



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A C U E R D O

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, de conformidad con lo establecido en el art. 4 del Acuerdo n° 3971, procede al dictado de la sentencia definitiva en la causa P. 133.927, "O., H. E. s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 95.350 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV", con arreglo al siguiente orden de votación (Ac. 2078): doctores **Torres, Kogan, Soria, Genoud.**

A N T E C E D E N T E S

La Sala IV del Tribunal de Casación Penal, mediante el pronunciamiento dictado el 13 de junio de 2019, rechazó el recurso homónimo interpuesto por la defensa oficial contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal n° 1 -con integración unipersonal y emitida en un juicio abreviado- del Departamento Judicial de Necochea, que condenó a H. E. O. a la pena de catorce años de prisión, con costas, por resultar autor responsable de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante agravado en perjuicio de la niña A. E. H. (hecho I) y abuso sexual gravemente ultrajante agravado y abuso sexual con acceso carnal agravado en perjuicio de la niña M. D. H. (hechos II y III), todos en concurso real (arts. 40, 41, 45, 55, 119 -segundo párr. en relación al cuarto párr., apdo. "f", y tercer párr., en relación al cuarto párr., apdo. "f"-, Cód. Penal; v. fs. 141/155 y 85/92).

Frente a lo así resuelto, se alzó el señor defensor adjunto ante el Tribunal de Casación Penal, doctor Nicolás Agustín Blanco, mediante la interposición

del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de fs. 171/176, que fue concedido por el tribunal intermedio por resolución del 11 de junio de 2020 (v. fs. 178/179).

Oído el señor Procurador General (v. fs. 184/186 vta.), dictada la providencia de autos (v. fs. 188), y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

C U E S T I Ó N

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto?

V O T A C I Ó N

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Torres dijo:

I. El defensor oficial adjunto denunció en el recurso extraordinario la errónea aplicación del art. 55 del Código Penal en relación al art. 119 del mismo, en cuanto a los hechos individualizados como II y III por los cuales fue condenado O. por entender que entre ellos "...existía un concurso aparente por consunción, y no un concurso real..." (fs. 172 vta.).

El Tribunal en lo Criminal -en el trámite del juicio abreviado y con integración unipersonal-, dio por acreditados tres hechos de los cuales aquí interesan los siguientes.

Segundo hecho: "...en fecha no determinada, pero comprendida entre comienzos del 2012 -mes de marzo- y diciembre de 2014, en el interior de la finca de [...] Necochea, en reiteradas oportunidades, H. E. O. abusó sexualmente de la menor [M. D. H.] quien contaba con diez



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

años de edad, mediante tocamientos inverecundos sobre sus partes pudendas, tocando con sus manos los genitales de la niña, vagina, pechos y cola, tanto por encima como por debajo de la ropa, acostándose con la menor y apoyándole su miembro viril contra la cola, besándola en reiteradas ocasiones, y obligándola a tocarle con sus manos el pene, valiéndose para ello de actos de violencia, aprovechándose de la situación de convivencia preexistente con la víctima y el desequilibrio de poder existente entre el adulto respecto de la menor, del grado de intimidad y sometimiento alcanzado por ser el encartado pareja de su madre y convivir bajo el mismo techo, como así también del grado de vulnerabilidad de la niña; interrumpiendo así el desarrollo normal de su sexualidad, prologándose el comportamiento del sindicado por el termino de casi tres años..." (fs. 90 y vta.). La calificación atribuida fue la de abuso sexual gravemente ultrajante agravado según el art. 119, segundo párrafo en relación al cuarto párrafo, apartado "f", del Código Penal (v. fs. 91 vta.).

Tercer hecho: "...en fecha no determinada, pero comprendido entre comienzos de 2012 -mes de marzo- y diciembre de 2014, en el interior de la finca de [...] Necochea, en por lo menos dos oportunidades, H. E. O. accedió carnalmente por vía vaginal con su miembro viril a la niña [M. D. H.] quien tenía entre diez y doce años de edad, valiéndose para desplegar su conducta de la situación de convivencia preexistente con la víctima por ser pareja de su madre y convivir bajo el mismo techo, como así también del grado de vulnerabilidad de la

niña...". Fue calificado como abuso sexual con acceso carnal agravado, conforme el art. 119, tercer párrafo en relación al cuarto párrafo, apartado "f", del Código Penal (*ibidem*).

La relación establecida en la sentencia del Tribunal en lo Criminal entre los denominados como segundo y tercer hecho fue la de concurso real (art. 55, Cód. Penal; *ibidem*).

La defensa, en cambio, planteó ante esta Suprema Corte que "...las conductas descriptas en el párrafo 2do del art. 119 ya se encuentran contempladas por el párrafo 3ro del mismo artículo, que avanza hacia un modo de ejecución del abuso aún más específico, abarcando las características del párrafo anterior, las que presupone, estableciendo una tipicidad progresiva en la que se agrava el abuso sexual cuando se verifican determinadas circunstancias que se agregan a los elementos de la figura básica" (fs. 174).

Explicó que los hechos II y III fueron ubicados dentro de las mismas circunstancias de tiempo y espacio, "...existiendo a su vez, identidad entre víctima y victimario. De este modo, no logra acreditar la sentencia un dolo independiente en los hechos cuya concurrencia real pretende establecer" (fs. 174 y vta.).

Entendió que "...el fin perseguido por O. estaba dirigido a consumir un abuso sexual con acceso carnal, el que finalmente perfeccionó, y que las circunstancias de realización de este tipo de abusos ya presuponen una vejación gravemente ultrajante para la víctima..." (fs. 174 vta.).



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

Con cita de doctrina de autor afirmó sobre el concurso aparente que el encuadramiento plural se reduce a uno único cuando "...uno de los tipos en juego desplaza a los otros..." y, específicamente, en la relación de consunción "La acción de un tipo queda englobada en la más amplia de otro; una acción imperfecta referida a un tipo se reduce dentro de la acción perfecta lograda como desarrollo de aquella...". Por lo tanto, sostuvo, "...el abuso sexual con penetración desplaza al tipo penal del abuso gravemente ultrajante, pues precisamente las circunstancias de realización del abuso -la penetración- configuran una circunstancia de realización que implica un grave ultraje para la víctima, reduciendo el hecho a un único encuadramiento legal posible, aplazando el concurso real propuesto en el fallo por resultar el mismo aparente" (fs. 174 vta. y 175).

II. Ante la Casación, la defensa oficial alegó que debió haberse imputado un solo delito, el de abuso sexual con acceso carnal "...ya que las conductas de tocamientos en las partes íntimas de la joven, constituyen actos preparatorios de la violación, de acuerdo a la teoría del 'iter criminis'", configurándose un concurso aparente de leyes por consunción (v. fs. 119 y vta.). Seguidamente, también afirmó que se trataba de un delito continuado (v. fs. 120).

En lo que aquí interesa, el tribunal intermedio consideró desacertada la afirmación del recurrente acerca de "...que las exigencias del tipo penal del abuso sexual gravemente ultrajante están absorvidas [sic] en el tipo de abuso sexual agravado por acceso carnal" y mantuvo la

subsunción como un caso de concurso real a tenor del art. 55 del Código Penal pues entendió que la materialidad ilícita descripta y la actuación desplegada por el acusado encuadran en ambas figuras (v. fs. 153).

Explicó que en el concurso aparente un tipo desplaza al otro y resulta aplicable, ya que "...se trata de tipos que guardan entre sí una manifiesta incompatibilidad, de tal modo que no pueden aplicarse conjuntamente al mismo hecho..." y que, en cambio, "...en el caso de autos, estamos en presencia de conductas que no son excluyentes entre sí..." (*ibidem*).

Juzgó que "...O. desarrolló las acciones típicas de las distintas figuras legales en forma separada, las que concurren en forma real". "En ese sentido, se puede apreciar que los hechos sucedieron entre comienzos del año 2012 (mes de marzo) y diciembre de 2014, y respecto del hecho n° 2 la víctima manifestó que consistió en tocamientos en sus partes pudendas: vagina, pechos y cola, tanto por encima como por debajo de la ropa; acostándose con la menor y apoyándole su miembro viril contra la cola; besándola en reiteradas ocasiones; y respecto del hecho n° 3 consistieron en accesos carnales en por lo menos dos oportunidades" (fs. 153 vta.).

Concluyó que tales hechos fueron independientes entre sí "...y si bien podría decirse que hay unidad de acción subjetiva, de ninguna manera puede traducirse en una unidad de hecho". "En el concurso aparente como afirma el defensor, las partes del hecho correspondientes a los tipos penales en juego son las mismas, pero lo que



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

olvida es que, la diferencia con en [sic] el concurso real será que una parte del hecho corresponderá igualmente a dos tipos penales, mientras que las restantes conforman separadamente una a un tipo penal y la otra al otro". Y reiteró que el hecho imputado "...no es uno solo..." (*ibidem*).

III. Coincido con el dictamen del Procurador General en que el recurso no puede prosperar (art. 495, CPP).

Como se advierte, el tribunal de casación resolvió que los tipos penales en juego no se excluyen en este caso (es decir, no hay concurso aparente) en virtud de que, tratándose de hechos independientes, cada uno de ellos encuadra en la respectiva figura penal sin incompatibilidades ni, por ende, absorción (consunción) de una por la otra.

El recurrente no ha logrado rebatir esta conclusión.

Como se dijo, *mutatis mutandi*, en la causa P. 131.256 (sent. de 29-V-2020, voto del doctor Soria), en la cual se analizó -y desestimó- un planteo sobre el concurso aparente (allí se trataba de las figuras de rapto del art. 130 del Código Penal y de abuso sexual agravado del art. 119 del mismo), tampoco aquí la parte se hace cargo de que los diversos y múltiples abusos sexuales gravemente ultrajantes sufridos por la víctima, a lo largo de casi tres años, incluyeron mucho más que los ataques a la integridad sexual "necesarios" para la consumación del acto típico de violación (abuso sexual con acceso carnal) ejecutado en dos ocasiones, en tanto

la reiterada afrenta contra la integridad sexual de la niña M. excedió con creces lo necesario para la perpetración de las violaciones.

En este caso, la duración -entre marzo de 2012 y diciembre de 2014- y la reiteración de los abusos sexuales gravemente ultrajantes no pueden interpretarse, como lo postuló la defensa, como parte del *iter criminis*, y por lo tanto absorbidos por la comisión de dos violaciones en el mismo período pues excedieron largamente el tiempo y los actos "necesarios" para consumir los dos accesos carnales que, al menos, se tuvieron por demostrados. Se advierte, más bien, que tales graves abusos quedaron autonomizados de las violaciones, en términos del art. 55 del Código Penal.

Ese plus, con esa extensión temporal justificaría la solución concursal dada (art. 55, Cód. Penal), y que aquí se impugna, sin demostrar la parte el absurdo o arbitrariedad de los presupuestos fácticos en que se apoya merced a las circunstancias comprobadas. Media pues insuficiencia a efectos de evidenciar que ello haya importado una decisión reñida con una interpretación posible del concurso real (doctr. causa P. 115.133, sent. de 11-IX-2019).

Añadiré que, haciendo un parangón con la relación entre los delitos de privación ilegal de la libertad y violación (Creus, Carlos, Buompadre, Jorge Eduardo; *Derecho Penal, Parte Especial*, 7ª. Edición, Tomo 1, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2007, pág. 216) la violación también podría, eventualmente, absorber la **momentánea** ejecución de abusos sexuales de menor



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

gravedad, "necesarios" para conseguir **inmediatamente** el acceso carnal, pero no la que **se prolonga en el tiempo, aunque sea con miras** al acceso o a repetir los accesos, pues entonces opera en concurso real con la violación. Como se advierte, resultan relevantes para decidir el punto las notas de inmediatez o prolongación en el tiempo de las respectivas acciones.

Con el mismo criterio cabe acudir, con las adecuaciones pertinentes en función de los tipos penales que en este juicio interesan, al siguiente análisis, en especial su último párrafo: "Respecto de las amenazas, la coacción y la privación de libertad, son tipos delictivos absorbidos por el artículo 119, tercer párrafo, del Código Penal, **siempre que ellas se empleen** con el único fin de reducir a la víctima **para consumir el acto violatorio**, en virtud de que **no se concibe la violación de la libertad sexual sin vulnerar al mismo tiempo** la libertad personal. Sin embargo, esa privación de la libertad que queda absorbida por la conducta de abuso sexual con acceso carnal es la **estrictamente necesaria para la violación**. La postura dominante sostiene que cuando la privación de la libertad **se prolonga en el tiempo se computará como un hecho independiente que concurrirá real o materialmente con el delito de violación**. En lo referente al **abuso sexual simple**, todo tocamiento impúdico o [sic] **concomitante** al acceso carnal es, en principio, absorbido por la figura de **violación**" (el destacado me pertenece; Donna, Edgardo Alberto; *Derecho Penal, Parte Especial*, 3ra. Edición, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, págs. 593 y

594).

Según Soler "En general, debemos considerar consumido por la figura principal todo aquello que, en cuanto acción (anterior o posterior) está concebido por la ley como explícitamente o implícitamente necesario..." (Soler, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*, 4ta. Edición, Tomo II, Tea, Buenos Aires, 1978, pág. 183).

Aplicando similares parámetros a estos autos, se advierte que la pluralidad de abusos sexuales gravemente ultrajantes no ocurrió en relación inmediata con las violaciones puesto que todos los abusos se extendieron durante casi tres años y las violaciones fueron dos. No era "estrictamente necesario" someter a la víctima a aquellos abusos a lo largo del tiempo para consumir, en algún momento, dos accesos carnales. Ni fueron concomitantes, todos ellos, con las violaciones.

En lo que concierne al argumento defensorista sobre el dolo (v. fs. 174 vta.), la posibilidad de que el acusado además de haberse propuesto los abusos sexuales gravemente ultrajantes hubiera tenido en miras cometer en algún momento las violaciones no basta para descartar la independencia de los hechos (véase supra: Creus et. al).

No hay que olvidar que "El principal objetivo de la Ley 25.087 [...] ha sido generar una reconceptualización global que tuviera en cuenta las perspectivas de las víctimas en el momento de definir el bien jurídico protegido y las conductas consideradas ilícitas" (Rodríguez, Marcela, "Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas", en Birgin, Haydée [comp.], *Las trampas del*



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

poder punitivo, Biblos, Buenos Aires, 2000, pág. 150), en cumplimiento de compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino en materia de derechos humanos. La postura de la defensa va en contra de esa intención legislativa y deja completamente desmaterializada la experiencia de la víctima, que fue sometida de los diez a los doce años a múltiples y diversos abusos sexuales.

Por todo ello, voto por la **negativa**.

La señora Jueza doctora **Kogan**, por los mismos fundamentos del doctor Torres, votó también por la **negativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

Adhiero al voto del doctor Torres, con el siguiente alcance.

La objeción a la decisión del Tribunal de Casación de convalidar lo actuado por el juez de grado en lo concerniente al concurso material de los abusos sexuales correspondiente a los identificados como hechos II y III, en el entendimiento -a criterio de la parte- de que los respectivos abusos sexuales gravemente ultrajantes agravados habrían quedado absorbidos (concurso aparente por consunción) con los dos abusos sexuales también agravados, en tanto en el "iter criminis" el sujeto habría "avanza[do] hacia un modo de ejecución del abuso aún más específico, abarcando las características del párrafo anterior, las que presupone, estableciendo una tipicidad progresiva..." (fs. 174), de modo que no podría tratárselo como hechos independientes, debe, en el caso, desestimarse.

Como señala el colega, tal como referí al votar la causa P. 131.256 (sent. de 29-V-2020), cuyas consideraciones *mutatis mutandi* son aquí de aplicación, la parte no se hace cargo de que los diversos y múltiples abusos sexuales gravemente ultrajantes sufridos por la víctima, a lo largo de casi tres años, incluyeron mucho más que los ataques a la integridad sexual "necesarios" para la consumación del acto típico de violación (abuso sexual con acceso carnal) ejecutado en dos ocasiones, en tanto la reiterada afrenta contra la integridad sexual de la niña M. excedió con creces lo necesario para la perpetración de las violaciones. En el discurrir de la parte, a lo sumo en dos ocasiones pudieron significar esa "progresión" del abuso gravemente ultrajante al posterior acceso carnal, y ni siquiera así lo revelan los hechos del caso. Antes bien, la materialidad fáctica inmovible refiere a actos independientes, en los términos del art. 55 del Código Penal.

Dicho más enfáticamente, la referida duración de las conductas enrostradas al imputado O. -entre marzo de 2012 y diciembre de 2014- y la reiteración de los abusos sexuales gravemente ultrajantes no pueden interpretarse, como lo postuló la defensa, como parte progresiva de un mismo "iter criminis", y por lo tanto absorbidos por la comisión de dos violaciones en el mismo período pues excedieron largamente el tiempo y los actos "necesarios" para consumir los dos accesos carnales que, al menos, se tuvieron por demostrados.

Ese plus, con esa extensión temporo-espacial justificaría la solución concursal dada (art. 55, Cód.



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

Penal), aquí controvertida, sin lograr la defensa demostrar la arbitrariedad de los presupuestos fácticos en que se apoya merced a las circunstancias comprobadas del caso. Media pues insuficiencia a efectos de evidenciar que ello haya importado una decisión reñida con una interpretación posible del concurso real (conf. doct. causa P. 115.133, sent. de 11-IX-2019).

Por ello y demás argumentos concordantes del voto al que adhiero, doy el propio por la **negativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

Concuero con el voto del Ministro ponente doctor Torres, con el alcance indicado por el doctor Soria, en cuanto propician desestimar por razones de insuficiencia la vía impugnativa en tratamiento (art. 495, CPP).

Voto por la **negativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General, se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, con costas (doctr. art. 496 y concs., CPP).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Suscripto y registrado por el Actuario firmante, en la ciudad de La Plata, en la fecha indicada en la constancia de la firma digital (Ac. SCBA 3971/20).

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 27/09/2021 17:14:08 - TORRES Sergio Gabriel - JUEZ

Funcionario Firmante: 27/09/2021 17:33:31 - KOGAN Hilda - JUEZA

Funcionario Firmante: 28/09/2021 08:21:16 - GENOUD Luis Esteban - JUEZ

Funcionario Firmante: 29/09/2021 17:18:29 - SORIA Daniel Fernando - JUEZ

Funcionario Firmante: 29/09/2021 17:26:28 - MARTÍNEZ ASTORINO Roberto Daniel - SECRETARIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

259900288003579895

SECRETARIA PENAL - SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS