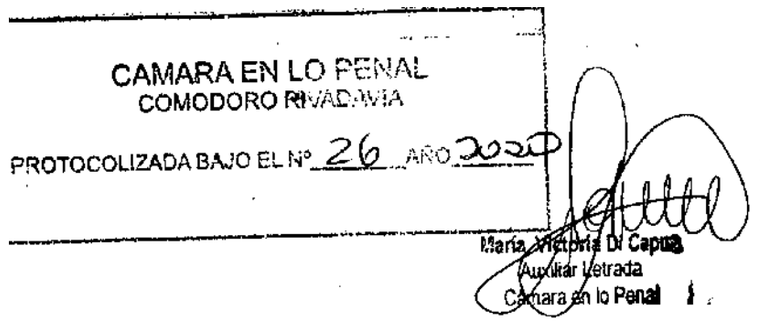


En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los diecisiete días del mes de noviembre de dos mil veinte, el Tribunal integrado por los Dres. **Martín** Roberto **MONTENOVO,** en su carácter de Presidente, **Guillermo Alberto MÜLLER y Daniel Luis** María **PINTOS,** Jueces de Cámara, proceden a dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del Legajo de Investigación Fiscal nº 95652, Carpeta individual n° 11031, caratulada: "A., A. R. *si* Dcia. Abuso Sexual", de la Oficina Judicial de esta Circunscripción, en la que tuvieron debida participación, el Sr. Fiscal General Dr. **Martín** Eduardo **Cárcamo,** la Defensora Pública Dra. **Marta** Cristina Sadino y el imputado J. E. B.; y

CONSIDERANDO-:

Que los días veintiocho de octubre y dos del corriente mes y año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art, 385 del CPP, presidida por el Dr. Martín Roberto Montenovo, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de J. E. B., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el arto 385, 5° párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa de J. E. B. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde

dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Martín Roberto Montenovo, en segundo lugar el Dr. Guillermo Alberto Müller y finalmente el Dr. Daniel Luis María Pintos.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

I. **-** Ha motivado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por la Defensa Pública, en favor de J. E. B., contra la Sentencia n° 1990/2020, de fecha 5 de agosto de 2020, por la cual el Tribunal integrado por los Dres. Daniela Alejandra Arcuri, Raquel Susana Tassello y Martín Ernesto Cosmaro lo condenó a la pena de ocho años y seis meses de prisión como autor penalmente responsable del delito de Abuso sexual con acceso camal, dos hechos en concurso real, por los hechos ocurridos en esta ciudad, el día 30 de enero de 2019, en perjuicio de R. A. A..-

1.- La Dra. Sadino esgrimió dos motivos de agravios: la errónea aplicación de la ley de fondo y, en estrecha relación con éste, el monto de la pena impuesta. -

En relación al primero aseveró que, si bien el Tribunal sostuvo por unanimidad que hubo dos acciones diferentes ejecutadas por su asistido y que cada una de ellas es en sí un delito independiente del otro, los dos hechos se realizaron con una finalidad común y que el proceder de B. estuvo compuesto por una pluralidad de movimientos encadenados y guiados por una unidad de decisión.-

Agregó que ello comprende desde la decisión de llevar a cabo el acto hasta el resultado inclusive, y que dentro de ese tramo el *iter criminis*

aumenta o disminuye el injusto penal, tratándose de un accionar único donde se cometieron dos accesos -una *felcttiio in ore* y uno vía vaginal-.-

Concluyó que se trató de la ejecución de una única conducta que demuestra unidad de resolución en cuanto a una sola finalidad, que fue la de someter la libertad sexual de la joven A. en una oportunidad. En virtud de ello peticionó que se readecúe la calificación jurídica dejando sin efecto el concurso real.-

Respecto de la pena indicó que vulnera el principio de culpabilidad ya que B. se encontraba bajo los efectos del consumo de alcohol y sustancias tóxicas, circunstancia que limitó el manejo de sus impulsos, reduciendo el ámbito de autodeterminación.-

Añadió que de los informes del Cuerpo Médico Forense se constataron los antecedentes de consumo problemático de alcohol y cocaína sin tratamiento psicológico ni psiquiátrico, que el Lic. G. G. describió con detalles la vulnerabilidad psicosocial en la que se vio inmerso B. desde temprana edad, puntualizando la problemática en el consumo de sustancias y alcohol.-

Hizo hincapié en el estado de intoxicación de su asistido al momento de los hechos destacando que la misma víctima refirió que B. tenía olor a poxi-ran.-.

Calificó como parcializado, arbitrario y fragmentado el análisis de la prueba efectuado por el Tribunal al no brindar fundamento alguno para descartar la atenuante, limitándose únicamente a señalar que no se comprobó que B. se encontrara bajo los efectos de sustancias tóxicas prohibidas.-

Entendió que las circunstancias apuntadas permiten acreditar

de su asistido no pudo dirigir sus impulsos para adecuar la conducta a la norma y por ello solicitó que se readecúe la pena en seis años y ocho meses de prisión.-

Hizo expresa reserva de ampliar los fundamentos en audiencia y del caso federal.-

2. - Efectuado el emplazamiento de conformidad con el art. 384 del C.P.P. el Ministerio Público Fiscal no respondió a los agravios ni tampoco adhirió al recurso.-

3. - En la audiencia del art. 385 del C.P.P. la Defensa oralizó su escrito de impugnación y solicitó la readecuación de la calificación jurídica y, en consecuencia, la reducción de la pena impuesta. Subsidiariamente, y para el caso de no prosperar dicho planteo, peticionó la reducción de la pena teniendo en consideración como atenuante la problemática de adicción que afectaba a su asistido.-

A su turno, el Fiscal General contestó a los agravios esgrimidos por la Defensa. -

Indicó que el Tribunal de Juicio dio respuesta acabada a los planteos de la Defensa en relación a las reglas de los concursos, por lo cual no hay un nuevo agravio.-

Agregó que la Defensa utiliza un concepto finalista de la acción y que tampoco serían de aplicación las reglas del art. 54 del C.P. porque no se configura en el caso un concurso ideal.-

Entendió que difícilmente pueda configurarse una única acción cuando hay dos prácticas sexuales totalmente distintas y que en tanto B. pudo haber evitado la segunda conducta, más no lo hizo, cabe concluir que hay una pluralidad de acciones, habiéndose lesionado la libertad sexual de la víctima

en dos oportunidades.-

En relación a la pena sostuvo que, si bien no satisface la pretensión del Ministerio Público Fiscal por las agravantes que rodean al hecho, la protesta que formula la Defensa para su reducción ya ha sido considerada oportunamente, no habiendo introducido en esta oportunidad un nuevo agravio para modificar lo resuelto por el Tribunal de Juicio. Solicitó que se confirme la sentencia en todos sus términos.-

4. - El hecho por el cual fuera condenado B., calificado como Abuso sexual con acceso camal, dos hechos en concurso real, fue descripto en la pieza acusatoria en los siguientes términos: “El día miércoles 30 de enero del año 2019, siendo aproximadamente las 22.30 hs., la joven A. R. A., de 24 años de edad, luego de practicar estudio Bíblico en la Iglesia C. H. D. A., ubicada en intersección de calles Andrés Minoli y Angelelli de esta ciudad, se dirigió caminando a la parada de colectivos de la línea 1 de la empresa de transporte urbano "P. A.", situada en la intersección de calles Huergo y Los Pensamientos del barrio San Martín de esta ciudad, para retomar a su domicilio. Allí esperó aproximadamente media hora y al advertir la presencia de una persona de sexo masculino y la llegada de otras tres personas presuntamente del mismo sexo, A. R. A. caminó en dirección a Av. Rivadavia. En tales circunstancias, y antes de llegar a la estación de servicio Petrobras "E. T.", J. B., desconocido para la víctima, quien vestía remera mangas corta, de color roja con letras en la parte anterior, y un pantalón tipo "capri", color claro y camuflado, mediante la utilización de un arma blanca interceptó a A. R. A. y la obligó a que lo acompañe diciéndole "Vení, hagamos como si fuéramos novios, dale abrazame",

manteniendo el arma blanca contra su cuello y obligándola a caminar hasta el descampado ubicado en las inmediaciones de la Escuela S. J. O., sobre calle Los Pensamientos de esta ciudad. Al llegar al descampado ubicado detrás de la Escuela Juan XXIII de esta ciudad, B. le dijo a la víctima "yo soy del barrio Ceferino, si no te dejas hacer lo que yo quiera, voy a llamar a mis amigos y te vamos a violar entre todos. Encima sabes qué? Tengo SIDA". Seguidamente B. le sacó la campera que llevaba puesta la joven, le rompió la remera, le tocó sus pechos, le sacó una zapatilla y la calza, y la accedió camalmente por vía vaginal hasta lograr su eyaculación. Luego de ello y ante la negativa de A. R. A., el imputado le propinó a la joven un golpe de puño en la cara y obligó a la víctima a practicarle sexo oral. Inmediatamente el imputado le exigió a la joven que orinara para que no quedaran pruebas. Seguidamente, el imputado le pidió el celular a la víctima, lo examinó y amenazó a la víctima manifestándole que no hiciera la denuncia porque la iba a matar a ella y a su familia. Finalmente, B. le dijo a A. R. A. que se fuera del lugar, y posteriormente el imputado pasó cerca de la joven y le hizo señas con ademanes de estar vigilándola. Ante ello, A. R. A. caminó desesperada hasta encontrar un remís con el cual se dirigió hasta su domicilio”.-

II. **-** Tal como ha quedado en claro a partir de la reseña precedente, los agravios postulados por la Defensa han apuntado al modo de concurrencia de los hechos atribuidos al acusado, pretendiendo una reducción de la sanción impuesta, mismo objetivo perseguido por el segundo de los agravios planteados, ya directamente relacionado al ítem punibilidad estrictamente, desde una presunta reducción de la capacidad de culpabilidad del imputado al momento

del suceso derivada del consumo de una sustancia asimilable a un estupefaciente.-

Nada se ha objetado de la materialidad delictiva, ni de la autoría, ni de la calificación legal, más allá del modo de concurrencia de los hechos ya indicados. Todo ello ha quedado definido de la manera en que lo han determinado, y explicado suficientemente, los Magistrados del Juicio, incluso en cuanto al orden de las conductas, primero la imposición de una "fellatio in ore" y luego una penetración por vía vaginal, cuando en la Acusación la secuencia orden había sido descripta de manera inversa. -

No obstante, más allá de ello, esta Cámara Penal en orden a lo establecido por el art. 369 del CPPCh. se encuentra facultada para el análisis de aspectos ajenos al contenido del recurso del imputado, en tanto resulte ostensible que durante el trámite no se preservaron las formas básicas propias de la garantía del “Juicio previo” del art. 18 de la CN., desde ya en desmedro del acusado y no en sentido inverso pues la norma indicada prohíbe la reforma de lo decidido en perjuicio del recurrente.-

Del análisis que corresponde realizar desde dicho enfoque se desprende que tales formas del Juicio previo han sido perfectamente preservadas, aún con la inversión de la secuencia fáctica propuesta, y que la Sentencia ha dado respuesta tanto a los planteos de la Defensa como ha sido una derivación lógica y razonada de la prueba rendida, sin perjuicio de alguna discrepancia de naturaleza jurídica que enunciaremos a continuación, y que tal lo ya adelantado, no logra conmover lo esencial de lo decidido por los Jueces de grado, a cuyas producciones cabe remitir en cuanto a los ítems no cuestionados. -

Pero más allá de ello, valiéndonos entonces de la reconstrucción histórica del suceso realizada por el Tribunal del Debate, insisto

que adecuada e indiscutida, el acusado sorprendió a la víctima en un sitio público, por la noche, desplegó fuerza física, violencia también física y verbal, con un notorio componente asociado a la denigración del género femenino, obligó a la damnificada a desplazarse hacia otro sitio, verificó de hacerlo por un sendero en el que no hubiera cámaras de seguridad, también evitó que el dispositivo del teléfono móvil de A. A. pudiera permitir su localización, e incluso pretendió amedrentarla a efecto que no formulara la denuncia.-

La Defensa no solicitó que se lo considere como un sujeto que obró con ausencia de capacidad de culpabilidad en virtud de que se pudo corroborar que había consumido poxiran previamente, pero sí que a partir de allí sus frenos inhibitorios se relajaron, asociando ello a una reducción de la reprochabiiidad y con ello, de la pena.-

En tal ecuación, debemos partir de la base que la capacidad de culpabilidad ha sido regulada por el Legislador en el art. 34 inc. 1 del CP. cómo un concepto que no deriva de un juicio exclusivamiente médico, ni deriva de pautas objetivas y tarifadas, por caso el consumo de alcoholo drogas, sino que fija la pauta consistente en que resultan los Jueces los que deben dirimirlo atendiendo a los elementos de convicción reunidos sobre dicho aspecto, que incluyen aquí tanto el informe del arto 206 del CPPCh, el perfil psicológico, y lo que emerge de la propia conducta en el hecho acreditada, que tal lo detallado, lejos estuvo de carecer de racionalidad, despliegue de medios idóneos para concretar el fin delictivo, y operaciones de resguardo para cometerlo y procurar la impunidad.-

En tal contexto, más allá del consumo de alguna sustancia, no es posible relacionar lo acaecido exclusivamente con ello, ni considerar una

disminución de culpabilidad ante tal cuadro, y desde allí, de la sanción.-

III- El primero de los agravios a tratar se vincula íntimamente al concepto de conducta como primer estadío del análisis de la estructura de cuatro partes en que se compone el delito, junto a la Tipicidad, Antijuridicidad y Reprochabilidad, y ha motivado no pocos debates en Doctrina.-

A modo de síntesis, a la antigua discusión entre causalismo y finalismo respecto de si la acción consiste en una enervación muscular solamente, o debe ser interpretada como un despliegue con una finalidad, se suma la postura que pretende hallar un criterio abarcativo de todas las modalidades de conducta, la acción, la omisión ambas dolosas, y el inagotable universo culposo, predicando en definitiva que es el orden jurídico el que asigna relevancia penal a ciertos comportamientos, los identifica, y con ello, que existe un concepto de conducta propio del Derecho penal, abandonando así el concepto de estructuras "lógico-objetivas" de Hans Welzel (conf. Mir Puig, Santiago, Derecho Penal, Parte General pags. 178/189 Ed. BdeF; Righi Esteban, Derecho Penal, parte general, pags. 109/138 Ed,. Abeledo Perrot).-

Sin pretensión, en lo más mínimo, de agotar el tema, pareciera que toda conducta posee una finalidad, al menos si partimos de la base de la voluntad, el libre albedrío y la racionalidad como sus componentes; y también que se rige por pautas de análisis, a priori, ajenas al Derecho Penal, sin perjuicio que luego algunas de ellas sean tipificadas, y que resulte dificultoso encontrar una definición común para todas, más allá del rasgo compartido que implica precisamente, que su relevancia para el Derecho Penal lo define este mismo.-

El riesgo de considerar que el concepto de conducta lo define

el Derecho penal se observa claramente al apreciar las reformas legislativas, incluso las inherentes a este caso.-

Nuevamente sin pretensión de tratar en profundidad el tema, originalmente la introducción de un miembro viril en la boca de la víctima dio lugar a una intensa discusión referida a si tal acción era constitutiva de violación o no.-

Con la sanción de la Ley 25087 (19/5/99), pareció zanjarse la cuestión al, en el contexto de una gran modificación al Capítulo, crearse la figura del Abuso sexual gravemente ultrajante, segundo párrafo del art. 119 del CP., sitio donde podía incluirse tal hipótesis.-

No obstante, merced a la sanción de la Ley 27352 (17/5/0177), en la órbita del acceso camal quedó incluida la vía oral, en paridad de condiciones con los supuestos históricos constitutivos de Violación, representando ello la consagración de una de las posturas de la antigua discusión.-

Aquí, tal como quedó definido en la Sentencia, B. procedió contra la voluntad de la víctima, a hacerse proporcionar sexo oral, y luego la accedió carnalmente, prácticamente sin solución de continuidad.-

El tema a tratar remite a si cabe identificar allí dos conductas, y por ende un concurso real tal lo decidido por el A-quo, o una, aunque con ingreso en más de una figura legal, lo que significaría la verificación de un concurso ideal, o de leyes, con la modificación consecuente de la escala punitiva aplicable.-

Retornando al concepto de estructuras "lógico objetivas", parece adecuado al caso evaluar la conducta del acusado como un intento, consumado, de vulnerar la libertad sexual de la víctima, que consistió en más de una modalidad, aunque no por ello dejó de ser una sola acción.-

Luego, dichas modalidades poseen la aptitud de ingresar a distintos tipos penales, o en este supuesto al mismo, aunque no por ello se convierte en múltiple aquello que no lo fue.-

Precisamente tal carácter, de unicidad o multiplicidad, no puede quedar derivado a una construcción legal, que transforme la realidad, pues en última instancia lo acaecido además de ser su indagación el objetivo del proceso a efecto de reconstrucción de la mayor verdad histórica posible, resulta una garantía, ya que se es culpable de lo que se hace, a lo que el Derecho le asigna relevancia penal, lo selecciona, pero no lo co-construye.-

E1 argumento consistente en que las aludidas modalidades del sujeto activo derivaron en sufrimientos independientes para la víctima, y con ello significaron reiteración, colisiona con el dato consistente en que ello pude verificarse también en otros supuestos concúrsales, incluso el de leyes. Allí está el art. 124 del CP., que atrapa dos circunstancias de particular sufrimiento para la víctima, pero no por ello, y en base al principio de especialidad, podríamos hablar de un concurso real.-

En última instancia, y como dato que aporta al razonamiento que aquí se propone, y sin perjuicio del sufrimiento aludido, la propia víctima al evocar lo sucedido, ha dado claras muestras de aludir a un solo episodio.-

Luego, es indudable que el Legislador se ha pronunciado paulatinamente asignando mayor respuesta punitiva a toda conducta lesiva de la libertad sexual, e incluso a modalidades propias de ellas, lo cual no alcanza para cambiar la naturaleza numérica de un hecho.-

En consecuencia, más allá de considerar que en cuanto al punto asiste razón a la Defensa, el ingreso en más de un tipo penal de una sola

conducta, reduce la escala aplicable, pero emerge nuevamente y de manera desfavorable, en el rubro punibilidad.-

IV- Ya expresamos que no es factible computar como atenuante una presunta cercanía de B. en el evento al umbral de inculpabilidad, pues ello no se desprende del plexo rendido.-

Por el contrario, desde el hecho, faz objetiva del análisis punitivo, solo podemos hallar tactores agravantes que obligan a ir por encima del límite inferior de la escala. A ello coadyuva desde ya la concurrencia ideal identificada. -

Desde lo subjetivo, tampoco la edad del imputado juega un rol contundente en calidad de atenuante, y sí lo hace la ausencia de antecedentes computables. -

Ante tal cuadro, el monto de pena seleccionado por los Magistrados del grado, y sus fundamentos, constituyen una respuesta contingente por demás racional y adecuada a las circunstancias del caso, lo cual impone su confirmación. Así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

I.- Mediante la impugnación de la sentencia la Defensa persigue básicamente obtener una disminución del monto de pena impuesta por el Tribunal de grado a J. E. B. planteando dos agravios;; el primero vinculado a la significación jurídica asignada a la conducta y el segundo a la determinación de la dosis de la pena, y en ese orden serán tratados-

Antes de iniciar el tratamiento de los mismos resulta pertinente destacar que en el caso no se encuentra controvertida la materialidad ni

la autoría del hecho y el Tribunal de Juicio pudo reconstruir el suceso a partir de un importante caudal probatorio que permitió recrearlo en todo su desarrollo, y desde luego tiene estrecha vinculación con la calificación jurídica asignada al mismo.-

El hecho consistió en que un individuo abordó en la vía pública en horas de la noche a una joven de manera violenta, y con un arma blanca la intimidó y la llevó a un descampado donde la obligó a practicar sexo oral y a accedería vía vaginal hasta lograr eyacular para luego exigirle que orinara retirándose del lugar, no sin antes amenazarla de muerte si denunciaba el hecho, además de haberle propinado en forma reiterada golpes de puño en el rostro mientras desarrollaba la repudiable conducta.-

Como acabo de señalar el plexo probatorio fue abundante y además el imputado culminó reconociendo la conducta desplegada y de esa verdad histórica que lograron reconstruir los jueces se pueden extraer algunos elementos relevantes a los fines de resolver los agravios esgrimidos por la impugnante.-

1 .-El Ministerio Público Fiscal al formular conclusiones mantuvo la adecuación típica expuesta en la acusación, y dado que el imputado forzó a la víctima a practicarle sexo oral y luego penetrarla vía vaginal, entendió que se trataba de dos hechos distintos e independientes por la pluralidad de acciones ultrajantes, proponiendo un concurso real de delitos- art. 55 del C.P.-

No obstante la seria objeción de la defensa los jueces receptaron la tesis fiscal y sin mayor desarrollo concluyeron en el mismo sentido; así la Dra. Tasello aceptando que las acciones ocurrieron en un mismo contexto

temporo espacial, dice que cada uno de los accesos pueden escindirse y por ello el concurso real para culminar que las otras acciones que consistieron en tocamientos del cuerpo de la víctima, a lo que debió aditar que el imputado también le practicó sexo oral, se encuentran absorbidas por el tipo de la violación y allí sí se daría un concurso aparente de leyes.-

La Dra. Arcuri consideró que se trata de dos ilícitos distintos por cuanto existió una renovación de la voluntad y resolución del imputado para con las conductas emprendidas y que ello permite sostener la existencia de acciones típicas, antijurídicas y culpables en un mismo contexto, intentando avalar su postura con cita doctrinaria y un voto minoritario de un precedente de la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de la Matanza, en tanto el Dr. Cosmaro sostuvo que se verificaron una pluralidad de conductas y no una unidad como propuso la defensa más allá del plan criminal.-

Como puede apreciarse las respuestas no resultan sustanciales ni logran explicar debidamente porque se trataría de hechos distintos e independientes cuando quedó acreditado que el episodio se desarrolló en un mismo contexto temporo espacial, quedando definidas todas las acciones desplegadas por el imputado durante el mismo desde que abordó a la víctima con tocamientos, sexo oral recíproco, hasta el acceso vaginal, lo que ilustra la intensidad del abuso, pero conducimos a considerarlos como un concurso real de delito no responde a elementales principios de ponderación y análisis de lo que ha sido materia de juicio.-

Sin perjuicio de las reformas introducidas al art. 119 del Código Penal por Ley 27352 que expresamente aclara que “ acceso camal” puede ser por “ vía anal, vaginal o bucal”, endureciendo las conductas que atenían contra

la integridad sexual, lo que se extrae de lo probado es un único episodio sin solución de continuidad, una única conducta que vulnera la libertad sexual, en el cual durante su transcurso ocurrieron una serie de despliegues' lesivos- tocamientos, sexo oral y acceso camal por vía bucal y vaginal- con una única finalidad, lo que habla a las claras de la intensidad del abuso, pero ello no habilita a segmentar cada una de las prácticas y considerarlas como hechos distintos e independientes, pues no resiste el más elemental análisis desde que se contrapone a la lógica real, al sentido común; no ha sido un suceso en el cual la víctima permaneció privada de la libertad por un lapso de tiempo considerable durante el cual el autor vuelve en reiteradas oportunidades y la somete, todo ocurre sin solución de continuidad.-

Cuando nos referimos a la teoría del concurso en estos supuestos, la respuesta que nos puede brindar la dogmática nos suele conducir a confusiones; sostiene Rusconi que algunas cuestiones han recibido un tratamiento puramente dogmático y con un índice indeseable de abstracción, mientras que otros temas han sido enfocados con un pragmatismo político criminal que sorprende- ejemplo de ello el delito continuado- (Derecho Penal-Parte General-2da. Ed. Ad Hoc pag. 621).-

Como ya señalara existe una unidad de acción, aunque el autor trascienda la simple realización del tipo con su actividad, puesto que la amplitud normativa de esta figura penal absorbe el contenido de la conducta así ejecutada y en este caso la descripción si bien abarca una pluralidad de actividades individuales no por ello basta para apreciarlo desde el prisma de un concurso de delitos, menos desde el material; a este supuesto, Jescheck lo denomina unidad típica de acción en sentido amplio por contraposición a la unidad típica de acción

en sentido estricto en donde se engloban a los demás casos de simple realización del tipo penal. En primer lugar incluye los supuestos de realización repetida del mismo tipo en un corto intervalo de tiempo. Presupuesto para apreciar unidad de acción en estos casos, es que con la repetición plural del tipo de lesión del bien jurídico solo experimente una intensificación meramente cuantitativa- injusto unitario- y se responda a una situación motivacional unitaria. Asimismo, destaca el referido autor que cabe apreciar, dentro de la unidad típica de acción en sentido amplio, el caso de la realización progresiva del tipo a través de una serie de actos individuales con los cuales el autor se va a aproximando al resultado delictivo final, siempre que la misma situación motivacional subsista en una unitaria situación fáctica ("Tratado de Derecho Penal-Parte General -4ta. Ed. Granada, Comares", pag. 649/651); en definitiva la unidad del hecho viene dada por varios factores, el finalista, puesto que las acciones fueron dirigidas a un único fin y el normativo representado por la valoración jurídico penal comprendida en el tipo, de esta manera cada uno de los actos de la misma especie están en una relación inmediata, son una sola acción debieron ponderarse en forma conjunta.-

Para concluir, y en la dirección que vengo exponiendo, resulta pertinente traer un fallo de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, del 29/5/08, autos "G., M." c. 34.616,en el que se pronuncia en este sentido: "...si bien la felatio in ore y la penetración vaginal constituyen dos modos de penetración camal claramente diferenciados, lo cierto es que, en el particular y conforme a la doctrina que emerge de la causa "H." del Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, rta. 26-2-2004, el marco temporal deja entrever que el delito no se multiplica y que la maniobra fue parte de un único abuso en el marco

del mismo acto. En tal caso, la prolongación o múltiple penetración en la humanidad de la víctima corresponde un elemento más a los fines de cuantificar la sanción impuesta mediante una eventual sentencia condenatoria" (Boletín de Jurisprudencia de la CNCCorr., primer semestre de 2008), y por todo ello considero que asiste razón a la defensa.-

2.- En relación al agravio dirigido a la determinación del monto de pena, sostiene la defensa que se verifican en el caso circunstancias excepcionales que el Tribunal debió considerar como atenuantes y no descartarlas como en definitiva lo hizo.-

Aduce que de acuerdo a la prueba producida se pudo establecer que su asistido es adicto al alcohol y drogas, y que al momento de cometer el hecho se encontraba bajo los efectos de sustancias tóxicas, específicamente pegamento, y en virtud de ello no pudo dirigir sus impulsos para adecuar su conducta a la norma, lo que debería reducir el disvalor de la acción y por ende menor reprobabilidad, correspondiendo así una disminución del monto de pena, proponiendo seis años y ocho meses de prisión.-

Para analizar la cuestión no solo debe atenderse la información profesional sobre el particular, sino también las características y formas en que el autor desarrolló la acción lesiva, que como ya expuse en el punto anterior quedó fehacientemente acreditada por un importante caudal probatorio que permitió la reconstrucción histórica del suceso con total precisión, aspecto en el cual han reparado los jueces para descartar la pretensión de la Defensa y que desde luego lejos está de una situación de ausencia de culpabilidad.-

Ahora bien conforme la conclusión a la que hemos arribado en relación al primer agravio, ciertamente la escala penal en su máximo se reduce,

y podría motivar una disminución, pero aquí considero que la tarea del Tribunal fue acertada y han brindado suficientes argumentos que redundan en una aplicación racional de la sanción, circunstancia que excluye toda posibilidad de arbitrariedad o irrazonabilidad del monto de pena impuesta, que refleja un apartamiento no muy elevado del mínimo legal cuando el máximo se ubica en quince 15) años.-

Se extrae de los fundamentos brindados por los jueces que el criterio utilizado ha sido la atención primordial a la faz objetiva del injusto como un factor agravante, es decir aquello que surge la propia conducta del acusado, y volviendo sobre el precedente citado ut-supra, pesa sobre manera en el caso la duración y la intensidad del abuso con doble penetración de la víctima, y en cuanto al estado en que se encontraba al autor al momento del hecho, que según la apreciación de la Sra. Defensora no le permitió dirigir sus impulsos, precisamente la duración del episodio y movimientos desplegados por el autor vienen a descartar alguna limitación en el ámbito de autodeterminación , sin dejar de atender lo manifestado por la propia víctima al respecto en cuanto que si bien presentaba olor a “Poxi Ran”, se encontraba plenamente conciente.-

Teniendo en cuenta que la proporcionalidad de la pena deriva principalmente del grado de disvalor objetivo del hecho y del nivel de culpabilidad del autor, la que explicaron adecuadamente los jueces del Tribunal de grado, corresponde confirmar la condena y así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

L- Me remito íntegramente a la reseña del caso que ha expuesto el Juez Montenovo, toda vez que la misma contiene los antecedentes

fundamentales de lo actuado en la presente etapa de impugnación, que deben ser materia de tratamiento en este decisorio; y además, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias. -

II. -1) En orden al agravio relativo a la errónea aplicación de la ley penal material, art. 55 CP, comenzaré por destacar que, históricamente, nunca se ha entendido que en aquellos supuestos donde mediaban plurales accesos camales, ya sea: vaginales, anales, o vaginales y anales (alternativamente), pero en un mismo contexto témporo espacial de acción, ello pudiera multiplicar la imputación delictiva, en la forma prevista por la norma citada -es decir, originando un concurso real de delitos, o una reiteración delictiva, etc.-. Sí hemos evaluado afirmativamente su operatividad, en los casos de abusos sexuales de menores de edad, perpetrados sucesivamente a través del tiempo -a veces, durante varios años-.-

Sin perjuicio de que resulte obvio o de perogrullo, no está demás resaltar que la trascendencia que tiene este punto, es el relativo a la escala penal aplicable en definitiva; y en razón de la gravedad de las sanciones penales máximas, que resultan de la aplicación del art. 55 CP.-

Ahora bien, teniendo en cuenta la reforma legislativa introducida por la ley n° 27352, en el art. 119, 3er. párrafo del CP, precisando que se penaliza cuando "... hubiere acceso camal por vía anal, vaginal u oral", o se "... realizare otros actos análogos... *(omissis)",* cabe preguntarse si ello podría haber determinado alguna variación en el panorama antes descripto -nunca controvertido en mi entender-. Adelanto mi respuesta negativa, en tanto y en cuanto el tipo penal continúa castigando básicamente el "acceso camal", antes

interpretado como solo abarcativo de las vías vaginal y anal, y ahora extendido a la cavidad oral.-

Ya en oportunidad de la sanción de la ley 25087, se destacó en la doctrina que la reforma había mantenido la expresión "acceso carnal", que contaba con larga tradición en los proyectos nacionales. Y luego, más recientemente, con la citada ley 27352 igual se siguió criticando aquel texto, por ser de difícil interpretación los alcances del concepto de "acceso carnal". De manera entonces que, más allá de las opiniones y debates, está claro que el núcleo típico ha permanecido inmutable, a través del tiempo. -

2) En el presente caso no existe ninguna duda sobre la identidad de contexto temporal y espacial, en la ocurrencia de los hechos, ni tampoco acerca de su continuidad, sin solución alguna. A título meramente ejemplificativo, leemos en el primer voto a la primera cuestión, que: "La testigo R. A., en la audiencia, sostuvo que las relaciones sexuales por vía oral y vaginal no las consintió, de manera precisa y segura expuso las circunstancias en las que... el acusado la sorprendió... para finalmente con el uso de la fuerza física desvestirla y violentamente exigirle a los golpes que le practique sexo oral **para luego** penetrarla por vía vaginal" (p. 21 de la sentencia, foja 149 de la Carpeta judicial, Apartado II, 1 -el destacado me pertenece-).-

Más adelante, y en la misma línea de entendimiento, se agrega: "... **AI llegar al descampado** el imputado..., ante la negativa de R. A., le dio un golpe de puño en la cara **y la obligó** a que le practique sexo oral. **Después** B. le toco los pechos y por la fuerza le sacó la campera, la calza y la accedió carnalmente por vía vaginal hasta lograr su eyaculación..." (p. 26, foja 151 vta.,

apartado V -el destacado ha sido agregado al original-). En suma, en ningún momento se ha tenido por acreditado un corte temporal, ni ningún cambio espacial en la secuencia, que distancie la práctica forzada del coito oral, de su variante genital.-

En el precedente de la sentencian^{0} 17/2015, hubimos de citar la opinión doctrinaria de Caramutí, acerca de la cuestión relativa a cómo ha de entenderse el asunto relativo a la unidad o pluralidad de acciones. Nos enseña este autor que "... en el art. 55 la expresión 'hechos' equivale a 'conductas' y la independencia a que se refiere esta norma -al hablar de 'hechos *independientes"*- alude a su desvaloración a través del tipo. Es decir que el concurso real tiene lugar cuando concurren varios hechos o conductas **independientemente desvalorados** por distintos tipos o por el mismo tipo. Pero se **trata de conductas distintas,** cada una de las cuales encuadra en su respectivo tipo, ... Hay aquí **pluralidad** de encuadres (pluralidad de infracciones o lesiones jurídicas), ... de **hechos distintos..."** (cfr. aut. cit., *Concurso de delitos,* p. 133, edit. hammurab). Bs. As., año 2010, el destacado no pertenece al original).-

El autor concluye entonces que, para que haya "pluralidad de delitos", todos los factores (objetivo, final y normativo,, deben ser plurales, o repetidos; pero en cambio, en nuestro caso, si bien se verifican sucesivas acciones, ellas son todas encuadrables en el "acceso carnal", es decir siempre como una sola "unidad desvalorada" -ibidem-.-

III. - En orden al agravio sobre el monto de pena, hemos acordado que no puede prosperar, no obstante la readecuación ya explicitada en el apartado precedente. En efecto, el cuántum fijado en la sentencia impugnada, en base a la merituación de agravantes tales como la naturaleza de la acción, y la

extensión del daño ocasionado -únicos en cuya valoración judicial se ha conformado una mayoría, o unanimidad de votos; en otros casos, como la ausencia de profilaxis mediante el uso de preservativo, solo se computa un sufragio-, autorizan la elevación por encima del monto pretendido por la Defensa; de manera entonces que el fallo recurrido, merece ser confirmado en este punto.-

En orden a la cuestión relativa al estado de presunta intoxicación etílica, y/o por consumo de estupefacientes, entiendo que no existe prueba fehaciente acerca de su existencia al momento del hecho, por lo que no resulta posible computar una menor reprochabilidad, en la valoración de las circunstancias atenuantes, tal como lo hiciera el Tribunal del juicio de cesura (cfr. p. 90 de la Sentencia recurrida, foja 183 vta. de la Carpeta Judicial, voto de la Jueza Penal Tassello, citada al solo título ejemplificativo, del criterio unánime del Colegiado: “De *las atenuantes merituadas por las partes, ...Para terminar, quedó probado que el Acusado consume en forma abusiva alcohol y es adicto a sustancias toxicas ilegales, testimonios del licenciado G., psicólogo S. y médica forense Dra. F., sin embargo, no se probó que al momento del hecho se encontrara bajo los efectos de sustancias tóxicas prohibidas que hubiesen limitado su ámbito de autodeterminación").*-

IV. - Por todo lo expuesto, sumo mi voto por la negativa a la presente cuestión, sin perjuicio de la corrección que debe efectuarse en el encuadramiento típico del caso.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo: En base al resultado del tratamiento de la cuestión precedente propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: confirmar parcialmente la Sentencia condenatoria N° 1990/2020, dictada en fecha 5 de agosto de 2020 (arts. 374 y 382 y ss. del CPP),

y readecuar la calificación legal allí impuesta a J. E. B., la que quedará como Abuso Sexual con Acceso Carnal, dos hechos en Concurso Ideal (arts. 119 tercer párrafo, 54 y 45 del Código Penal) en razón de los hechos ocurridos el30 de enero de 2019 en perjuicio de R. A. A., y tener presente la reserva del caso federal.-

De la misma forma corresponde regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en 20 JUS (Ley XIII, N° 15, modificatoria de la Ley XIII N° 4, antes Ley 2.200).-

A la SEGUNDA cuestión el Dr. MÜLLER dijo:

En orden al resultado al que se arribara por unanimidad en la deliberación de la primera cuestión, adhiero a lo propuesto por el primer votante y por ello que se dicte pronunciamiento en dichos términos.-

A la SEGUNDA cuestión el Dr. PINTOS dijo:

Atento al resultado al que se arribara por unanimidad en la deliberación y votación de la cuestión precedente, adhiero a la propuesta de pronunciamiento.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por unanimidad,

.....<u>RESUELVE</u>;----------

1°) CONFIRMAR **parcialmente** la Sentencia condenatoria N° 1990/2020, dictada en fecha 5 de agosto de 2020 (arts. 374 y 382 y ss. del CPP), y **READECUAR** la calificación legal allí impuesta a J. **E.** B., la que quedará como Abuso Sexual con Acceso Carnal, dos hechos en Concurso Ideal (arts. 119 tercer párrafo, 54 y 45 del Código Penal) en razón de los hechos ocurridos el 30 de enero de 2019 en perjuicio de R.

A. A.. ....

2º) TENER presente la reserva del caso federal.....—

3º) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública en 20 JUS (Ley XIII, Nº15, modificatoria de la Ley XIII Nº4, antes Ley 2200).-

4º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.-

