und error in obiecto, Strafrecht in Forschung und Praxis, Band 39, Verlag Dr. Kovač, Göttingen, 2004, pp. 179 y ss.

[79] Cerezo Mir, Derecho penal, PG, p. 452.

[80] vid., Strafrecht. AT, § 26 (121)

[81] Roxin, Strafrecht. AT, § 26 (120). En este sentido, Zaffaroni/Alagia/Slokar, Derecho penal, Parte general, 2ª ed., p. 784.

[82] Roxin, Strafrecht. AT, § 26 (95, 111). En este sentido, Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, p. 83, estima que el error in persona del hombre de delante no provocado por el autor de detrás habilita la imputación por el delito de homicidio doloso en calidad de partícipe.

[83] Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, p. 690 [Tratado, p. 743]; Otto, Grundkurs Strafrecht, AT, § 22 (46); Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, § 26 (6); Rudolphi, Fälle zum Strafrecht. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Beck, München, 2000, pp. 90 y 92; Hillekamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1971, p. 66; Letzgu, Vorstufen der Beteiligung. Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 12, Duncker & Humblot, Berlin, 1972, p. 58; Hünerfeld, "Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland", ZStW 99 (1987), p. 249.

[84] Derecho penal, PG, p. 452, nota al pie 86.

[85] Derecho penal, Parte general, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002p. 797.

[86] Letzgu, Vorstufen der Beteiligung. Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit, pp. 118 y 119; Gómez Rivero, La inducción a cometer el delito, Tirant Monografías, Valencia, 1995, pp. 522 y ss.; Blanco Cordero, "El error in persona del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal del inductor", en Homenaje al Dr. Mariano Barbero Santos in memoriam, Vol. I, Luis A. Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, pp. 847 y ss

[87] Esta propuesta teórica fue desarrollada por el Tribunal Superior alemán (BGHSt 39, 237), vid. Roxin, Strafrecht AT, § 29/295. Sin embargo, Valdágua, "Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten", ZStW 98 (1986), Heft 4, pp. 839 y ss., pp. 843, menciona que el fundamento de esta teoría se remonta hacia 1880. Actualmente es mayoritaria en la doctrina alemana, cfr.,

Schönke/Schröder/Eser, StGB-K, § 22/55; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, p. 681 [Tratado, p. 733]; Otto, Grundkurs Strafrecht, AT, § 21/125; Küper, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, R. v. Decker´s Verlag, G. Schenck, Heidelberg - Hamburg, 1978, pp. 12 y ss.; Köhler, Strafrecht, AT, p. 541; Kühl, Strafrecht, AT, § 20/123; Gropp, Strafrecht, AT, § 10.B.91; Vogler, "Versuch und Rücktritt bei der Beteiligung mehrerer an der Straftat", pp. 341 y 342

[88] Roxin, Strafrecht AT, § 29/297; Stratenwerth, Derecho penal, § 12/107 y ss.; Valdágua, "Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten", pp. 860 y ss.

[89] Maurach/Gössel/Zipf, Derecho penal, § 49/100;

Schönke/Schröder/Cramer/Heine, Strafgesetzbuch Kommentar, § 25/61.

[90] Mir Puig, Derecho penal, 15/18.

[91] Rudolphi, "Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffes bei der Mittäterschaft", Festschrift für Paul Bockelmann, München, 1979, pp. 369 y ss.; Bauer, Vorbereitung und Mittäterschaft (bei Herrschaftsdelikten), pp. 202 y 203

[92] Rudolphi, "Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffes bei der Mittäterschaft", pp. 384 y ss.;

[93] Schönke/Schröder/Lenckner/Perron/Eisele, Strafgesetzbuch Kommentar, comentarios de los §§ 176a/9 y 177/24; Renzikowski, "Das Sexualstrafrecht...", pp. 382 y 383; Kieler, Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Mißbrauch widerstandsunfähiger Personen, Juristische Reihe Tenea, Bd. 52, Universität Osnabrück, 2002, pp. 130 y ss.

[94] Schönke/Schröder/Lenckner/Perron/Eisele, Strafgesetzbuch Kommentar, comentario del § 177/24. En la doctrina judicial española, vid., STS, N° 3458/2012, del 4/5/12

[95] Se ha considerado que este término "banda" incluido como una modalidad agravada de algunos delitos patrimoniales se corresponde con la figura de la

coautoría funcional, vid., “En el delito de robo, la ‘banda’ consiste en un supuesto de coautoría necesaria que requiere la participación de tres o más personas en el hecho único, y quienes la conforman responden necesariamente a título de coautores, con independencia de los roles o tareas materiales llevadas a cabo, pues la pluralidad se traduce en un mayor poder intimidatorio y, por sí, realiza la exigencia legal.” (Corte de Justicia de la Provincia de Salta, expte. N° 33.328/10, “Camacho Saavedra, J. L. s/ rec. casación”, Tomo 156: 959/966, del 1/6/11)

[96] STS, N° 975/2005, del 13/7/05; N° 3024/2009, del 29/4/09; N° 5096/2009, del 27/7/09; N° 7194/2009, del 24/11/09. En nuestra doctrina, Arocena, Ataques a la integridad sexual, p. 54.

[97] Wessels/Beulke, Strafrecht. AT, § 2/40.

[98] Cám Fed. Apelaciones La Plata, “P. M., H. S. s/ denuncia inf. art. 119 CP”, del 19/8/10, R. S. I. t 71 f. 42. Las agresiones sexuales se materializaron durante la celebración de una despedida de soltero llevada a cabo por miembros de las fuerzas armadas. Si bien el fallo analiza la conducta de los tres agresores que participaron en ese hecho, la aplicación del agravante por el concurso de dos o más personas se basa de manera unilateral en el papel de autor de las penetraciones, mientras considera a los otros dos como partícipes. Este planteamiento no es acertado, porque los partícipes aplicaron la violencia típica del art. 119 del Cód. Penal y así deben ser considerados coautores de ambas agresiones sexuales, a la luz de la causal de agravación de la pena por la pluralidad de agentes. Tampoco la fiscalía analizó la conducta de los demás miembros de las fuerzas armadas que estuvieron presentes y no impidieron la comisión de las agresiones sexuales, en especial debería haberse valorado si ellos no deberían responder en calidad de cooperadores o partícipes primarios en función de su calidad de funcionarios militares.

[99] SSTS, N° 6113/2004, del 30/9/04; N° 3557/2005, del 2/6/05; N° 938/2005, del 12/7/05; N° 638/2005, del 2/6/05; N° 490/2006, N° 6833/2005, del 8/11/05; N° 7539/2005, del 23/11/05; N° 86/2007, del 14/2/07; N° 217/2007, del 16/3/07; 439/2007, del 21/5/07; N° 3641/2007, del 21/5/07; N° 61/2008, del 24/1/08; N° 5533/2009, del 9/9/09; N° 7194/2009, del 24/11/09; N° 992/2010, del 8/1/10.

[100] Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, p. 419; Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, p. 11. Sobre la delimitación del autor mediato del partícipe, vid. esta obra, pp. 12 y ss. En este aspecto debe agregarse que la doctrina discute desde hace mucho tiempo cuál es el límite que debe trazarse entre ambas formas de participación y en ello parte de la doctrina postula el rechazo de aceptar la autoría mediata cuando el sujeto de delante (instrumento) es uno responsable. Al respecto, cfr., Küper, “Mittelbare Täterschaft, Verbotsirrtum des Tatmittlers und Verantwortungsprinzip-Zugleich zu BGH, 15. 0. 1988- 4 StR 352/88 (‘Katzenkönig’-Urteil-)” JZ (1989), pp. 935 y ss.

[101] Al respecto, vid., con mayores detalles, Habenicht, Die Beteiligung an sexuellen Gewalttaten unter besonderer Berücksichtigung der Doktrin von den so genannten „eigenhändigen“ Delikten, Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht, N° 103, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2009, pp. 35 y ss.

[102] Habenicht, Die Beteiligung an sexuellen Gewalttaten unter besonderer Berücksichtigung der Doktrin von den so genannten „eigenhändigen“ Delikten, pp. 37 y ss.

[103] Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, pp. 242 y ss., 704 y ss.; Habenicht, Die Beteiligung an sexuellen Gewalttaten unter besonderer Berücksichtigung der Doktrin von den so genannten „eigenhändigen“ Delikten, p. 40.

[104] Sobre este temática, vid., Schünemann, “Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania”, trad. por Dra. Silvina Bacigalupo, Obras, t. I, Colección Autores del Derecho Penal dirigida por Edgardo A. Donna, Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, pp. 539 y ss.; Gracia Martín,

“La comisión por omisión en el derecho penal español”, Actualidad Penal N° 38/16 (1995), pp. 684 y ss.; Marlie, Unrecht und Beteiligung, pp. 176 y ss.; Kuhlen, “Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen”, Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Herausgegeben von Hans-Ulrich Paeffgen, Martin Böse, Urs Kindhäuser, Stephan Stübinger, Torsten Verrel und Rainer Zaczyk, Schriften zum Strafrecht, Heft 215, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, pp. 669 y ss.; Núñez Paz, Miguel Ángel, “Omisión impropia y derecho penal (Acerca del art. 11 del Código Penal español)”, Revista Penal, N° 20 -julio 2007, pp. 141 y ss.

[105] Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, p. 606; Kindhäuser, Strafrecht, AT, § 35/2; Frister, Strafrecht, AT, p. 335 y ss. En la doctrina judicial española, vid., SSTS, N° 797/2010, del 16/9/10; N° 954/2010, del 3/11/10; N° 379/2011, del 19/5/11. En la doctrina argentina: Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala V, c. 20.696, “Zajackowski, E. R.”, del 17/3/03

[106] Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, pp. 82 y ss.; Kindhäuser, Strafrecht, AT, § 36/23 y ss.; Frister, Strafrecht, AT, p. 337; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, p. 624, aunque agrega a los otros dos el deber de garante por actuar peligroso precedente. Crítico con esta distinción, Marlie, Unrecht und Beteiligung, pp. 176 y ss.

[107] Kindhäuser, Strafrecht, AT, § 36/63 y ss.; Kühl, Strafrecht, AT, § 18/91 y ss.

[108] STS, N° 1538/2000, del 9/10/00; N° 5870/2005, del 4/10/05; ATS, N° 6169/2009, del 16/4/09.

[109] Roxin, Strafrecht, AT, § 31/171 y ss.; Jescheck/Weigend, Tratado de derecho penal, p. 734; Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, p. 290; Lampe, “Tätersysteme: Spuren und Strukturen”, pp. 471 y ss., 476 y 477; Gropp, Strafrecht, AT, § 10.B/93 y 94; Freund, Strafrecht AT, § 10/48; Kindhäuser, Strafrecht, AT, § 38/65 y ss. De otra opinión, Kühl, Strafrecht, AT, § 20/268.

[110] BGH 4 StR 488/08, sentencia del 12/2/09 (LG Dortmund).

[111] Chen, Das Garantensonderdelikt. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Unterlassungsdelikte und der Sonderdelikte, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, pp. 80 y ss.

[112] Roxin, Strafrecht, AT, § 31/173 y 174.

[113] STS N° 2270/2010, del 4/3/10. Si bien en este caso se discutía el grado de responsabilidad de la madre que no evitó la muerte de su hija en manos de su padre, la cita de este fallo resulta apropiada porque en ella se analiza las distintas opiniones formuladas en torno de la autoría en los delitos de comisión por omisión.

[114] Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, BT, § 10/19.

[115] Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, pp. 95 y 96; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, p. 682; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron/Eisele, Strafgesetzbuch Kommentar, comentario del § 177/16

[116] STS N° 2980/2010, del 10/6/10. En igual sentido, ATS 1502/2010, del 28/1/10.

[117] STS N° 8956/2011, del 29/11/11.

[118] BGHSt 16, 155, cit. por Puppe, Strafrecht. AT, § 31/1.

[119] Arocena, Ataques contra la integridad sexual, p. 176.

[120] Sowada, Die „notwendige Teilnahme“ als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht, Strafrechtliche Abhandlungen Neue Folge- Band 74, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, pp. 15 y ss., 267 y ss.

[121] Cám Fed. Apelaciones La Plata, Sala de FERIA A, 63/12 “H., M. A. s/ Procesamiento. Abuso sexual”, del 19/7/12. En este caso se consideró que los tocamientos en las partes íntimas del menor de edad por parte del acusado no superaban el umbral de depravación que exige el tipo del art. 125 del Cód. Penal. En especial, se tuvo en cuenta que el abuso sexual cometido por el autor no calificaba como actos de contenido sexual prematuros, excesivos o perversos. En

igual sentido, Cám. Crim. 2a. Nominación, expte. 149/96, S. N° 12, del 18/3/97.  
[122] Aboso, Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual, Bdef, Buenos Aires-Montevideo, 2013, pp. 55 y ss., 98 y ss., 147 y ss.

[123] Roxin, "Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit", en Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, Strafrechtsdogmatik, A. Hoyer, H. E. Müller, M. Pawlik, J. Wolter (Hrsg.), C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, pp. 385 y ss.; íd., "Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit", ZIS 7/2006, pp. 293 y ss.; íd., "Dominio de la organización y resolución al hecho", La teoría del delito en la discusión actual, trad. de Manuel Abanto Vázquez, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007, pp. 513 y ss.; íd., "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", Revista de Estudios de Justicia, N° 7, 2006, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 11 y ss., 19 y ss. (íd., "Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft", ZStrR 1/2007, pp. 1 y ss.)

[124] Roxin, "Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit", p. 299 («Dominio de la organización y resolución al hecho», p. 530).

[125] A favor de esta tesis Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 2. Aufl., Stämpfli, Berna, 1996, § 13, 34; Wessels/Beulke, Strafrecht, AT, § 541; Ebert, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3., Neubearb., Schaeffers Grundriss, Müller, Jur. Verl., Heidelberg, 2001, p. 198; Bringewat, Grundbegriffe des Strafrechts, p. 304, marg. 749; Ambos, La parte general del derecho penal internacional, Bases para una elaboración dogmática, trad. de Ezequiel Malarino, Duncker & Humblot, Konrad Adenauer Stiftung, Temis, Montevideo, 2005, p. 219; íd., "Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones", trad. Cancio Meliá, originalmente publicado en una versión más reducida en GA 5/1998, p. 10; Bloy, "Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung", pp. 425 y ss.; Freund, Strafrecht. AT, § 10, marg. 92, 102 y ss.; Urban, Mittelbare Täterschaft und kraft Organisationsherrschaft. Eine Studie zu Konzeption und Anwendbarkeit insbesondere im Hinblick auf Wirtschaftsunternehmen, V&R unipress, Göttingen, 2004, pp. 60 y ss., 89 y ss., 98, 125 y ss., 151 y ss., 157, 159 y ss., 167 y ss., 263; Schlösser, Soziale Tatherrschaft. Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten, Duncker & Humblot, Berlín, 2004, pp. 147 y ss., 169 y ss., 205 y ss., 359 y ss.; Langneff, Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug, Shaker Verlag, Aachen, 2000, pp. 91 y ss.; 107 y ss.; 157 y ss.; Radtke, "Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft im nationalen und internationalen Strafrecht", GA 5/2006, pp. 350 y ss.; Schünemann, "Die Rechtsfigur des „Täters hinter dem Täter“ und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen", ZIS 7/2006, pp. 301 y ss., (307); Bustos Ramírez, Manual de derecho penal, Parte General, 4ª. ed., PPU, Barcelona, 1994, p. 470; Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, Lecciones de Derecho Penal, vol. II, Trotta, Madrid, 1999, p. 293; Muñoz Conde, Teoría general del delito, 4ª. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 212 y ss., aunque este autor limita la aplicación de la autoría mediata a los casos de organización de poder de naturaleza estatal o paraestatal; Bolea Bardón, Autoría mediata en derecho penal, Tirant Monografías, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 393 y ss.; Meini, Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados, Tirant monografías, n° 298, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 197 y ss.; 520 y ss.; Fernández Ibáñez, La autoría mediata en aparatos organizados de poder, Estudios de Derecho Penal y Criminología, dirigidos por Carlos María Romeo Casabona (N° 80), Comares, Granada, 2006, pp. 7 y ss. (en especial, pp. 119 y ss., 121 y ss., 235 y ss.); Gracia Martín, prólogo del libro precedentemente reseñado de



Fernández Ibáñez, xviii; Faraldo Cabana, Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, Tirant Monografías, nº 302, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 195 y ss.; Arroyo Zapatero, Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam, Ediciones Universidad de Castilla- La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 38 y ss. Este autor se muestra conforme con la aplicación del dominio de organización para la imputación de autoría mediata al jefe de la organización. Sin embargo, tampoco descarta la aplicación de la coautoría cuando el grado de fungibilidad de los ejecutores es menor. En Argentina, Zaffaroni/Alagia/Slokar, Derecho penal, Parte general, 2ª ed., p. 780. Sobre la aplicación de esta forma de autoría mediata en el ámbito del derecho penal internacional, vid. Kreß, "Claus Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht", GA 5/2006, pp. 304 y ss. En contra, Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, p. 670 (Tratado, p. 722), quienes se inclina por la aplicación de la figura de la coautoría. Por su parte, Schulz, "Die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft -eine notwendige Rechtsfortbildung?- BGH, NJW (1994), 2703", JuS 1997, p. 113, que se inclina por la aplicación de la autoría mediata a través de un instrumento que actúa bajo coacción. En Suiza, a favor de la coautoría, Huber, Die mittelbare Täterschaft beim gemeinen vorsätzlichen Begehungsdelikt, Nº 26, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1995, pp. 276 y ss. Por su parte, Gimbernat Ordeig, Autor y cómplice en derecho penal, p. 192, considera al "autor de despacho" como instigador. En este sentido, Jubert, "Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", ADPCP/Jurisprudencia, 1995, t. I, pp. 657 y ss., comparte las críticas dirigidas contra los partidarios de la aplicación de la coautoría, pero tampoco acepta la solución de la autoría mediata. Para esta autora, la solución pasa por analizar cada supuesto en particular, y para esto propone el empleo de un concepto de autor intelectual, distinto al mero inductor, como sujeto plenamente responsable, y desligado del principio de accesoriedad limitada que rige en la participación en sentido estricto. Sobre un panorama general de la discusión actual sobre el dominio por organización, vid. Ambos (coord.), Malarino/Guzmán/Gil Gil/Meini/López Díaz, Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, Un estudio comparado, Temis, Bogotá, 2008.

[126] Aboso, Los límites de la autoría mediata, Bdef, Buenos Aires- Montevideo, 2012, pp. 261 y ss.

[127] STS, 1012/2010, del 15/10/10, con cita del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, del 27/10/09.

[128] Hilgendorf en Satzger/Schmitt/Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar, § 184d/1.

[129] También se suman las resoluciones del Parlamento Europeo adoptadas el 19 de septiembre de 1996, sobre los menores víctimas de violencia, el 12 de diciembre de 1996, sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea, el 24 de abril de 1997, sobre la Comunicación de la Comisión relativa a los contenidos ilícitos y nocivos en Internet, y el 6 de noviembre de 1997, sobre la Comunicación de la Comisión sobre la lucha contra el turismo sexual que afecta a niños y el Memorándum relativo a la contribución de la Unión Europea a la intensificación de la lucha contra los abusos y la explotación sexual de que son víctimas los niños y la del Consejo europeo de 29 de mayo de 2000 Relativa a la Lucha Contra la Pornografía Infantil en Internet se refiere a esta problemática.

[130] Wolters en Satzger/Schmitt/Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar, § 183/4; Frister, Strafrecht, AT, § 25/12, respecto del delito de exhibición regulado por el § 183 del StGB alemán.

[131] En contra, Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala II, "Ponce, J. E. s/ participación", del 27/9/91.

[132] BGHSt 36, 231, 234; BGH NSTZ 2002, 597; BGH, sentencia del 8/5/02 - 3 StR 8/02; BGH, sentencia del 15/9/04 - 2 StR 242/04; BGH, sentencia del 14/1/09 - 1 StR 158/08 - BGHSt 53, 145 - NSTZ 2009, 289; BGH, sentencia del 28/10/09 - 1 StR 205/09; BGH, sentencia del 11/1/11 - 1 StR 517/10; BGH, sentencia del 3/3/11 - 4 StR 52/11.

© Copyright: Universidad Austral