

Reg. n° 523/2017

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 19 días del mes de junio de 2017, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Luis Fernando Niño, Eugenio Sarrabayrouse y Daniel Morin, asistidos por la secretaria actuante, Paula Gorsd, a los efectos de resolver los recursos de casación interpuestos a fs. 373/378 y 379/405, en este proceso n° CCC 12837/2012/TO1/CNC1, caratulado “L., A. A. s/ abuso deshonesto”, del que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 26 de esta ciudad, por sentencia cuyos fundamentos fueron leídos el 7 de julio de 2015, resolvió –en lo que aquí interesa–:

“ I) CONDENAR a A. A. L., [...] por hallarlo autor material penalmente responsable del delito de abuso sexual simple agravado por haber sido cometido contra una menor de trece años de edad, aprovechándose de la situación de convivencia preexistente con ésta, A LA PENA DE TRES AÑOS DE PRISION DE EJECUCION CONDICIONAL y al pago de las costas del proceso (arts. 26, 29 inc. 3º, 45, 119 primer párrafo e inc. f) del Código Penal)”.

II. Contra la sentencia condenatoria, la querrela y la fiscalía –a su turno– interpusieron respectivos recursos de casación (fs. 373/378 y 379/405), remedios procesales que fueron concedidos a fs. 406/407 por el tribunal de juicio.

III. Radicadas las actuaciones en esta instancia, se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo

Criminal y Correccional de la Capital Federal, cuyos integrantes decidieron otorgar al recurso el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 424).

Posteriormente, la defensa pública oficial –encargada de representar los intereses de L.–, acompañó en término de oficina un escrito argumentando las razones por las cuales no debía asignarse razón a los pedidos de la fiscalía y la querrela, al tiempo que mantuvo la reserva del caso federal (fs. 427/432).

Luego, la acusadora particular realizó la presentación titulada “AMPLIA RECURSO” (fs. 433/437) cuyo contenido no se diferencia, en demasía, al recurso que motivó la intervención de esta Cámara.

Posteriormente se citó a las partes, conforme lo establecido en el art. 465 del digesto ritual.

IV. En la jornada indicada se celebró la audiencia prevista por los artículos 465, 4º párrafo, y 468 del cuerpo legal citado, jornada en la que compareció la fiscalía y la defensa pública oficial, más no lo hizo la querrela quien presentó breves notas (fs. 442/452); lo cual se dejó constancia en el expediente.

Los agravios expresados en el escrito recursivo y en el término de oficina fueron reiterados, en lo sustancial, por el fiscal general Guillermo Pérez de la Fuente en esa oportunidad.

V. Tras la deliberación que tuvo lugar luego de finalizada la audiencia, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Luis Fernando Niño dijo:

I. Con el propósito de dar respuesta a los planteos de la querrela y la fiscalía daré cuenta del hecho tenido por cierto por el tribunal *a quo*.

La sentencia tuvo por acreditado que “A. A. L. abusó sexualmente en un número indeterminado de ocasiones, de la menor M. B. G., nacida

el X, dentro del período del año 2011 y hasta el 15 de abril de 2012, en el interior del domicilio ubicado en la calle L. V. X, P.B., dpto. "2".

En efecto, L. aprovechó la situación de convivencia con la menor y efectuó tocamientos lascivos en el cuerpo de la niña, en sus partes pudendas, por encima de su ropa, apoyó su miembro viril sobre el cuerpo de la menor y realizó movimientos de coito y pretendió besarla; uno de esos actos fue grabado por el imputado en un video VHS, el que fue encontrado por la pareja de éste, M. L. S., quien lo puso en conocimiento de la Madre de la menor G., S. R. G., quien realizó la pertinente denuncia".

Adelanto que no habré de explayarme acerca de los elementos de prueba que tuvo en consideración el Tribunal Oral para tener por acreditado el evento –aunque vale reparar, correctamente evaluados bajo la regla que la sana crítica racional regula–, a poco que se advierte que los planteos deducidos, por ambos recurrentes, no se dirigen a cuestionar la materialidad del ilícito sino a atacar la calificación jurídica adoptada y la dosimetría de la pena finalmente impuesta.

II. La fiscalía en su escrito, y luego en su presentación ante esta Cámara, delimitó el objeto de tratamiento de su impugnación en dos tópicos, en función de los cuales solicitó que: **a)** estando a la descripción del objeto procesal realizado en la sentencia en los dos primeros párrafos de la jueza Yungano se modifique la calificación legal por la de abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por haber sido cometido contra una menor de dieciocho años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexiste y, consecuentemente, se condene a L. a la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas, y subsidiariamente, **b)** se proceda a graduar nuevamente la sanción penal, habida cuenta de que el *a quo* habría violado las pautas fijadas por los artículos 40 y 41 del Código Penal, y se condene al encartado a la pena de siete años de prisión, accesorias legales y costas.

La querrela, por su parte, se valió de los argumentos de la jueza Llerena –en su voto disidente–, para requerir la subsunción jurídica del hecho tenido por acreditado en la agravante contenida en el art. 119,

segundo párrafo, del Código Penal. Adelanto que por tratarse del mismo agravio que deducido por el acusador público en su primer apartado de su escrito, reclamando la misma solución, habré de tratarlo conjuntamente con aquél.

III. Corresponde, pues, dar tratamiento al primero de los cuestionamientos traídos a consideración por el fiscal general ante este tribunal de alzada; aquel mediante el cual planteó que la calificación finalmente seleccionada por el *a quo* no se ajusta al suceso que se tuvo por cierto y a las probanzas colectadas en las presentes actuaciones.

En esa tarea, se ocupó de referir que *“las conductas que se tuvieron por acreditadas en la sentencia cuestionada sobrepasan el tipo básico de abuso sexual, y por su duración y circunstancias de realización configuraron un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima”*. En efecto, continuó el Sr. fiscal su exposición señalando que *“(n)o abrig(aba) duda alguna (de) que el comportamiento atribuido por el Tribunal a L. en cuanto a la víctima de las agresiones sexuales era una menor de edad, que convivía en la misma casa que su agresor mayor de edad, quien aprovechaba los momentos en que no había otros adultos en la casa para llevar adelante sus actos durante el menos dos años, y que llegó a filmar esas situaciones que duraron varios minutos; constituyen la realización de una humillación especialmente vejatoria que resulta desproporcionada a la lesión básica al bien jurídico denominado ‘integridad sexual’”*.

En cuanto a las circunstancias de realización, explicó que el solo hecho de que el imputado hubiese filmado uno de esos encuentros implicó una humillación mayor para la víctima, al punto de que se la cosificó. Y, en lo que refiere a la duración del abuso, hizo alusión de que ese requisito —receptado por la norma— se encontró plenamente acreditado en autos, habida cuenta de que los ataques fueron repitiéndose a lo largo de casi dos años y en forma periódica, en un número indeterminado de ocasiones —conforme los dichos de la menor, una o dos veces por semana—.

Paralelamente, la querella agregó que no existió solamente una reiteración delictual a lo largo del tiempo, sino que las conductas

reprochadas a L. –por su continuidad y prolongación, sobre todo la última registrada en video– importaron un sometimiento respecto de la víctima.

III.1. En la pieza procesal impugnada, el voto que lideró el acuerdo brindó las razones por las cuales estimó acertado apartarse de los pedidos realizados por ambos acusadores, orientados a que se aplicara la agravante regulada en el art. 119, segundo párrafo, del digesto de fondo.

En relación al concepto de duración explicó, citando doctrina sobre el tema, que califica de “gravemente ultrajante” el abuso que es excesivo en su prolongación temporal, es decir, que excede el tiempo necesario para llevarlo a cabo, representando un peligro mayor para la integridad de la víctima y una mayor afectación a su dignidad. Sobre esa base teórica, refirió que *“la evaluación de la prueba no ha permitido, con la certeza requerida en un pronunciamiento condenatorio determinar la cantidad de abusos”*.

En segundo término, dio cuenta de que tampoco puede agravarse la situación del acusado aludiendo a “las circunstancias de realización” del abuso, toda vez que *“(e)l sentido común indica que debe tratarse de hechos producidos en lugares públicos, a la vista de personas y con una mayor vulneración a su intimidad... Este término “circunstancias de realización” da para afirmar, que en este continente pueda tratarse la “introducción de objetos”...en el ano o vagina de la víctima, circunstancia que será seguramente considerada por ella como “gravemente ultrajante”*. Agregó, que el sentido la ley alude a situaciones en que los actos en sí mismos son intrínsecamente escandalosos, humillantes, peligrosos y de un alto contenido vejatorio para la víctima, con lo cual la sola filmación del abuso –por no haberse exhibido a terceros– no encuentra recepción en la agravante de mención.

Finalmente, en cuanto a la hipotética existencia de un sometimiento de la menor por parte de L., hizo alusión de que tal extremo no quedó acreditado del transcurso del debate, *“conclusión a la que he llegado valorando lo que surge de los videos (el filmado por L. y aquel de la*

declaración de la menor en Cámara Gessel) y de la impresión que de las personalidades de L. y la menor G. me formé durante las audiencias”.

Acompañó la decisión el juez Fernández, quien reparó en que la expresión “sometimiento sexual” trae aparejada una idea de dominio *“que no se condice de ninguna manera ni con lo vivenciado en la audiencia ni con la personalidad de L., esto último en función no sólo de lo que dijo sino y sobre todo por cómo declaró en la audiencia, sus gestos, sus reiteraciones, sus explicaciones, trasuntadas durante la audiencia de debate”.*

Agregó que, *“desde el punto de vista del tipo subjetivo, la figura requiere que el autor tenga la voluntad de someter a la víctima a un estado de degradación.*

Sobre este tópico, y teniendo como base los hechos y la personalidad de (...), a mi modo de ver, apocada, retraída, me llevan a sostener que no advierto que él precisamente haya querido ejercer una suerte de dominación (sometimiento) de la menor, sino que por el contrario me parecen actos más vinculados a un desfogue de sus instintos, aprovechando las situaciones que se le presentaban al encontrarse a solas con la menor”.

En oposición con la adecuación típica sostenida por la mayoría del *a quo*, se expidió la jueza Patricia Llerena, quien sostuvo – sobre la base de cita doctrinal relativa al tópico– que de la filmación exhibida durante la audiencia *“advirti(ó) que la secuencia del día 15 de abril de 2012, excedió ‘...el tiempo necesario para llevar a cabo el abuso sexual, lo que representa un peligro mayor para la integridad de la víctima y una mayor afectación a su dignidad...’.* Adunó que, ese abuso no había sido el único vivenciado por al menor, entendiendo que los actos de afectación su la integridad sexual *“se prolongaron en el tiempo, ya sea por la reiteración en el tiempo, así como por la duración del último, que fue filmado por el propio (imputado)”.*

Recordó que el bien jurídico protegido por la norma es la libertad sexual y que, en este caso, L. aprovechó de la situación de convivencia para abusar de la menor de edad en reiteradas ocasiones, sometiéndola a un proceso de “cosificación”, llegando a filmar uno de esos encuentros. Advirtió, asimismo, que a su entender, la selección de la

agravante de “gravemente ultrajante” ya enmarca la reiteración delictiva –por haberse sucedido a través del tiempo–, distinto a lo que sucede en el párrafo primero donde cada acto debe ser entendido como independiente de otro.

En cuanto a la circunstancias de realización, refirió que no estaba de acuerdo con el voto que lideraba el acuerdo, en tanto el legislador agravó los abusos sexuales por distintas circunstancias, debiéndose tomar en consideración el carácter objetivo de tales actos, que en el caso, implicaron una humillación de mayor entidad que la que le habría causado un abuso sexual simple.

III.2. Una primera aproximación al cuadro en función del cual nos toca ejercer el control casatorio permite advertir que tanto el tribunal oral como el fiscal general y la querrela que recurren el decisorio emitido por aquel, han coincidido en cuanto a estimar acreditado un hecho de abuso en perjuicio de la menor M. B. G.

La divergencia reside en el encuadre de ese hecho, sea en el primer párrafo del artículo 119 del Código Penal, como lo ha entendido el *a quo* por mayoría, sea en el tercero, como sostienen los recurrentes, coincidiendo básicamente con el voto disidente de la jueza Patricia Llerena.

Aunque ni en una ni en otra pieza se especifica cuál de las concepciones existentes respecto del delito continuado ha guiado a sus respectivos autores a tal punto de partida –teoría de la ficción (limitada o formal, o bien absoluta o material), teoría de la realidad natural o teoría de la realidad jurídica– lo cierto es que no aparece discutido tal punto ante estos estrados. Tal como lo ha sabido apuntar años atrás el Tribunal Supremo español, tras un largo proceso evolutivo doctrinal y jurisprudencial, el delito continuado ha dejado de ser “una ficción jurídica y se le reconoció naturaleza de ente real que se sustrae a las reglas del concurso” (TSE, sentencia 1934/2013, recurso n° 1338 del mismo año).

En nuestra órbita cultural ha sido el codificador español, precisamente, un esmerado introductor de dicho instituto, identificando –como regla– aquellos casos en los cuales “en ejecución de un plan preconcebido o **aprovechando idéntica ocasión**” un individuo hubiere realizado “una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza” (CP español, art. 74, apartado I; el resaltado me pertenece)

El recaudo alternativo de plan previo o aprovechamiento de análoga ocasión representa, en rigor, la plasmación normativa de la condición elaborada en su hora por Hans Welzel al tratar el tópico, toda vez que añadía a la homogeneidad de los actos individuales su continuidad asentada “en la misma situación externa (oportunidad o relación permanente) que lo motiva y co-fundarse en ellos desde el punto de vista de la motivación (conexión motivadora)” (WELZEL, Hans: “Derecho Penal Alemán”, Editorial Jurídica de Chile, 11ª ed., Santiago, 1976, p. 314).

Sentado ello, lo relevante de aquel innovador tratamiento legislativo, para el análisis doctrinal y jurisprudencial de un caso como el que aquí se plantea, es que en su apartado III contiene una excepción a la aplicación de tal regla general, referida a las “ofensas eminentemente personales”, pero con una singular exclusión respecto de tal salvedad: quedan bajo el marco del delito continuado aquellas ofensas “constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afectan al mismo sujeto pasivo, casos en los cuales se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva” (lex et loc. cit.).

Esa importante distinción dio lugar a un trascendente fallo del máximo órgano judicial hispano, en el que se señaló que “(l) a regulación legal de la modalidad de delitos que ofenden "bienes eminentemente personales" exceptuados de la continuidad, tienen a su vez una excepcional regulación (excepción de la excepción) respecto a los delitos contra el "**honor y libertad e**

indemnidad sexuales", que de forma específica viene a concretar el precepto (véase n° 3 del art. 74 C.P.), el cual condiciona la estimación del fenómeno de la continuidad a que las ofensas "afecten al mismo sujeto". ***Quedarán, pues, englobadas en el concepto de delito continuado las diversas infracciones que repercutan en el mismo sujeto pasivo; pero cuando existan varios actos delictivos cuya pluralidad soportan a su vez distintos sujetos pasivos, el agrupamiento para formar un complejo continuado se hará según el número de afectados"*** (TSE, sentencia 2980/2010, recurso 2129/2009; el realce en negrita me pertenece).

Claro está que, definido el supuesto de hecho, resurgen las condiciones generales: ejecución de un plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión, pluralidad de acciones e infracción de un mismo precepto penal o de preceptos de naturaleza igual o semejante.

También vale apuntar aquí, por la similitud de situaciones descritas, que la Corte Suprema de Justicia de Chile se ha pronunciado afirmativamente en torno a la aplicación del referido instituto como una unidad jurídica de acción construida para salvar las dificultades probatorias referidas a las circunstancias de tiempo y lugar de ocurrencia de varios hechos, señalando que, dado tal cuadro de situación, *"corresponde calificar los hechos como delito continuado, como lo señala la doctrina y la jurisprudencia, pues no es posible determinar las circunstancias de tiempo y lugar para distinguir un hecho de otro, por lo que a su falta de determinación debe ser sancionado como un solo hecho, toda vez que **las diversas acciones típicas ejecutadas por el acusado...no han podido ser precisadas en cuanto a la fecha de su comisión ni a las particulares circunstancias en que se produjeron.** Esta institución, que ha sido creada por los autores fundamentalmente para la aplicación de los delitos de hurto y que se ha incorporado a Códigos Penales de España e Italia, supone una hipótesis de unidad jurídica de acciones, que se ha desarrollado para evitar la aplicación de penas excesivas, **incluso en delitos de índole sexual** (M. Garrido, Derecho Penal,*

tomo II, págs. 339 y sgts)” (CSJChile, sentencia del 29/7/2010, n° de rol 98-2010; el realce en negrita me pertenece).

Aun cuando, como se aclaró oportunamente, el punto referido a la unidad de acción no se encuentra controvertido en el caso, he considerado aconsejable dejar sentadas tales precisiones, en función de la amplia facultad de contralor que corresponde a esta Cámara respecto de la correcta aplicación de la ley sustantiva.

III.3. Tal como lo ha sabido señalar el distinguido colega Daniel Morin al pronunciarse, en el ámbito de esta misma Sala, respecto de la estructura del segundo párrafo del artículo 119 del Código Penal *“(l)a vaguedad acerca de qué es lo que constituye la materia de la prohibición coloca a este tipo en un ámbito en el que podría ser cuestionada su constitucionalidad”* (C. 512/2016, “D.”, rta. el 11/7/2016), situación salvable —a duras penas— por un intérprete empeñado en delimitar su marco de modo acorde con el insoslayable axioma de legalidad.

En tal ocasión y en tren de lograr la correcta hermenéutica se destacó la concreta advertencia del legislador que obró como miembro informante del respectivo proyecto de ley de reformas al Código Penal, el —también— catedrático cordobés José Cafferata Nores, alertando que *“no debe perderse de vista que este tipo penal requiere una situación de **sometimiento** de la víctima de carácter sexual, vocablo que tiene un elocuente significado gramatical”* (el realce en negrita me pertenece).

Validos —entonces— una vez más, de ese código de todos que es el Diccionario de la Real Academia Española, hallamos que “someter” significa “sujetar” o “humillar”; y que “sujetar” es “someter al dominio, señorío o disposición de alguien”, en tanto que “humillar”, dicho de una persona, implica “pasar por una situación en la que su dignidad sufra algún menoscabo”.

Si a esas modalidades de actuación se añade la exigencia de grave ultraje, vale decir, de un “ajamamiento, injuria o desprecio” que —además— resulte “de mucha entidad o importancia”, resulta claro que las “circunstancias de realización” de los comportamientos acreditados

durante la audiencia celebrada lejos están de satisfacer los requisitos típicos de la agravante en cuestión.

A ello se añade que, en el caso, la ausencia de sometimiento del sujeto activo respecto del pasivo, que impone la norma pretendida de aplicación, se vio reflejada, de conformidad con lo explicado por los jueces que votaron en mayoría, en la impresión personal que les causó el acusado y la menor a lo largo de las audiencias orales desarrolladas en ese ámbito, textualmente en *“cómo declaró L., sus gestos, sus reiteraciones y explicaciones”* respecto de lo sucedido.

Advierto que la impresión causada por los protagonistas del evento en dos de los integrantes del *a quo*, debidamente reflejada en las pautas de comportamiento de aquéllos, dista de configurar un razonamiento basado en criterios arbitrarios para alejar la idea de que haya acontecido una situación de sometimiento entre víctima y victimario, y encuentran límite a su escrutinio ante esta instancia en tanto *“lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación”*. En efecto, *“debe interpretarse que los arts. 8.2.b de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso”* (Fallos: 328:3399, “Casal, Matías Eduardo s/ recurso de casación”).

El análisis global y completo de la prueba que realizó la sentencia —con la salvedad recientemente apuntada— puso en evidencia que, tomando en cuenta las particularidades del caso, no existió el sometimiento sexual que impone la agravante cuya aplicación mocionaron las partes acusadoras.

Párrafo aparte merece el denodado esfuerzo argumental del Sr. fiscal general en torno a la filmación, por parte del encartado, de uno de los tramos fácticos que se han dado por plenamente probados.

La sola captación de imágenes del episodio en cuestión, con independencia de la real intención del sujeto que la concretó –ya se hubiese motivado en el logro de una prueba del alegado acoso padecido por aquel de parte de la menor, hipótesis, por lo demás, desautorizada por el Tribunal Oral, o en un sórdido designio de autosatisfacción de su autor–, en la medida en que resultó ignorada por la víctima y que careció de otra trascendencia a terceros que la originada en su hallazgo por parte de quien dio noticia del suceso, tampoco configura el sometimiento gravemente ultrajante que requiere el texto legal, por las estrictas razones semánticas invocadas precedentemente.

En mérito a tales razones, propongo al pleno confirmar la resolución recurrida en lo que al tópico refiere, sin costas.

IV. Incumbe abocarme al examen del segundo cuestionamiento formulado por la defensa en el recurso de casación interpuesto, aquel mediante el cual el Sr. fiscal general solicitó se invalide parcialmente la sentencia en lo que respecta a la valoración de la pena impuesta a A. A. L. y se la gradúe en esta instancia de acuerdo a lo reglado por los artículos 40 y 41 del Código Penal, elevando sensiblemente el monto de la misma en siete años de prisión.

Para ello, señaló que el Tribunal estimó de manera errónea las pautas indicadas por los mencionados artículos del digesto sustantivo, incurriendo en una inadecuada e inmotivada mensuración de sanción impuesta.

Concretamente, el recurrente entendió que en la sentencia no se contempló circunstancia alguna del suceso tenido por acreditado – como por ejemplo, las características del accionar desplegado por L.–, es decir, se omitió hacer referencia a los parámetros individualizadores contenidos en el inciso primero del mencionado artículo 41.

Apuntó que las conductas protagonizadas por el encartado se alejan ampliamente de aquellas previstas en el tipo básico y que los sucesos tenidos por cierto no pueden resultar acreedores de una pena mínima como la que en la sentencia recaída se impuso.

Además, destacó, la referida sanción tampoco refleja las consecuencias psíquicas que debió padecer la menor como consecuencia de los actos de abuso, máxime cuando el autor fue una persona de su confianza.

Por tales motivos, concluyó, corresponde casar la sentencia en lo que al tópico respecta y, consecuentemente, fijar una nueva penalidad que se ajuste a los siete años de prisión.

IV.1. Sobre la cuestión traída a estudio, el Tribunal Oral explicó que *“(p)ara graduar y adecuar la sanción a imponer, he tenido en consideración el hecho tenido por acreditado, la modalidad empleada, la intervención y la calificación...En el plano personal: +edad: L. tiene en la actualidad 45 años, o sea, que está en un período de madurez...+instrucción formal: estudios terciarios...+ocupación: empleado...+familia: que tiene un hijo...+vivienda en la actualidad vive en el domicilio de la Madre...+los datos que surgen del informe socio ambiental obrante en el legajo personal que corre por cuerda...Y, la impresión que de su personalidad me formé en el transcurso del juicio”*.

IV.2. Adelanto que no habré de asignar razón al planteo formulado por el recurrente en función de que, si bien es cierto que la pieza procesal recurrida no abordó con claridad el análisis referido a las pautas que mensuran la pena, las consideraciones allí formuladas permiten observar una correcta valoración de los extremos en que apoyaron la individualización del monto punitivo alcanzado.

Para determinar la graduación de la sanción a imponer al imputado conviene señalar, en primer lugar que, conforme la normativa legal vigente, la pena debe ser decidida tomando en cuenta la gravedad del hecho y la personalidad del autor; en este sentido, el art. 41 del Código Penal en su inc. 1º hace una clara referencia al injusto, al señalar que es “la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados” lo que permite “cuantificar” el injusto conforme al grado de afectación del bien jurídico tutelado. Tales lineamientos, aunque sucintamente destacados, fueron

tenidos en consideración por el *a quo* al evaluar el monto de pena impuesto a L.

Patricia Ziffer, señala al respecto que *“la pena debe adecuarse a la personalidad del autor, pero sólo en la medida de que continúe reflejando la gravedad del ilícito concreto”* (“Lineamientos de la determinación de la pena”, Ed. Ad-Hoc, 2da. edición, 1999 pág. 116). Luego, ya inmersos en este contexto es el ilícito culpable el criterio decisivo para determinar la pena, y las razones de prevención especial deben servir como correctivo, en el sentido de que la única culpabilidad que puede ser tomada como criterio de individualización es la de acto, rechazando la culpabilidad de autor por ser contraria a la Constitución. Fiel reflejo de tales parámetros es el señalado por el máximo tribunal nacional en el precedente “Maldonado” (CSJN, Fallos: 328:4343, rta. 7/12/05) oportunidad en la que se argumentó que *“la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia...No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor”*.

En ese orden de ideas, entiendo que el juez del voto preopinante ha respetado de modo plausible las pautas normativas de individualización que constató en el caso y, consecuentemente, fijó un monto de pena proporcional a esos extremos, por lo que esa dosimetría sancionatoria no merece objeción. Los ataques ensayados por la fiscalía no logran demostrar arbitrariedad en la decisión del *a quo*, habida cuenta de que la pena impuesta no se apartó de las directrices que regulan los arts. 40 y 41 del Código Penal; advirtiéndose, paralelamente, que su cuestionamiento a la individualización de la sanción revela una mera disconformidad con la valoración efectuada. Tales extremos impiden demostrar ante esta instancia la arbitrariedad alegada.

Me expido, pues, con las aclaraciones puestas a buen resguardo a lo largo de este voto, por el rechazo del agravio presentado por el Sr. fiscal en tal sentido.

V. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo rechazar los recursos de casación interpuestos –fiscal general y querella–; sin costas (arts. 456, 465, 468, 469, 470 a *contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

El juez Eugenio Sarra bayrouse dijo:

1. Contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N° 26 interpusieron recurso de casación ambos acusadores.

La querella lo hizo mediante el escrito de fs. 373 / 378 y el fiscal general a través de la presentación de fs. 379 / 405.

Tal como se resume en el voto del juez Niño, ambos acusadores se agraviaron de la calificación legal del hecho por el que se condenó a L.; en el caso de la fiscalía cuestionó, de manera subsidiaria, el monto de la pena impuesta.

2. La parte querellante tras recordar los antecedentes de la causa (punto III, fs. 373 vta.) afirmó que correspondía al caso, la calificación de abuso sexual gravemente ultrajante “...*por las circunstancias de tiempo y la periodicidad –dos años- AGRAVADO por la situación de convivencia (art. 119 segundo párrafo del Código Penal, inc. f)...*” (punto IV, fs. 375). Agregó que la figura se configuraba “...*habida cuenta que la conducta sobrepasó los límites normales del tipo penal, previstos en el art. 119 primer párrafo tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, al someter a la joven M. G. en forma reiterada durante el lapso de más de un año, una o varias veces por semana: manosearla en sus partes pudendas por encima de la ropa, apoyarle el miembro viril sobre el cuerpo efectuando movimientos de coito, solicitarle que le tocara el pene e intentar mostrárselo. Estas conductas tenían contenido sexual y pretendían satisfacer los deseos sexuales del Sr. L.. Cabe señalar que estas conductas fueron realizadas aprovechándose de su rol de adulto y amenazando a la niña de muerte o de perjudicarla a través de publicaciones en Facebook...*” (fs. 375 / 375 vta.). Citó doctrina en apoyo de su postura y recordó las exigencias típicas del delito (fs. 376). Luego señaló: “...*La selección del agravante de gravemente ultrajante,*

enmarca a la reiteración delictiva -por haberse sucedido a través del tiempo- distinto a lo que sucede en el caso del párrafo primero donde cada acto debe ser entendido como independiente del otro. En este caso se advirtió no sólo una reiteración delictual en el tiempo sino también un sometimiento de la víctima...” (fs. 377). Sostuvo que no era correcta la calificación jurídica del hecho efectuada por el *a quo* ya que “...cuando se habla de un abuso sexual, el cuerpo de un niño o de una niña una vez que el acusado pone sus manos en él, queda una marca para toda la vida, que es imposible dejar de lado en el mapa erógeno de M., habiendo L. interrumpido el desarrollo de la menor...” (fs. 377). Luego agregó que de la filmación “...exhibida en la audiencia, lo denunciado por la menor de edad y recogido por los profesionales intervinientes, así como de lo manifestado en la Cámara Gesell se advierte que los actos de afectación a la integridad de M. R. se prolongaron en el tiempo, ya sea por la reiteración en el tiempo, así como la duración del último, filmado por el propio L...” (fs. 377 vta.).

3. Por su parte, el fiscal general solicitó que el hecho descrito en los dos primeros párrafos del voto de la jueza Yungano se califique como abuso sexual gravemente ultrajante agravado por haber sido cometido contra una menor de dieciocho años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente. En consecuencia, pidió se eleve el monto de la pena impuesta a la de diez años de prisión, accesorias legales y costas; para el caso de que se rechazara esta propuesta, pidió se proceda a una nueva graduación de la sanción impuesta a L. y se la eleve a siete años de prisión. De esta manera, encuadró sus agravios en la errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 456, inc. 1º, CPPN) y la inobservancia de las normas establecidas por el mismo Código bajo pena de nulidad (arts. 123 y 456, inc. 2º, del ordenamiento ritual).

a. El acusador público, tras recordar los antecedentes de la decisión (punto III, fs. 380 vta. / 388 vta.), la sentencia del tribunal *a quo* (punto IV, fs. 389 / 400 vta.), desarrolló sus agravios. Consideró adecuado el cambio de calificación, “...debido a que las conductas que se tuvieron por acreditadas en la sentencia cuestionada, sobrepasan el tipo básico de

abuso sexual, y por su duración y circunstancias de realización configuraron un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima...” (fs. 401). Afirmó que no abrigaba dudas que el comportamiento atribuido por el tribunal a L. en cuanto “...*la víctima de las agresiones sexuales era una menor de edad, que convivía en la misma casa que su agresor mayor de edad, quien aprovechaba los momentos en que no había otros adultos en la casa para llevar adelante sus actos durante por lo menos dos años, y que llegó a filmar esas situaciones que duraron varios minutos...*” constituían la realización de una humillación especialmente vejatoria que resultaba desproporcionada a la lesión básica al bien jurídico “integridad sexual” (fs. 401). Luego de citar doctrina en apoyo de su posición, afirmó junto con Donna que la definición del sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima no queda al arbitrio del juez sino que constituye “...*lo que para la normalidad excede el límite del desabogo sexual...*”. Tan gravemente ultrajante fue para la menor la conducta del imputado “...*que el inicial conocimiento público de su victimización se logró no como consecuencia de su relato de lo acontecido, sino por haber sido encontrado el video que registra la realización de una de las tantas veces que el encartado llevó a cabo su ilícito accionar...*” (fs. 401 vta.).

Señaló que le resultaba inexplicable que la jueza Yungano le asignara a la expresión “...*gravemente ultrajante...*” un significado vinculado a la publicidad de los actos, refiriendo aquellos realizados “...*en lugares públicos, a la vista de las personas y con una mayor vulneración a la intimidad...*” (fs. 402). Reiteró que este ilícito viola la integridad sexual y, por ende, no afecta la intimidad. Por esta razón, el tipo objetivo no exige para aplicar la agravante pretendida la publicidad de los hechos. Asimismo, el fiscal general afirmó que en el caso, todos los actos típicos fueron producidos en un ámbito de soledad, procurado por el autor para satisfacer sus deseos y “...*poder continuar realizándolos...*”; esta circunstancia ponía de relieve la mayor afectación al bien jurídico.

También consideró probada la “duración” a la que alude la regla del art. 119, segundo párrafo, CP, “...*por cuanto fueron repitiéndose a lo largo de casi dos años y en forma periódica en un número indeterminado de ocasiones*”

– conforme los dichos de la menor una o dos veces por semana -...” (fs. 402 / 402 vta.).

Asimismo, el recurrente compartió lo dicho por la jueza Llerena, en tanto ella disentía con la interpretación del abuso sexual gravemente ultrajante según la cual, debía tener determinadas características, como la introducción de dedos u otros elementos en la vagina o ano, frotación del pene sobre la vulva, entre otros. Según la colega (y asumió como propio el fiscal general), el legislador agravó los abusos sexuales que por distintas circunstancias –modo, tiempo de realización, duración en el tiempo, lugar de comisión, riesgo o mayor perjuicio para la víctima-, implican un sometimiento gravemente ultrajante. “...Para esta calificación debe tomarse en consideración el carácter objetivo de los actos, que en el caso implicaron una humillación a la menor de edad de mayor entidad que la que le habría causado un abuso sexual simple...” (fs. 402 vta.).

b. En segundo término, y en forma supletoria, cuestionó el monto de la pena impuesto por el tribunal de la instancia anterior. En este sentido, y tras recordar doctrina y jurisprudencia, señaló que la sentencia no ponderó ninguna circunstancia relativa al hecho sino únicamente las características personales del imputado, dejó de lado las consecuencias generadas en la psiquis de la menor, “...tan sólo por el hecho de haber tenido que padecer el inadecuado comportamiento sexual de una persona de su confianza como lo era L...” (fs. 404). Si se hubieran tomado en cuenta todos estos parámetros, se debió imponer la pena de siete años de prisión.

4. En otra función jurisdiccional, se dijo que en los delitos contra la integridad sexual, cada acto era independiente entre sí pues, a modo de ejemplo, cada acceso carnal finalizaba cuando el victimario obtenía la satisfacción de sus deseos; y en cada nuevo ataque, se satisfacía un deseo diferente, mientras que el anterior ya se encontraba concluido. De esta manera, esta clase de hechos se alejaban del ejemplo tradicional del delito continuado, el robo del collar de perlas, al cual día a día se le

sustraer una de ellas con el fin de adueñarse del todo. Se dice que allí el delito es continuado porque el fin último se concretará recién cuando la apropiación de todo el collar se haya consumado.¹ En contrapartida y como consecuencia de este análisis, se entendió que entre aquellos distintos actos de abuso sexual mediaba un concurso real.

Ahora bien, en el caso particular, el requerimiento de elevación a juicio consideró que los hechos reprochados a L. habían ocurrido en reiteradas ocasiones y de manera repetida en el tiempo (fs. 358 y 358 vta. de la sentencia); por su parte, el voto mayoritario, comienza afirmando que la prueba *“...ingresada en el debate permitió tener por acreditado que A. A. L. abusó sexualmente en un número indeterminado de ocasiones, de la menor...”* (fs. 362); sin embargo, al momento de calificar los hechos (*“adecuación típica”*, fs. 366), la jueza Yungano afirmó *“...el hecho dado por cierto en el Considerando anterior encuentra adecuación típica en la figura de abuso sexual agravado por tratarse de un menor de 18 años y por la situación de convivencia, previsto y reprimido por el art. 119 primer párrafo e inc. f) Código penal, y por el cual L. deberá responder en calidad de autor penalmente responsable (art. 45 ibídem)...”*.

A su turno, el juez Fernández, que adhirió al voto de la jueza Yungano, realizó algunas *“...consideraciones complementarias...”* referidas a la calificación jurídica del hecho. Así, afirmó que *“...los actos de contenido sexual que practicara L. respecto a la menor...no pueden ser intrínsecamente considerados en sí mismos constitutivos de un abuso sexual gravemente ultrajante en los términos del art. 119 segundo párrafo del C. Penal ya que la expresión ‘sometimiento sexual’, da una idea de predominio que no se condice de ninguna manera ni con lo vivenciado en la audiencia ni con la personalidad de L. , esto último en función no sólo de lo que dijo sino y sobre todo por cómo declaró en la audiencia, sus gestos, sus reiteraciones, sus explicaciones, trasuntadas durante la audiencia de debate. Pero además, y desde el punto de vista subjetivo, la figura requiere que el autor tenga la voluntad de someter a la víctima a un estado de degradación...”*. Sobre la base de los hechos y la personalidad del

¹ Cfr. la sentencia en el caso **“Sosa”** del 29.04.2004, registro nº 5, folios 61/77, protocolo 2004, Tribunal de Juicio, Distrito Judicial Norte, Tierra del Fuego.

imputado, señaló que no advertía “...que él precisamente haya querido ejercer una suerte de dominación (sometimiento) de la menor, sino que por el contrario me parecen actos vinculados a un desfogue de sus instintos, aprovechando las situaciones que se le presentaban al encontrarse a solas con la menor...” (cfr. sentencia, fs. 371).

Por su parte, el voto disidente de la colega Patricia Llerena compartió “...el hecho que se diera por acreditado en el voto que lidera el acuerdo y ello sobre la base de la prueba enumerada y meritada en él...” (fs. 368). Pero, a diferencia de la decisión mayoritaria, consideró que “...el encuadre de los sucesos debe ser de abuso sexual en perjuicio de menor de edad, gravemente ultrajante y a su vez agravado por haberse aprovechado de la situación de convivencia preexistente (arts. 119, párrafo 4º, inciso f) en función del párrafo 2º del C. Penal). Al respecto se tuvo por acreditado que los actos de abuso sexual duraron en el tiempo – desde el año 2011 hasta el 15 de abril de 2012, en un número indeterminado de ocasiones (la menor refiere una o dos veces por semana, aunque sin precisión concreta a fechas, como resulta obvio entender) y fueron llevados a cabo, mientras la menor estaba en la casa...”. Luego de valorar la filmación de lo ocurrido el 15 de abril de 2012, entendió que esa secuencia había excedido el tiempo necesario para llevar a cabo el abuso sexual, lo que representaba un peligro mayor para la integridad de la víctima y una mayor afectación a su dignidad. Además, de acuerdo con la denuncia de la menor, los actos de afectación a su integridad sexual “...se prolongaron en el tiempo, ya sea por la reiteración en el tiempo, así como por la duración del último, que fue filmado por el propio ...” (fs. 369) vta.). Más adelante, la jueza agregó que la selección del agravante de gravemente ultrajante, “...ya enmarca la reiteración delictiva – por haberse sucedido a través del tiempo-, distinto a lo que sucede en el caso del párrafo primero donde cada acto debe ser entendido como independiente del otro. Ello así porque cada acto de abuso sexual implica un ultraje a la integridad de la otra persona...” mientras que la modalidad del párrafo segundo prevé una modalidad de sometimiento que por su duración o circunstancias de realización, no es ultrajante sino “gravemente ultrajante” (cfr. fs. 370 vta.).

5. Del resumen efectuado, surge que el voto que conformó la mayoría no explicó las razones por las cuales pasó de considerar varios hechos de abuso sexual simple como un único suceso. A diferencia de la propuesta del colega Luis Niño, no se advierte ningún análisis que permita afirmar que se consideró el caso como el de *un delito continuado*.

En cambio, el voto minoritario, seguido por la fiscalía y la parte querellante en sus recursos, considera que aquella reiteración, sumada a la filmación de uno de los sucesos, permitía considerar *todos esos hechos indeterminados en un solo delito de abuso sexual gravemente ultrajante*.

Con anterioridad, también nos referimos a la interpretación y alcance del abuso sexual gravemente ultrajante y señalamos las siguientes pautas para su tipificación:²

- a. Quedan comprendidos en este concepto actos objetivamente impúdicos: empalamiento, la introducción de dedos, lengua u otros objetos o elementos ortopédicos, un implante no consentido, o *la fellatio in ore* cuando no se admita que constituye acceso carnal.
- b. La razón para incriminar este delito es el desprecio mayor por la dignidad e integridad sexual de la víctima mediante hechos que *por su duración o por las circunstancias de su realización* son gravemente ultrajantes.
- c. Es un concepto que debe determinarse casuísticamente.
- d. La fórmula elegida por el legislador es particularmente vaga, lo que llevó, incluso, a considerar su inconstitucionalidad.
- e. Para afirmar la presencia de un abuso sexual gravemente ultrajante se debe exigir que el sujeto activo ponga a la víctima bajo su autoridad y dominio. Esto excluye los actos fugaces, sorpresivos o discontinuos.
- f. La víctima debe ser subyugada de modo humillante.

² Cfr. los casos “**Acosta**”, del 09.04.2008, registro nº 6, tomo I, folios 73/90, protocolo 2008; “**Almaraz**”, del 10.04.2008, registro nº 7, tomo I, folios 91/118, protocolo 2008, entre muchos precedentes del Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte, Tierra del Fuego.

De esta forma, en otros casos se consideró abuso sexual gravemente ultrajante la inducción a una menor de 13 años para que masturbe por precio al autor; o desnudar también a una menor de 13 años, practicarle sexo oral, introducir los dedos en su vagina lesionándola en esa zona, hacerle tocar el pene del victimario y pasarle semen por todo su cuerpo.³

En este sentido, si bien los distintos delitos previstos en el art. 119 del CP son progresivos entre ellos, pues el legislador parte de una figura básica -el abuso sexual simple- que se agrava de acuerdo con determinados modos de ejecución (gravemente ultrajante o acceso carnal, segundo y tercer párrafos de la misma regla) lo cierto es que cada acto donde el sujeto activo desfogue su sexualidad resulta independiente y se renueva en la reiteración de cada hecho, lo que conduce a desechar cualquier idea de continuidad.

6. Ahora bien, a partir del marco teórico expuesto, corresponde analizar si la reiteración en el tiempo de un abuso sexual simple lo convierte en gravemente ultrajante.

En primer término, la posición planteada por los acusadores implica desconocer la relación concursal entre cada hecho de abuso y construye artificialmente un delito continuado pero sin decirlo de manera expresa ni ofrecer argumentos para variar los criterios expuestos en el párrafo anterior. Como se dijo, el legislador ha dejado en manos del arbitrio judicial el establecer las pautas para determinar el tiempo que debe durar la conducta abusiva, y con ello, adquirir el carácter de “gravemente ultrajante”. En este sentido, si bien es cierto que calificada doctrina y parte de la jurisprudencia⁴ entienden que la reiteración o continuación a través del tiempo de actos objetivamente similares, con los mismos sujetos, activo y pasivo, constituyen también

³ Cfr. las causas “Seco” del 17.08.2004, registro nº 16, folios 214/243, protocolo 2004; “Martín” del 27.04.2005, registro nº 12, folios 149/169, protocolo 2005.

⁴ Así, Javier A. DE LUCA / Julio LÓPEZ CASARIEGO, *Delitos contra la integridad sexual*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 82; también D’Alessio / Divito...; dentro de la jurisprudencia, puede verse el caso “Gómez Encina”, del 30.04.2014, Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, jueces Slokar, David y Ledesma.

esta agravante, *este criterio importa una ampliación analógica del tipo penal analizado*, en tanto se analice el tenor literal de las reglas en juego, cuestión que no ha sido tratada por los recurrentes. “...Una cosa es, como lo expresa la ley, un abuso sexual que por su duración resulta gravemente ultrajante, y otra, muy distinta...varios abusos sexuales reiterados, que pueden consistir en tocamientos fugaces, instantáneos, de una mínima duración, y que, por consiguiente, ninguno de ellos reúne las difusas exigencias objetivas del tipo. Ni siquiera gramaticalmente podemos equiparar ambos términos: duración es, según el diccionario de la lengua española, ‘tiempo que dura algo’, mientras que reiterar significa ‘repetir, volver a hacer o decir algo’...”.⁵ En este sentido, la indeterminación temporal de los hechos no los convierte, por sí misma, en un caso de abuso sexual gravemente ultrajante.

De esta manera, cada hecho calificado como abuso sexual simple realizado por L. resultó independiente de los restantes, pues bien pudo protagonizar uno de ellos y después no repetirlo en el momento siguiente. Por lo demás, en este caso particular, atento la edad de la víctima, la reiteración de los actos parece más vinculada con otra clase de delito (corrupción de menores) o con una escala penal más gravosa, si se considera un concurso real, que con la configuración del tipo penal reclamado; cuestiones sobre las cuales no corresponde extenderse en virtud de los alcances de la jurisdicción de este tribunal otorgada por los recursos interpuestos.

7. En cuanto a la calificación agravada del único acto considerado por la mayoría del tribunal *a quo* en virtud de la filmación de uno de los sucesos, también aquí la decisión queda librada al arbitrio judicial. En este sentido, dependerá en cada caso particular de la filmación o fotografía que se trate, de la índole del retrato o secuencia de grabado y el grado de difusión que alcanzó.

En el punto, la interpretación efectuada por la mayoría del tribunal *a quo* no puede catalogarse de errónea o arbitraria, y se ubica entre las posibles lecturas que pueden realizarse del caso. Por lo demás,

⁵ Cfr. Oscar Alberto ESTRELLA, *De los delitos sexuales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, ps. 85-86.

los acusadores no demuestran la arbitrariedad o el error en la valoración efectuada.

Por estas razones, corresponde rechazar el agravio analizado.

8. Resta entonces analizar la medición de la pena efectuada por el tribunal de la instancia anterior.

En este aspecto, adherimos en lo sustancial al voto del colega Luis Niño, en tanto aquí también la interpretación y aplicación de los arts. 40 y 41, CP se revela como plausible.

9. En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde rechazar los recursos de casación interpuestos, sin costas, en tanto la querrela pudo considerar que contaba con razones plausibles para litigar (arts. 456, 465, 468, 469, 530 y 532, CPPN).

El juez Daniel Morin dijo:

1.- La tesis expuesta por los recurrentes consiste, básicamente, en que la conducta desarrollada por L. debe subsumirse en el tipo previsto en el segundo párrafo del art. 119 del Código Penal pues la reiteración delictiva configuraría la base de un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

De la lectura de la sentencia se advierte, empero, que si bien allí se tuvo por acreditado que "...L. abusó sexualmente en un número indeterminado de ocasiones de la menor...dentro del período del año 2011 y hasta el 15 de abril de 2012..."; lo cierto es que a la hora de identificar actos concretos que denotaban tal reiteración, el mismo voto que lideró el acuerdo –al que adhirió el voto que formó mayoría, sin efectuar aclaraciones complementarias al respecto– destacó que "...la evaluación de la prueba no ha permitido, con la certeza requerida en un pronunciamiento condenatorio determinar la cantidad de abusos..." (cfr. fs. 362 y 366 vta.).

A su vez, si se analiza el voto mayoritario con detenimiento, lo que se observa es que si bien allí se efectúa una referencia genérica a una serie de hechos habrían sido cometidos a lo largo del tiempo, la

sentencia, en verdad, pivotea sobre un único hecho de abuso sexual ocurrido el 15 de abril de 2012, respecto del que no hubo duda alguna respecto de su acaecimiento pues fue filmado por el acusado.

Esta aproximación al problema es, también, la que adoptó el voto de la minoría en el que se afirma la comisión de múltiples hechos ocurridos durante un lapso prolongado, pero se reconoce la ausencia de certidumbre respecto de las condiciones de tiempo y modo concreto en que los sucesos habrían acaecido (cfr. fs. 369 vta); a pesar de lo cual se asienta en tal reiteración el motivo de la subsunción en el tipo agravado (cfr. fs. 370 vta.).

La discordancia apuntada así como también la ausencia de justificación expresa respecto del marco teórico adoptado ha sido, según entiendo, lo que ha llevado a mis colegas a discurrir acerca del alcance del delito continuado.

Desde antaño Welzel explicaba que el delito continuado “se presenta en dos formas diferentes: sea como una unidad de acción –que reside en la realización sucesiva de un dolo general– o como una unidad de conducción punible de vida (como ‘culpabilidad de conducción de vida’) que descansa en el aprovechamiento reiterado de la misma oportunidad o de la misma situación permanente. La primera es un caso de aplicación de la unidad de actividad típica... La segunda no constituye una unidad de acción por falta de dolo unitario, sino la realización de decisiones delictivas repetidas, que son aunadas en una unidad interna de conducción de vida punible, en razón de la igualdad de la situación externa que la motiva.

Ejemplo: la esposa, cuyo marido está ausente en razón de acontecimientos bélicos, cae repetidamente en la tentación de tener relaciones sexuales con el hermano de su marido que vive en la misma casa”⁶.

A continuación el autor explica que el delito continuado como unidad de acción exige un dolo común unitario y de la misma

⁶ Cfr. Welzel, Hans; Derecho Penal Alemán, Ed. Jurídica de Chile, 11° ed., Santiago de Chile, 1976, p. 311.

naturaleza, que de antemano ha de abarcar el hecho total concreto a realizarse en varios actos parciales; así como también la homogeneidad de los actos particulares.

Pero en lo que aquí interesa, corresponde resaltar su explicación acerca de en qué consiste el delito continuado como unidad de conducción de vida punible: “(e)l fundamento determinante de la unidad del delito en este caso, no es el dolo común unitario, sino el aprovechamiento semejante de la misma oportunidad o de la misma relación permanente.... Son presupuestos de delito continuado como unidad de conducción de vida punible: a) homogeneidad de los actos individuales; b) continuidad de los actos individuales: todo acto parcial posterior como los anteriores, tiene que asentarse en la misma situación externa (oportunidad o relación permanente) que lo motiva y confundarse en ellos desde el punto de vista de la motivación (conexión motivadora). De este último criterio se desprende la necesidad de una relación temporal (una cierta constancia) que queda excluida por largos intervalos; c) importancia práctica: los actos particulares que se encuentran en relación de continuidad constituyen un solo delito. Con ello, el tribunal se ve dispensado del arduo trabajo de detalle de asignar una pena especial a cada acto particular y reunir después todas las penas particulares en una pena general, como sería necesario en hechos independientes.... De todos modos, tiene que inferirse de la sentencia qué acciones particulares, de acuerdo al modo y número, comprende el hecho continuado.... El objeto del enjuiciamiento lo constituyen todos los actos particulares que quedan comprendidos en la relación de continuidad”⁷.

Tanto la sentencia como la pretensión de los recurrentes parecen asentarse en esta segunda forma de aparición de la construcción teórica denominada delito continuado.

Pero si la primera forma ya resulta discutible -en todo caso la sucesión de actos temporal y espacialmente cercanos, dominados por

⁷ Cfr. Welzel, Hans; *ob. cit.*, pp. 314/315.

un dolo inicial que los abarque podría ser considerado una sola acción sin necesidad de acudir a esa figura-, lo cierto es que la decisión, llevada objetivamente al plano de la realidad, de cometer más de un abuso sexual sobre una persona –salvo la situación excepcional en la que la víctima retenida sufre en el mismo momento un ataque múltiple a su integridad sexual- jamás podría ser considerada una sola acción.

Dicho de otro modo: *la reiteración de la afectación a la integridad sexual cometida fuera de un mismo contexto temporal y espacial constituye un concurso real de delitos*⁸.

Por tanto, en el supuesto de que dichos actos hubieran sido individualizados, esa figura –la del concurso real- es la que habría resultado de aplicación.

La mera referencia a que habrían existido más hechos ocurridos durante un lapso extenso no autoriza, por su parte, la conversión del único hecho de abuso en verdad probado en uno gravemente ultrajante, tal como se avizora en el voto de la minoría y pretenden los recurrentes⁹.

Sobre esta base, resulta conducente rechazar el agravio formulado por las partes acusadoras respecto de la calificación que corresponde asignar al hecho que se ha tenido por probado.

2.- Por su parte, en lo que se refiere al agravio vinculado a la medición de la pena, adhiero al punto IV del voto de mi colega Luis Niño.

3.- En virtud de lo expuesto, considero que corresponde rechazar los recursos de casación interpuestos, sin costas.

Así voto.

En virtud del acuerdo que antecede, **la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal,**

⁸ Para un análisis detallado del abandono del delito continuado por parte de la jurisprudencia alemana a partir de lo que Roxin denomina “la sentencia del siglo” dictada por la Gran Sala de Causas Penales del BGH, cfr. Roxin, Claus; Derecho Penal; Parte General, Civitas, 2014, T.II, pp. 1025/1034.

⁹ Respecto de las condiciones que justifican la subsunción en el tipo agravado, cfr. mi voto en “**Domínguez**”, CNCP, Sala II, rta. 11/7/2016, rgto. N° 512/2016.

RESUELVE:

RECHAZAR el recurso de casación interpuestos por la querrela 373/378 y el fiscal general (fs. 379/405) en aquello que fue materia de agravio; sin costas (arts. 456, 465, 468, 469, 470 a *contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y devuélvase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Luis Fernando Niño

Eugenio Sarrabayrouse

Daniel Morin

Ante mí:

Paula Gorsd

-Secretaria de Cámara-