

## Delitos Abuso Sexual Agravado Menor De Edad Delito Continuado Reduccion De La Pena

### JURISPRUDENCIA

Delitos. Abuso sexual agravado. Menor de edad. Delito continuado.

**Reducción de la pena** Se rechaza el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que condenó al imputado por abuso sexual con acceso carnal agravado y se descarta una supuesta errónea aplicación del artículo 55 del Código Penal, al concluirse que no se podían tener por configuradas en el caso las particularidades propias del delito continuado porque, pese a que los ataques estuvieron dirigidos a la misma víctima, no se hallaron presentes los recaudos relativos a la inmediatez temporal ni espacial de los acontecimientos, así como tampoco la misma modalidad de comisión, todo lo cual justificó la falta de unidad de designio o de resolución a la cual echó mano la defensa para fundar su agravio.

**ACUERDO** En la ciudad de La Plata, a 12 de diciembre de 2018, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Kogan, Soria, Negri, de Lázzari, se reúnen los señores Jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa P. 129.377, ?V., J. M. s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 73.769 del Tribunal de Casación Penal, Sala II?. **ANTECEDENTES** La Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, mediante el pronunciamiento dictado el 21 de junio de 2016, rechazó el recurso interpuesto por la defensa de J. M. V. contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal n° 1 del Departamento Judicial de La Plata que lo condenó a la pena de diecisiete años de prisión, accesorias legales y costas por resultar autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser el encargado de la guarda y aprovechando la situación de convivencia preexistente.

Asimismo, corrigió el pronunciamiento mencionado, disponiendo que el nombrado quede condenado por dos hechos del delito antes señalado (v. fs. 62/69). Contra esa decisión, la señora defensora oficial adjunta ante el Tribunal de Casación interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 73/80), el cual fue concedido parcialmente por la Sala interviniente mediante resolución de fs. 83/86.

El señor Procurador General dictaminó a fs. 94/97, aconsejando que el recurso sea rechazado. Dictada la providencia de autos (v. fs. 98) y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente **CUESTIÓN** ¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley? **VOTACIÓN** A la cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

I. El señor defensor oficial interpuso -contra la sentencia de casación obrante a fs. 62/69- recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, que fue parcialmente concedido, de conformidad con lo que surge de la resolución de admisibilidad obrante a fs. 83/86. En el segmento de la impugnación que superó la admisibilidad recursiva, denunció la errónea aplicación del art. 55 del Código Penal al considerar que la sucesión indeterminada de episodios de abuso sexual por el que se condenara a su asistido J. M. V., constituyeron conductas progresivas, que desde la subjetividad del autor cumplieron con un único e idéntico designio, afectando -en forma discontinua pero gradual- el mismo bien jurídico (v. fs. 75). Sostuvo que están presentes en el caso los requisitos que se exigen para la aplicación del supuesto de delito continuado, indicando a tal fin: la presencia de un dolo unitario, la repetición en la afectación típica y progresiva del mismo bien jurídico y la identidad del titular del bien jurídico afectado, la menor N. C..

En razón de ello requirió la determinación de la escala penal en los términos del art. 54 del Código Penal, con la consecuente disminución de la pena. II. En subsidio solicitó que para el caso de confirmarse el encuadre bajo el concurso real de delitos, teniendo en consideración que el Tribunal de Casación lo estableció en la pluralidad mínima (dos hechos) debió ello repercutir en la pena, llevándola a un monto menor (v. fs. 75 vta. y 76). III. El señor Procurador General, doctor Julio Conte Grand, dictaminó a fs. 94/97 propiciando el rechazo del recurso. Coincidió con él. En primer lugar, corresponde señalar que el Tribunal de Casación abordó el mismo planteo que aquí trae el recurrente, descartando la aplicación al caso del supuesto de delito continuado. En tal sentido resultó categórico el voto del doctor Mancini -a quien adhiriera el doctor Celesia- en cuanto afirmó que ?...no resulta correcto confundir unidad de resolución o designio con resoluciones idénticas, ni con el designio de cometer una serie de delitos? (fs. 64 y vta.).

A ello agregó que resultaba dirimente que el acusado hubiera -en cada una de las ocasiones- buscado ?...un desahogo sexual concreto de manera independiente de los demás. En cada oportunidad el autor agotó su concreto designio abusivo. En cada una de las ocasiones en que Valenzuela violó a la menor, agotó cada maniobra delictual, renovando su vocación abusiva en los diversos episodios, lo cual también hace inatendible la petición de que se computen diversas acciones como un único delito continuado? (fs. 64 vta.). IV. Esta interpretación del delito continuado coincide con la que ha venido realizando esta Corte desde hace mucho tiempo (pues recordemos que en nuestro ordenamiento no se encuentra consagrado expresamente sino que su aplicación proviene de la doctrina y la jurisprudencia). En anteriores ocasiones he traído un antiguo voto del doctor Fernández (a quien adhirieran Bustos, Quijano y Rozas) en el que, a fin de rechazar un planteo de la defensa

que propugnaba la continuidad delictiva para varios hechos de hurto de ganado de un mismo campo, se sostuvo que "...los elementos integrantes de [el delito continuado] lo constituyen la unidad de resolución, la pluralidad de acciones y la unidad de lesión jurídica (ver Soler, t. II, pág. 346)? (conf. causa Ac. 304: ?Andicochea, Leonardo; Cejas, Donato y otros. Hurto de ganado mayor reiterado, en General Lamadrid?; sent. de 26-XI-1957, publicada en ?Acuerdos y Sentencias?, 1957-VI, págs. 109/116). Esta postura se condice con la proveniente de la doctrina italiana que exigía que para la configuración del delito continuado, el autor en el aspecto subjetivo, debía contar con lo que Carrara llamaba ?resolución criminal única? (conf. Carrara, Francesco: Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte General, Tomo I. traducción Octavio Béeche Argüello y Alberto Gallegos Pacheco, primera edición, San José, Jurídica Continental, 2000, pág. 292); posicionamiento confirmado en varios otros precedentes en los que esta Corte -incluso con otra integración- estableció como doctrina legal que "...para que haya delito continuado es necesario que haya unidad de resolución o de designio. En consecuencia, no procede esa calificación cuando se juzga una pluralidad de acciones y de designios independientes? (conf. causas Ac. 6.133, ?Ferreira, Rubén Saúl. Estafas reiteradas?, sent. de 16-VII-1963, magistrados votantes: Nápoli-Quijano-Martocci-Acuña Anzorena, publicada en ?Acuerdos y Sentencias? 1963-II, págs. 359/362; Ac. 7416: ?Tau, José Azziz. Estafas reiteradas?, sent. de 11-V-1965, magistrados votantes: Martocci-Nápoli-González Bergez-Acuña Anzorena, publicada en ?Acuerdos y Sentencias? 1965-I, págs. 1.006/1.009). En ese sentido ya en otras oportunidades he señalado que "...ante la falta de consagración legal expresa del supuesto de delito continuado, debe exigirse a la jurisdicción la mayor meticulosidad posible en la justificación de su aplicación, puesto que no existe total consenso de la doctrina y la jurisprudencia respecto a qué hipótesis delictivas se extiende, como así tampoco cuáles son los requisitos de mínima y de máxima que se exigen para afirmar su concurrencia? (v. mi voto en P. 121.641, sent. de 31-VIII-2016). Por ello, aun cuando el recurrente enumere ciertos requisitos que -entiende- presentes en el caso, no se logra revertir la conclusión de que en el supuesto en análisis no haya habido una ?unidad de resolución o designio única?, esto es, un dolo único abarcativo de los hechos que se suscitaron (art. 495, CPP). V. A lo expuesto debo agregar un dato más. La pretendida aplicación de la continuidad delictiva en los casos de los delitos contra la integridad sexual, ha obtenido reparos de peso en el derecho comparado. En efecto, son variadas las voces que ante ofensas a bienes jurídicos calificados como ?eminente o altamente personales? (höchstpersönliche Rechtsgüter) niegan la posibilidad de que la aplicación del delito continuado permita abarcar el desvalor total de la conducta realizada por el autor, en la idea de que el menoscabo seriado del mismo bien jurídico compromete en tales hipótesis intereses de la persona relacionados de forma íntima con la ?dignidad humana y su indemnidad?. Por ello es que en tales supuestos, se exige que deban ser valorados, protegidos y sancionados de forma especial e individual por el derecho penal, pues su afectación es irreversible a su estado original tras culminar el ataque antijurídico (v. Posada Maya Ricardo; Delito continuado y concurso de delitos, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012, págs. 512/513). Ya en su momento Edmundo Mezger, tomando como ejemplo un caso de abuso, sostenía que la exigencia a nivel subjetivo "...ha sido criticada con razón, porque es absurdo otorgar el privilegio de la continuación y, por consiguiente, de un solo hecho, a quien ha concebido desde un principio el 'dolo total' y se aprovecha cada vez de nuevo de la misma oportunidad para su acción punible (por ejemplo, abusar siempre de nuevo del mismo niño, § 176, n.º. 3), y pone de manifiesto, así, una voluntad delictiva especialmente intensa, en contraposición con el que cede reiteradamente a la tentación que se le presenta? (Mezger, Edmundo; Derecho Penal Parte General, traducción de Conrado Finzi, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, págs. 342). Sobre el punto, explica Donna que en aquel país esta teoría también es criticada más recientemente, entre otros, por Köhler, quien sostiene que la unidad de acción tiene su límite en los delitos contra las personas, afirmando que la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Alemán -BGH (1994)- ha dejado afuera esta doctrina con importantes argumentos, en especial el privilegiar la delincuencia en serie y el de ?simular? el dolo único (Donna, Edgardo A.; El individuo pensado como persona o como cosa, publicado en La Ley, Suplemento Jurisprudencia Argentina, 7-III-2018, págs. 2). Efectivamente, el indicado Tribunal Supremo Federal Alemán frente a los supuestos de abuso sexual [StGB §§ 173, 174 y 176] decretó no reconocer el delito continuado como unidad jurídica o típica de acción. Incluso, respecto a otros tipos penales, el BGH declaró que para el tratamiento adecuado del desvalor total de estos supuestos, bastan las disposiciones concursales cuya adecuación debe examinarse caso a caso por los tribunales (conf. Posada Maya, Ricardo, ob. cit., pág. 461). Donna concluye que en definitiva la del delito continuado se trata de una teoría antigua "...en el mal sentido de la palabra, dejada de lado por la doctrina y la jurisprudencia y aparece, especialmente en este tipo de delitos [en referencia a los delitos contra la integridad sexual] como una forma de simulación del dolo que dogmáticamente es inexplicable? (ob. cit.). Es que incluso en España, aun cuando el Código Penal ibérico regula en forma expresa la unificación típica continuada, razones político criminales llevaron a establecer que su aplicación resulte facultativa en casos de infracciones contra el honor, la libertad e indemnidad sexuales, disponiendo así que ?En estos casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva? (CPE, apdo. 3 del art. 74, modif. por LO 15/2003). VI. En consecuencia, en virtud de las razones expuestas, debe rechazarse el intento por revertir la aplicación del enlace real regulado por nuestro ordenamiento de fondo (art. 55,

Cód. Penal) a los hechos comprobados, pues no ha sido demostrada la errónea aplicación de ley sustantiva ni la violación de la doctrina legal referida a ésta. VII. Finalmente en cuanto al planteo subsidiario, también propicio su rechazo dado que el magistrado ponente del tribunal intermedio puntualmente se encargó de explicar que aun cuando se corrigiera la pluralidad delictiva, ello no tendría injerencia en la cuantía sancionatoria, repasando a tal fin el tratamiento de las atenuantes y agravantes que concurrían en el caso (v. fs. 66 parte final/68). Este reclamo de la parte recurrente no hace otra cosa que poner en evidencia un criterio divergente sobre el quantum de la pena, lo cual no implica ni significa violación legal alguna (causas P. 43.015, sent. de 25-II-1992; P. 55.688, sent. de 31-X-1995; P. 64.969, sent. de 12-III-2003; P. 77.983, sent. de 11-VI-2003). Además, debe tomarse como premisa que el digesto sustantivo no contiene un determinado sistema legal para efectuar la dosimetría, ni un punto de ingreso a la escala penal dentro del marco de las previstas para las penas divisibles en razón del tiempo o de la cantidad por los arts. 40 y 41 del Código Penal (conf. causas P. 74.318, sent. de 7-V-2003; P. 67.662, sent. de 10-IX-2003; P. 105.758, sent. de 3-III-2010; P. 111.426, sent. de 12-IX-2012; P. 112.316, resol. de 17-IV-2013; P. 112.514, resol. de 24-IV-2013; e.o.). Por todo lo dicho, voto por la negativa. A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo: Concuero con la ponente en que el recurso no puede prosperar. Tal como lo señala la doctora Kogan en el apartado VI de su voto el reclamo deviene insuficiente a efectos de revertir la aplicación del mentado art. 55 del régimen penal a los hechos comprobados del caso. El tribunal intermedio tuvo en consideración para descartar la pretendida solución de la figura del delito continuado ?...que más allá de que objetivamente pudiera afirmarse una identidad en cuanto a la víctima, no resulta exacto afirmarla completamente en cuanto al lugar de los hechos?, desde que el autor buscó esporádicamente distintos sitios para concretar los abusos que damnificaran a la niña, ni tampoco hubo una identidad en cuanto al modus operandi, dando razones de esas diversas circunstancias. De modo que en el caso -según concluyó- no se acreditó ?...una unidad de designio en los distintos sucesos? a fin de que pudiera considerarse la viabilidad de ese reclamo (v. fs. 64). Lo así decidido no ha sido debidamente controvertido por el recurrente, pues se desentiende de que a la luz de lo probado el a quo no tuvo por configuradas las particularidades propias del ?delito continuado? respecto del abuso sexual repetido, pues, pese a que los ataques estuvieron dirigidos a la misma víctima, señaló que no se hallaron presentes los recaudos relativos a la inmediatez temporal ni espacial de los acontecimientos, así como tampoco la misma modalidad de comisión, en todo lo cual justificó la falta de unidad de designio o de resolución a la cual echó mano la defensa para fundar su agravio. Por el contrario, la casación encontró dirimente ?...el hecho de que el acusado en cada una de esas ocasiones, buscó su desahogo sexual concreto de manera independiente a los demás?, como se dijo, planificando los momentos, oportunidades y espacios en que los abusos tendrían lugar, y mediante diversas modalidades de comisión. Frente a esta línea argumental del sentenciante para justificar la aplicación de las reglas del concurso real (art. 55, Cód. Penal), la defensa opone su opinión discrepante, sin demostrar la errónea aplicación de la ley sustantiva ni la violación de doctrina legal referida a ésta. Media pues insuficiencia impugnativa (arg. art. 495, CPP; doctr. causa P. 107.961, sent. de 11-III-2013 -a contrario sensu-; e.o.). Por lo demás, en cuanto al planteo subsidiario, adhiero a las consideraciones de la ponente en el apartado VII del sufragio al que vengo haciendo referencia. Voto por la negativa. Los señores Jueces doctores Negri y de Lázzari, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votaron también por la negativa. Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente SENTENCIA Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por la Procuración General, se rechaza el recurso extraordinario interpuesto, con costas (art. 496, CPP). Regístrese, notifíquese y devuélvase. EDUARDO NESTOR DE LÁZZARI HECTOR NEGRI DANIEL FERNANDO SORIA HILDA KOGAN R. DANIEL MARTINEZ ASTORINO Secretario Correlaciones: G., M. A. s/abuso sexual agravado - Trib. Crim. N° 3 - Mar del Plata - 02/09/2014 - Cita digital IUSJU220463D

034413E