

Abuso Sexual Con Acceso Carnal Menor De Edad Estupro Consentimiento De La Víctima Inmadurez Sexual Delito Continuado

JURISPRUDENCIA

Abuso sexual con acceso carnal. Menor de edad. Estupro.

Consentimiento de la víctima. Inmadurez sexual. Delito continuado Se hace lugar a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos y se revoca la sentencia apelada, condenándose al imputado como autor materialmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal contra una menor, al concluirse que resultó arbitraria la sentencia que encuadró los hechos bajo la figura del estupro, ya que el abuso sexual con acceso carnal agravado no requiere que el autor despliegue violencia física para forzar a la víctima y poder someterla sexualmente, por cuanto también se configura por el quebrantamiento de la voluntad a través de medios coactivos, los que pueden consistir en infundirle temor al anunciarle un mal concreto si no satisface sus deseos. Salta, 12 de marzo de 2019. Y VISTOS: Estos autos caratulados ?C/C C., S. N. POR ABUSO SEXUAL AGRAVADO POR LA CONVIVENCIA PREEXISTENTE CON UNA MENOR DE EDAD, ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR LA CONVIVENCIA PREEXISTENTE CON UNA MENOR DE EDAD TODO EN CONCURSO REAL EN PERJUICIO DE S.J.C. (M) - RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD? (Expte. N° CJS 39.560/18), y CONSIDERANDO: Los Dres. Guillermo Alberto Posadas, Abel Cornejo, la Dra. Teresa Ovejero Cornejo y los Dres. Sergio Fabián Vittar y Ernesto R. Samsón, dijeron: 1°) Que esta Corte hizo lugar a las quejas por los recursos de inconstitucionalidad denegados (v. copias de fs. 426/428 y 431/433); en virtud de ello y habiéndose otorgado la correspondiente intervención a todos los interesados (v. fs. 435 vta., 436, 439/vta., 440 y 448 vta.), corresponde ahora examinar el fondo de la cuestión planteada. 2°) Que a fs. 344/355 vta. el Fiscal de Impugnación N° 3 interpone recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Sala I del Tribunal de Impugnación de fs. 338/343. Reseña que la Vocalía N° 2 de la Sala V del Tribunal de Juicio condenó a S. N. C. a la pena de ocho años de prisión efectiva por resultar autor materialmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la convivencia bajo la modalidad de delito continuado (arts. 119, 3er párr. en función del 4to párr. inc. f, 29 inc. 3°, 40 y 41 del Código Penal; v. fs. 270/278). Señala que la Sala I del Tribunal de Impugnación, al hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido por la defensa técnica, lo condena en definitiva a la pena de seis años de prisión por resultar autor del delito de estupro agravado por la convivencia preexistente (arts. 120, 1er y 2do párr. en función del 119, 4to párr., inc. f del Código Penal). Cuestiona la resolución del ?a quo?, a la que tacha de arbitraria por omitir valorar la prueba rendida en el juicio y suplirla con una visión parcializada de las constancias de la causa. En esa idea, entiende que del relato vertido por la menor, usando el sistema de cámara Gesell, quedó acreditada la comisión de tres hechos abusivos perpetrados sin su consentimiento, en el mes de junio de 2016. Afirma que si bien el Tribunal de Impugnación da por cierta la versión de la víctima, controvierte el razonamiento empleado para concluir en la falta de vulneración o quebrantamiento de su voluntad, elemento que considera integrante del tipo penal y cuya ausencia desplaza la figura del abuso sexual por la del estupro. Refiere como arbitraria la ponderación que hace el ?a quo? al determinar como opinable que en el caso hubiese consentimiento para el acto sexual y, por aplicación del beneficio de la duda, modifica la calificación legal del hecho basándose exclusivamente en el informe médico de fs. 5 del legajo de investigación, al que describe como contradictorio pues da cuenta que la niña no tiene capacidad para repeler la agresión física del agresor, pero al mismo tiempo informa que su contextura es normal para su edad y, por lo tanto, posee ?alguna? capacidad para resistir ataques. Arguye que esa contradicción no se compadece con la versión de la menor, la que encuentra apoyo en el informe psicológico de la lic. María del Valle Cornejo, en el que no se encontró indicadores de mendacidad o fabulación en la víctima; además, alega que se ha desechado sin razón valedera alguna lo expuesto en aquel informe, respecto a la situación de escolaridad de la niña y su personalidad, de los que se infiere la vivencia de situaciones traumáticas que afectaron su integridad psicosexual e inciden en su desenvolvimiento actual (trastorno postraumático). En especial, refiere que en el debate, a preguntas del tribunal, la profesional sostuvo que la menor no dio consentimiento para el acto sexual (v. fs. 264). 3°) Que a fs. 360/365 vta. la señora Asesora General de Incapaces también deduce recurso de inconstitucionalidad y solicita la revocación de la sentencia casatoria, en tanto que a fs. 442/447 emite el respectivo informe. Afirma que se encuentra legitimada para recurrir de conformidad a los arts. 54 y 56 inc. 5 de la Ley 7328, 103 del Código Civil y Comercial, las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, y el art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Considera que la decisión del Tribunal de Impugnación resulta arbitraria por contradicción toda vez que si bien le asigna veracidad incuestionable a la declaración de la menor, luego pone en duda el modo en que describe el sometimiento por parte de su tío, al que le da un sentido de aceptación al acto. Sostiene que de las declaraciones testimoniales de C. F. E. (madre de la menor), R. N. F. (profesora) y del informe

psicológico elaborado por la lic. Cornejo, no surge la duda alegada por el ?a quo? sobre la inexistencia del consentimiento de los actos sexuales a los que fue sometida por parte de Condorí. Concluye aseverando que la sentencia es arbitraria, además, por omitir aplicar el derecho vigente, en especial los arts. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 3° inc. b) de la Ley 26061, 16 incs. c), d) e i) de la Ley 26485 y al apartarse de las constancias de la causa. 4°) Que en su dictamen de fs. 450/453 vta. la Fiscal ante la Corte N° 2 opina que, por las razones allí expuestas, corresponde hacer lugar a los recursos interpuestos. 5°) Que esta Corte ha recordado en numerosos precedentes que en nuestro sistema procesal penal rige el sistema de libertad probatoria y de la sana crítica racional (arts. 282, 286, 483 y cc. del C.P.P., Ley 7690 y modificatorias). Ello implica, por un lado, que el juez no debe atenerse o limitarse a los elementos probatorios descriptos por la ley y que, sean cuales fueren los que se arrimen a la causa para demostrar o desvirtuar la existencia del hecho, conserva la facultad de valorarlos conforme a las reglas del recto entendimiento humano, sin sujeción a directiva o tasación alguna (Tomo 135:313; 213:77; 219:281, entre muchos otros). En ese sentido y en relación con los delitos de índole sexual, este Tribunal ha precisado su dificultad probatoria, con lo cual ha dejado sentada la validez de los datos que, conjuntamente, indican la existencia de un suceso con relevancia penal que, de ordinario, es cometido en clandestinidad (Tomo 170:191; 186:889; 195:161; 206:481, entre otros). En efecto, este tipo de delitos se cometen generalmente sin la presencia de testigos y, por ello, adquieren fundamental importancia los dichos de la víctima, al extremo de que nada impide que un pronunciamiento condenatorio se sustente sólo en su declaración testimonial, siempre y cuando sea objeto de un riguroso análisis y se expongan los aspectos que determinan que le sea asignada credibilidad, convirtiéndola en un elemento preponderante por sobre la negativa del acusado (Tomo 138:771; 140:445; 200:241; 218:691, entre muchos otros). Debe tenerse en cuenta que difícilmente se pueda contar en estos casos con prueba directa y contundente, por lo que la vía de acceso hacia la verdad será la de la valoración sistemática de todos los indicios, que juntos y coherentemente formarán parte de un todo, revistiendo así suficiente fuerza probatoria (esta Corte, Tomo 163:319; 205:91). Además, la certeza necesaria para condenar no debe insoslayablemente surgir de un panorama totalmente desprovisto de elementos favorables a la posición del acusado; es claro que una exigencia de tal naturaleza determinaría que prácticamente cualquier movimiento defensivo en el plano de la prueba, o cualquier debilidad de la evidencia -aún de la incorporada de oficio o a pedido de la parte acusadora- frustraran la posibilidad de una condena. Sin embargo, la viabilidad de un pronunciamiento contrario al acusado requiere un convencimiento razonablemente alcanzado mediante el triunfo racional de los factores inculpanes por sobre los que revisten carácter neutro o favorable al encausado (esta Corte, Tomo 184:53; 200:241, entre otros). 6°) Que a partir de esos presupuestos y de la premisa de que no se encuentra en duda la existencia material de los hechos atribuidos al imputado C. (pues sólo se cuestiona el encuadre legal de esas conductas asignado por el Tribunal de Impugnación sobre la base de la presencia del consentimiento de la víctima), corresponde concluir que la sentencia puesta en crisis adolece claramente del vicio de arbitrariedad por motivación aparente (se sustenta en apreciaciones que provienen del fuero íntimo de los magistrados que la suscriben, sin ningún tipo de basamento en los hechos controvertidos en la causa, la prueba producida, la lógica y el sentido común) y contradictoria (?contamos con los dichos de la víctima, cuya veracidad se encuentra fuera de toda duda?, pero a renglón seguido deduce de un informe médico la aceptación de los actos al no repeler la agresión física del imputado, conf. consid. 9° de fs. 341 vta.). Es que, a través de un proceso intelectual irrazonable, el ?a quo?, analizando el relato de la menor sobre el modo en que ocurrieron los ataques, considera dificultoso determinar si se trató de una acción de dominación física sobre su persona con entidad suficiente para configurar la ?violencia? requerida por el tipo penal del abuso sexual o del concepto ampliado referido en la parte general del Código Penal (arts. 119 y 78). Y es ese obstáculo -inexistente por cierto- que a la luz del principio ?in dubio pro reo?, equívocamente hizo desplazar aquel tipo delictivo al constitutivo de la figura del estupro (art. 120 del C.P.), más beneficiosa para el imputado. Arribar a una conclusión de estas características importa apartarse deliberadamente de las disposiciones legales aplicables a la materia (fundamentalmente, el art. 16, inc. i de la Ley 26485) y requerir a la víctima -como ?conditio sine qua non?- actos de heroísmo ante un ataque a su integridad sexual a los fines de corroborar su existencia (conf. esta Corte, Tomo 217:333); además, la sumisión de la víctima nunca debe confundirse con consentimiento al acto (Tomo 170:869). 7°) Que el tipo penal del estupro, previsto por el art. 120 del Código Penal, requiere que las acciones descriptas en el segundo o tercer párrafo del art. 119 -sometimiento gravemente ultrajante y el abuso con acceso carnal- sean realizadas con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente. El concepto referido a la inmadurez sexual de la víctima importa una valoración no jurídica, que remite a "criterios ético-sociales o estándares de comportamiento reconocidos socialmente", constituye un elemento normativo del tipo penal (Carlos Fontán Balestra, ?Derecho Penal, Parte Especial?, Abeledo Perrot, Bs. As., 2002, pág. 226) cuya configuración en el caso debe ser ponderada por el juzgador (Enrique Bacigalupo, ?Derecho Penal, Parte General?, 2da ed., Hammurabi, Bs. As., págs. 228 y 229). A fin de esclarecer el verdadero sentido de esta expresión resulta pertinente recordar que ?la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador? (CSJN, Fallos, 302:973), y ?la

primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley? (Fallos, 299:167), así como que ¿los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió? (Fallos, 300:700). En esta tarea se debe recurrir al acta de labor parlamentaria con motivo del tratamiento de la Ley 25087, que sustituyó el delito en cuestión. Animó tal reforma "una percepción de las agresiones sexuales acorde con el estado actual de nuestra cultura [que] debe considerar el crimen sexual estrictamente como una injuria a la integridad física y psíquica y a la libre decisión de la víctima, no una injuria a la pureza o castidad de ella, ni al honor de algún varón" (inserción del dip. José Ignacio Cafferata Nores, "Antecedentes Parlamentarios", La Ley, 1999-B, pág. 1614). Se trata ahora de resguardar el derecho de todo individuo a un trato sexual libre y consciente, prerrogativa que -cuando atañe a menores que no pueden prestar un consentimiento válido- muta en un derecho a la intangibilidad sexual (Víctor Reinaldi, ¿Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino - Ley 25087?, Lerner, Córdoba, 1999, pág. 33). En lo que refiere a la figura que sustituyó al viejo estupro es claro que la opción del legislador por la expresión inmadurez sexual no fue fortuita: "se suprime el requisito de ¿mujer honesta' partiendo de que el bien jurídico tutelado es la integridad y no la honestidad, y que en estos casos lo que se ve comprometido es la capacidad para asumir libre y plenamente el consentimiento. Se quiere castigar el abuso del sujeto activo de la inexperiencia o de la inmadurez del sujeto pasivo, abuso que resulta posible por las condiciones personales o situaciones de aquél. La fórmula elegida permitirá evitar punir simples relaciones sexuales entre menores, que son más habituales actualmente, dado que es más frecuente que la vida sexual se inicie en edades más tempranas. El sexo entre dos adolescentes libremente decidido en condiciones de igualdad, no es lo mismo que el aprovechamiento, por ejemplo, de un profesor de la inmadurez de su alumna menor de 16 años" (Inserción del dip. Cafferata Nores, "Antecedentes", cit., pág. 1615). En la misma dirección, el senador Jorge Yoma expuso que "se elimina el concepto absolutamente anacrónico que implica vincular la honestidad de la mujer con el hecho de ser sujeto pasivo del delito. En el estupro se incorporan elementos importantes, como el caso del abuso de la inexperiencia sexual. Deja afuera las relaciones sexuales entre menores, el amor entre adolescentes, que deriva en relaciones sexuales" ("Antecedentes", cit., pág. 1625). Así, mientras que un menor de trece años no puede formar un consentimiento válido para trato sexual de ninguna índole (art. 119, primer párr. del C.P.), el que supera dicha edad pero no los dieciséis años, que aún no es sexualmente maduro, sólo puede decidir sobre dicha esfera de su vida de relación en tanto la persona con quien se vincule no se aproveche de una posición de supremacía dada por su diferencia de edad u otra situación de preeminencia (art. 120 del C.P.). De lo reseñado se colige que la madurez sexual, a la que en forma negativa alude el tipo penal, no se circunscribe a un conocimiento meramente físico o fisiológico acerca del acto sexual, ni siquiera cuando éste es producto de la práctica sexual. Tan acotada comprensión resulta insuficiente a la luz del interés protegido por la figura, que involucra el más amplio ámbito de la sana e íntegra conformación de la personalidad en el área sexual, en base a la cual puede el adolescente discernir el verdadero sentido y naturaleza de su conducta, para prestar un consentimiento libre y consciente sobre aquellas acciones que puedan afectar dicha esfera vital. Es esta la lectura que atiende al fin de protección de la norma ¿sub examine? y que al mismo tiempo surge de su tenor literal, toda vez que "madurez" implica "buen juicio o prudencia, sensatez" (Diccionario de la Real Academia Española, 23ra ed., 2014). No es irrelevante, en este sentido, que el legislador haya optado por requerir "madurez" y no "experiencia" sexual, puesto que esta última alude a un simple conocimiento o práctica que no alcanza a trascender a estratos valorativos. Por último, como elemento especial del tipo penal, la figura en análisis requiere que el autor cuente con el consentimiento de la menor para la realización de los actos de los que la hace objeto, el que puede ser dado en forma expresa o tácita; empero, corresponde resaltar que éste carece de plena validez pues el autor lo obtiene aprovechándose de la inmadurez sexual de su víctima (mayor de 13 y menor de 16) -el que se deduce de las pautas que la ley brinda: mayoría de edad del autor, relación de preeminencia entre autor y víctima u otra circunstancia equivalente- lo que le impide a ella apreciar las consecuencias del acto. En esta dirección, se ha sostenido que ¿no se trata de un acto forzado, sino de uno llevado a cabo con consentimiento, aunque prestado por determinadas personas que el legislador ha entendido no tienen, por su edad, la necesaria experiencia o madurez sexual? (Andrés José D'Alessio, ¿Código Penal, comentado y anotado?, La Ley, 2011, Tomo II, pág. 160). Este elemento ha llevado a algunos autores a señalar que el consentimiento dado por la menor resulta ineficaz por su estado de inmadurez sexual, falta de experiencia sexual y seducción real del autor, no ha podido consentir de manera válida, ya que no ha comprendido la significación del acto. Y, ¿al ser el abuso, consentimiento mediante, por la seducción de la víctima menor de 16 años, se distingue este tipo penal de las figuras del art. 119 del Código Penal, que tienen como base la violencia, ya sea real o presunta" (conf. Ricardo Donna, ¿Delitos contra la integridad sexual?, 2da ed. act., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, págs. 106 y 113). 8º) Que en el ¿sub lite?, del relato de la menor no surge la aceptación para la relación de los actos de los que fue objeto por parte del imputado (v. fs. 44/46 vta. del legajo de investigación), afirmación que se encuentra corroborada tanto por el estudio psicológico realizado por la lic. María del Valle Cornejo, prueba incorporada al proceso y no rebatida ni cuestionada por la defensa del imputado (v. fs. 84/85 y 263/265), como por la declaración testimonial de la profesora R. N. F. Z. (v. fs. 255 vta./256). Por lo demás, tampoco se acreditó que el autor se haya aprovechado de la inmadurez sexual de la víctima por su

mayoría de edad, preeminencia u otra circunstancia equivalente. Empero, lo que sí quedó probado, con la certeza necesaria para emitir una condena, es que S. N. C. es autor materialmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la convivencia, toda vez que esa figura penal no requiere -como elemento constitutivo del tipo- que el autor despliegue violencia física para forzar a la víctima y poder someterla sexualmente, por cuanto también se configura -como en el caso de autos- por el quebrantamiento de la voluntad a través de medios coactivos, los que pueden consistir en infundirle temor al anunciarle un mal concreto si no satisface sus deseos (?cuando mediar... amenaza, abuso coactivo o intimidatorio...?, art. 119 del C.P.; esta Corte, Tomo 170:869).

9°) Que resta señalar, sin perjuicio de que lo expuesto resulta suficiente argumento para revocar el fallo impugnado, que la figura del estupro se aplica ?siempre que no resultare un delito más severamente penado?, conforme lo dispone el art. 120 del Código Penal. El artículo contiene una relación de subsidiariedad expresa y restringida (concurso aparente de tipo penales) que excluye su imposición a aquellos supuestos en los que resulte un delito más severamente penado; de allí, si tenemos en cuenta que el estupro contiene una penalidad que va desde los tres a los seis años de prisión, debemos concluir que no se aplicará cuando se produzca un abuso sexual que gravemente ultrajante (2do párr. del art. 119) ya que ésta figura prevé una pena de cuatro a diez años de prisión, o incluso -como en el ?sub lite?- cuando hubiere abuso con acceso carnal (3er párr. del art. 119), dado que conlleva una pena de seis a quince años de prisión.

10) Que en definitiva y por lo expuesto, corresponde hacer lugar a los recursos de inconstitucionalidad deducidos por el Fiscal de Impugnación y la señora Asesora General de Incapaces y, en su mérito, revocar la sentencia de la Sala I del Tribunal de Impugnación. La Dra. Sandra Bonari y el Dr. Guillermo Alberto Catalano, dijeron: Adherimos al voto que abre el presente acuerdo, como así también a la solución jurídica allí postulada. Sin embargo, dado que la sentencia de la Vocalía N° 2 de la Sala V del Tribunal de Juicio del Distrito Judicial del Centro recepta la aplicación de la modalidad de delito continuado (v. fs. 270/278), consideramos imprescindible dejar a salvo la posición contraria a su utilización, inadmisibles en delitos contra la integridad sexual, tal como acontece en el caso.

1°) Que el instituto del delito continuado aparece -en nuestro país- como una creación doctrinaria y jurisprudencial, sin reconocimiento en la ley positiva como tal. Sin embargo, algunos autores consideran que la figura se encuentra prevista ?a contrario sensu? en el art. 55 del Código Penal (cfr. Ricardo C. Núñez, ?Manual de Derecho Penal, Parte general?, 5ta ed. act. por el Dr. Roberto E. Spinka, Lerner, Córdoba, 2009, pág. 285), en tanto otros dan como fundamento una interpretación racional de los tipos penales y de su alcance, con prescindencia de la necesidad de una norma que atenúe las consecuencias de la aplicación del referido art. 55 (cfr. Raúl Eugenio Zaffaroni, ?Tratado de Derecho Penal, Parte General?, Ediar, 1ra ed., 5ª reimp., Buenos Aires, 2014, Tomo IV, pág. 544) y no faltan quienes, desde una mirada crítica, descartan de plano cualquier aplicación de dicha institución en nuestro derecho (cfr. Jorge Luis Villada, ?Derecho Penal, Parte General?, 1ra ed., Virtudes, Salta, 2006, págs. 384 y 385).

Haciendo un breve repaso histórico, hay cierta coincidencia en cuanto a que su origen se remonta a la necesidad de disminuir la pena de muerte infligida al tercer hurto (cfr. Francesco Carrara, ?Programa del Curso de Derecho Criminal?, trad. por S. Soler, E. R. Gavier y R. C. Núñez, Depalma, Buenos Aires, 1944/1949, Tomo I, pág. 334).

En lo que al derecho nacional respecta, encontramos que el Código Penal de 1886 llegó a legislar el delito continuado en su art. 86: ?Si un delito de la misma especie se comete varias veces contra una misma persona o cosa, se castigará el acto más grave y los otros se considerarán circunstancia agravante?. En este mismo sentido, el Proyecto Peco de 1941 -nutriéndose de los arts. 81 del Código Penal italiano y 58 del uruguayo- definió al delito continuado en su art. 17: ?Al que, con dos o más acciones u omisiones, ejecutivas del mismo designio delictuoso, cometiere varias violaciones de la misma ley penal, incluso de distinta gravedad, se le considerará como autor de un delito único continuado, aunque hubiere diversidad de medio, modo, lugar, tiempo o persona? (cfr. Roberto N. Terán Lomas, ?Derecho Penal, Parte General?, 1ra ed., Astrea, Buenos Aires, 1980, págs. 281 y 282).

De lo dicho se desprende que la aplicación del instituto bajo examen obedeció a la búsqueda de un equilibrio en la punición de varios hechos delictivos vinculados. Se dice que en él media un dolo unitario -caracterizado como un único designio del agente- que se materializa en varias acciones unidas entre sí y en contra del mismo bien jurídico afectado. Para ejemplificar esta figura, los profesores universitarios y la doctrina en general suelen hacer uso de los siguientes casos: el del ?collar de perlas?, en el que el sujeto hurta una perla por día, o el del ?bibliotecario? que pretende apoderarse ilegítimamente de una obra literaria y hace lo propio hurtando un tomo de la colección en distintas oportunidades.

De esta forma se vislumbra un mismo contexto de conducta delictiva, que responde a un plan previamente trazado por el delincuente, dividido solo por razones circunstanciales; los hechos se presentan como secuelas de una situación delictiva permanente, y existe una interdependencia de cada uno de los hechos entre sí.

Ahora bien, tal como lo advierte Ricardo C. Núñez, cuando el criterio de su aplicación es netamente subjetivo (es decir, cuando se toma exclusivamente en cuenta el propósito o designio del agente, formado de antemano, de lograr determinado fin) se expone a castigar como un solo delito situaciones de verdaderos concursos reales de delitos. Por ello, sostiene categóricamente que los dependientes son los hechos y que no hay razón para sustituir esa exigencia objetiva por el simple propósito o designio concebido de antemano por el autor (cfr. ?¿Concurso real, delito continuado o un solo delito??, en Doctrina Penal, Depalma, Buenos

Aires, 1983, págs. 94 y 95). Dentro de la tendencia señalada, la legislación española regula el delito continuado y demanda para su tipificación de una unidad de propósito, pluralidad de acciones y homogeneidad jurídica, aplicándose el instituto también a los delitos que afecten la libertad e indemnidad sexuales de un mismo sujeto pasivo. Con relación al elemento subjetivo, requiere -como se dijo- de un dolo unitario, no siendo aplicable a acciones en las que el elemento subjetivo se renueva en cada hecho. Más allá de no adherir a la utilización del delito continuado en casos de afectación de bienes personalísimos, debemos rescatar que en España se acrecienta la escala punitiva con su aplicación. En nuestro país, en cambio, la pena aplicable sería la de un único delito, aminorándose su punibilidad. Sobre el particular, compartimos las críticas de Donna, cuando citando a Köhler -quien afirma que la unidad de acción tiene su límite en los delitos contra las personas- sostiene la inaplicabilidad de la figura ante acciones delictivas que afectan directamente a las personas como tales, y el límite infranqueable está dado por la dignidad de todo ser humano, máxime -agregamos por nuestra cuenta- cuando se trata de una niña, niño o adolescente. Así, enseña que lo que ha pasado en el delito sexual es que el autor ha decidido por las suyas que el otro es un objeto y que lo adquiere o lo usa a su antojo. El otro ya no será persona, solo un objeto en el mundo del agresor (cfr. Edgardo A. Donna, 'El individuo considerado como persona o como cosa', Thomson Reuters, cita online: AP/DOC/1134/2017). Con respecto al ejemplo del collar traído a colación previamente, se pregunta si son asimilables los casos, y responde que 'obviamente no, porque acá lo que se busca es la obtención por parte del autor de 'su placer' en cada acto, y cada acto es un injusto propio con sus características propias, porque la víctima, a pesar del agente, sigue siendo persona, con su dignidad. Luego, cada acto es un delito y se aplica la regla del art. 55 del Código Penal (...) salvo que se piense que, cada abuso sexual, sea una perla del collar del deseo del autor? (Donna, ob. cit.). En el mismo sentido, se expide Justo Laje Anaya al sostener que 'se puede hablar de hurto continuado, porque el bien jurídico permite, por su carácter, que el segundo hurto sea la continuación del primero, y que el autor hubiese preferido dividir el hecho. Hubiese preferido cometer el hurto de a poco, o de poco a poco. Más no se podrá hablar de violación continuada, no obstante que el segundo acceso carnal sea ejecutado durante el tiempo en que la víctima se halló bajo la fuerza o la intimidación del autor. Ello, sencillamente, porque este atentado contra la honestidad no puede, a diferencia de lo que ocurre en el hurto, ser cometido poco a poco, o de a poco. El ladrón puede, en vez de hurtar las cinco monedas de oro en un mismo tiempo, apoderarse de esas cinco monedas de oro en cinco oportunidades distintas. ¿Cómo hará el violador para cometer cinco violaciones distintas, de a poco o de poco a poco? Esto revela que en esta última infracción, el segundo acceso carnal violento no fue la continuación del primero, sino que el segundo, fue a continuación del primero. Por ello es que el concurso (...) es real? (cfr. 'Imputabilidad. Culpabilidad. Participación. Concurso de delitos', Alveroni Ediciones, 1ra ed., Córdoba, 2007, pág. 144). Coincidentemente, se sostuvo que 'considerar a varias violaciones durante la noche en momentos bien diferenciados, como una sola, es no considerar la negativa de la víctima como integradora del tipo penal, es como que luego de la primera penetración carnal no consentida, se obtenga un pase libre para el resto de la noche, porque de todas formas es considerado un delito continuado (...) En cada reiteración aparece un nuevo sufrimiento para la víctima y que sólo es computado para el autor, en el marco del delito continuado, como una mera intensificación del primer hecho, como si la suma de tocamientos no tuviera importancia más allá de ello o como si la expectativa de la víctima de no tener que volver a padecer no contara? (cfr. Julio C. Castro, 'Abusos sexuales continuados. Un verdadero tema de concurso de delitos', Thomson Reuters, cita online: AR/DOC/799/2004). Por todas las razones expuestas, consideramos inadmisibles la utilización del instituto en el juzgamiento de delitos cometidos contra la integridad sexual. 2º) Que sin embargo, no resulta ajena la circunstancia de que en la gran mayoría de los casos la aplicación del delito continuado responde a la dificultad de precisar e individualizar cada uno de los reiterados hechos de abusos sexuales cometidos en contra de niñas, niños y adolescentes, en tanto el ordenamiento penal vigente no prevé una solución específica. Muchas veces por parte del juzgador existe la certeza de que está frente a más de un hecho de abuso, pero al no conseguir individualizarlos en las circunstancias de tiempo y lugar -en absoluto respeto al derecho de defensa en juicio del agresor- califica el accionar delictivo, al momento de la condena, como un solo hecho punible, sea admitiendo la existencia de varios hechos pero resaltando la imposibilidad de su concreta determinación, sea utilizando la figura del delito continuado. En cualquiera de las soluciones mencionadas la escala punible es idéntica, aunque algunos magistrados utilizan la primera alternativa y consideran la reiteración como circunstancia agravante al momento de la individualización de la pena. Esta particularidad responde a que, generalmente, el niño víctima es la única fuente de prueba; se requiere su testimonio, y sus dichos están condicionados por el secreto, las amenazas y el silencio. No debe olvidarse que estos hechos delictivos se encuentran enmarcados en el género de violencia y, por lo tanto, están caracterizados por la coerción y la asimetría de poder. Sobre el punto, resulta sumamente ilustrativo traer a colación uno de los pasajes de 'El Principito' de Antoine de Saint-Exupéry: 'A los adultos les gustan los números. Cuando uno les habla de un nuevo amigo, nunca preguntan sobre lo esencial. Nunca te dicen: '¿Cómo es el sonido de su voz? ¿Cuáles son los juegos que prefiere? ¿Colecciona mariposas?' Te preguntan: '¿Qué edad tiene? ¿Cuántos hermanos tiene? ¿Cuánto pesa? ¿Cuánto gana su padre?' Sólo entonces creen conocerlo'. Este extracto da cuenta magníficamente de

algunas de las diferencias entre el razonamiento de los niños y de los adultos; en otras palabras, muchas veces lo ¿importante? o, mejor dicho, ¿lo esencial? para los adultos -trátese de jueces, fiscales, defensores, etc.- es sustancialmente distinto a lo que los niños consideran importante o esencial, y eso hace que resulte dificultoso que un niño informe durante el desarrollo de la investigación propia de una causa penal, con la certeza que los ¿adultos? consideramos admisible, cuestiones a las que generalmente no les presta atención (v. gr. qué días fueron abusados, cuántos hechos fueron, en qué lugar se produjeron, en qué posición se encontraba el agresor, etc.). Ahora bien, cabe reflexionar a esta altura que la aplicación del delito continuado no solamente es errónea en los casos de múltiples delitos cometidos contra la integridad sexual cuando no es posible la precisa determinación de cada hecho, sino también -y aquí radica, fundamentalmente, la importancia de censurar su utilización- es peligrosa cuando se pretende aplicarlo extensivamente para los casos en los que cada hecho pudo ser acreditado e individualizado. 3°) Que en el ¿sub lite? se encuentra probado que el imputado S. N. C. abusó sexualmente en tres oportunidades distintas de la víctima S.J.C. durante el mes de junio de 2016 y, no obstante ello, fue condenado en la modalidad de delito continuado. El primer hecho sucedió en circunstancias en que la niña se encontraba durmiendo en su habitación; C. ingresó, se dirigió hacia su cama y llevó a cabo tocamientos en sus senos y en su vagina, en contra de su voluntad. El segundo hecho tuvo lugar cuando su madre fue a retirar a su hermano menor de la escuela y la niña estaba haciendo tareas en su casa; en esta ocasión, C. se le tiró encima, empezó a hacer ¿como hacen las parejas? y quiso penetrarla, pero no lo consiguió pues la niña se retiró del lugar. El tercer y último hecho ocurrió una tarde, aproximadamente a horas 14.40, cuando la niña se preparaba para asistir a la escuela de apoyo; el imputado impidió que la víctima logre su cometido y, por el contrario, la forzó a acompañarlo a su cuarto, la desvistió y, finalmente, la accedió carnalmente vía vaginal. Todos estos acontecimientos se encuentran corroborados -fundamentalmente- por la declaración de la niña S.J.C. en circuito cerrado de televisión, el informe realizado por la Lic. Luciana Barrionuevo Quiroga, el estudio psicológico de la niña elaborado por la Lic. María del Valle Cornejo y la declaración testimonial de esta última en la audiencia de debate (v. fs. 44/46 vta. y 49 y vta. del legajo fiscal y 84/85 y 263/264 vta. del expediente, respectivamente). 4°) Que de lo expuesto se colige que la calificación dada a los hechos tanto en la sentencia del tribunal de juicio (v. fs. 270/278) como en la del Tribunal de Impugnación (v. fs. 338/343) son equívocas, toda vez que el imputado debió ser condenado como autor de los delitos descriptos previamente en concurso real (art. 55 del C.P.). Empero, no pasa por alto que el fiscal -en la discusión final- consideró aplicable la modalidad del delito continuado en los hechos investigados y solicitó la pena de ocho años de prisión para el imputado (v. fs. 267/269 vta.), lo que -en definitiva- fue acogido favorablemente por el órgano jurisdiccional. Así las cosas, al ser más benigna para el acusado la calificación dada a los hechos no puede modificarse, pero cabe una vez más advertir que la pena impuesta lo fue por uno solo de los delitos cometidos. Ello es así porque la competencia de esta Corte en el caso que nos ocupa se encuentra limitada o recortada conforme al objeto expresado en los recursos de inconstitucionalidad articulados (art. 528 del C.P.P.) y no se podría perjudicar la situación del imputado obtenida merced a un pronunciamiento consentido en instancias inferiores, a fin de no lesionar los derechos y garantías contemplados por el art. 18 de la Constitución Nacional (cfr. CSJN, Fallos, 311:2478; esta Corte, 158:441). 5°) Que en definitiva y en razón de la imposibilidad de proceder a la modificación de la calificación dada a los hechos, corresponde hacer lugar a los recursos de inconstitucionalidad deducidos por el Fiscal de Impugnación y por la señor a Asesora General de Incapaces y, en su mérito, revocar el pronunciamiento de la Sala I del Tribunal de Impugnación y confirmar la sentencia de la Vocalía N° 2 de la Sala V del Tribunal de Juicio del Distrito Judicial del Centro. Por lo que resulta de la votación que antecede, LA CORTE DE JUSTICIA, RESUELVE: I. HACER LUGAR a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos a fs. 344/355 vta. y 360/365 vta., revocar la sentencia de fs. 338/343 de la Sala I del Tribunal de Impugnación y, en su mérito, confirmar la sentencia de la Vocalía N° 2 de la Sala V del Tribunal de Juicio del Distrito Judicial del Centro, agregada a fs. 270/278. II. MANDAR que se registre y notifique. (Fdo.: Dres. Guillermo Alberto Posadas, Ernesto R. Samsón, Sergio Fabián Vittar, Dra. Sandra Bonari, Dres. Guillermo Alberto Catalano -Presidente-, Abel Cornejo, Dra. Teresa Ovejero Cornejo -Jueces y Juezas de Corte-. Ante mí: Dr. Gerardo J. H. Sosa -Secretario de Corte de Actuación-).

040002E