

# INAPLICABILIDAD DEL DELITO CONTINUADO EN LOS ABUSOS SEXUALES INTRAFAMILIARES REITERADOS EN EL TIEMPO

*Por Karim Denise Farias*

El presente trabajo de investigación tratará de abordar el problema de la dependencia o independencia de plurales hechos, aunque la labor emprendida se limitará a la investigación puntal de los abusos sexuales con acceso carnal intrafamiliares reiterados en el tiempo comprendiendo tanto los simples tocamientos con significación sexual como así también los cometidos con acceso carnal. Esta cuestión a resolver reviste singular importancia en la aplicación de la pena, ya que no resulta indiferente el tratamiento de éstos casos como si fueran un delito (por ser hechos dependientes) o varios delitos (hechos independientes). Es sabido que los tribunales han optado por tratar este tema como un delito continuado ya que de este modo soslayan la investigación del momento y la extensión de los hechos individuales, elementos que en la práctica son de difícil acreditación. El tema de la conveniencia o no de su aplicación a los efectos procesales no será materia de examen en el presente trabajo en el cual nos restringiremos a un análisis de dogmática jurídico-penal, valiéndonos de una reseña previa de la figura del delito continuado y luego abordaremos el estudio del tipo penal del abuso sexual.

## DESARROLLO

### I-Orígenes del delito continuado <sup>1</sup>

Se discute si el delito continuado apareció en la época de los prácticos italianos de los siglos XV y XVI, para el caso en los trabajos de Julio Claro (1525-1575) y Prospero Farinacio (1544-1616) —aunque hay quienes creen que ello sucedió ya en el tiempo de los glosadores y posglosadores, como lo demuestra alguna elaboración atribuida a Bartolo de Sassoferrato (1314-1357) y Baldo de Ubaldo (1327-1400)—; o si, por el contrario, tal fenómeno sólo se presentó con posterioridad cuando fue contemplado por una Ley Toscana de 30 de agosto de 1795 —con precedentes en

---

<sup>1</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos., *Derecho penal*, Parte general, Bs.As., 1995., p. 506

SOLER, Sebastián., *Derecho penal argentino*, Bs.As., 1983, t. II., p.302

ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, Bs.As., 1988., t IV., p.544.

diversos ordenamientos italianos—, de donde fue tomada por los códigos posteriores. Lo cierto es que con la creación de éste instituto se intentó atenuar la extrema severidad de las penas, allá por el siglo XVI se decía que: "aquel que en un sola noche y continuadamente, comete diversos robos, en distintos lugares, no puede ser penado con la horca" como se hacía para aquellos que cometían tres veces el delito de robo. Es evidente que este instituto solo tenía por objeto reducir la severidad de las penas. Es decir que el delito continuado nació para ser aplicado a delitos que lesionaban bienes patrimoniales.

## II-Fundamento

Asimismo, son diversas las posiciones que se disputan la razón de ser de esta elaboración. En efecto, en primer lugar, se afirma que el delito continuado fue creado por los prácticos animados por un cometido piadoso o pietista, para evitar la pena de muerte imponible a aquellos que incurriesen en el tercer hurto y, con posterioridad, para impedir las consecuencias derivadas de las reglas de acumulación de penas en los casos de concurso (fundamento humanitario)<sup>2</sup>; desde luego, ese cometido —caso de ser acertado— ha perdido hoy su razón de ser en la medida en que la pena imponible al autor es más grave que cuando el delito se ejecuta de una vez, aunque nunca llegando a los extremos —recuérdese: la pena de muerte para el tercer hurto— que motivaron su aparición. También, en segundo lugar, se asevera que esta construcción tiene un fundamento utilitarista<sup>3</sup> dado que está llamada a resolver diversas dificultades procesales y probatorias, pues no siempre es posible demostrar la existencia de cada uno de los actos que integran la acción unitaria (la indeterminación de las acciones), la cantidad de las acciones, las fechas de su ejecución y, por ende, la prueba de estos extremos. Asimismo, en tercer lugar, se ha dicho que su sostén es la justicia real (fundamento material), pues no parece posible punir a quien efectúa una conducta mediante diversos actos con la pena imponible para cada episodio en particular, sino con una sanción única que se compadezca con la gravedad del injusto cometido; en otras palabras: el delito continuado es un instrumento que permite sancionar de forma adecuada conductas que, por su cantidad, gravedad, o por ser partes o fragmentos de un plan unitario, podrían resultar castigadas con mayor severidad si se acudiese a las reglas generales del concurso

---

<sup>2</sup> FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal*, Bs.As., 1977, pp. 58 y ss.

SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Bs. As., 1978, pp. 302-304

<sup>3</sup> MAURACH, Reinhart, *Tratado de derecho penal, t. II*, Barcelona 1962, tomo II, p. 428

de delitos; por eso, pues, se dice que su fundamento es la disminución de la culpabilidad. Por supuesto, en cuarto lugar, también es viable encontrar enfoques plurales que aúnan los fundamentos anteriores, dando lugar a posturas eclécticas, sea que se haga más o menos énfasis en cada uno de ellos.

### III-Naturaleza jurídica

Desde luego, no en todas las legislaciones penales está prevista la figura dejándola librada a la creación doctrinaria y/o jurisprudencial, lo cual ha originado diversas posturas para explicarla. En efecto, en primer lugar, quienes atribuyen el origen de este instituto a los prácticos italianos se inclinan por la *Teoría clásica o de la ficción* al tenor de la cual ella supone varias acciones u omisiones que, en virtud de una ficción jurídica —esto es, un supuesto jurídico basado en algo que en verdad no existe—, se tratan como un delito único evitando así dar cabida a un evento de concurso real de delitos; de esta forma, pues, se evitó que el tercer hurto fuese castigado con pena de muerte por el Antiguo Régimen, como ya se dijo. Esta doctrina prevaleció fundamentalmente en Italia, fue receptada por el Código Toscano de 1853, y elaborada principalmente por Carrara y Alimena. Se la denomina asimismo teoría subjetiva porque es el designio criminoso el elemento relevante que otorga continuidad a las acciones y le proporcionan el tratamiento de un delito único.<sup>4</sup>

En segundo lugar, para la *Teoría realista*<sup>5</sup> dicha construcción supone una unidad real de acción (por eso se le llama también como Teoría de la realidad natural) y no una ficción, a condición de que los diversos hechos o actos parciales obedezcan a una misma resolución de voluntad (unidad subjetiva) y produzcan una misma lesión jurídica (unidad objetiva); de esa manera, pues, lo decisivo es la resolución criminal que puede ejecutarse una o varias veces. Esta teoría no acepta la tesis de la existencia de un concurso real, ya que su consecuencia sería multiplicar las penas en situaciones en las que al no haber multiplicidad de hechos, no habría multiplicidad delictiva<sup>6</sup>. El delito continuado para ésta teoría es único por dos motivos: subjetivamente porque la resolución

---

<sup>4</sup> FONTAN BALESTRA., ob.cit., p.509 y s.s.

<sup>5</sup> ZAFFARONI, op.cit.,1980-1983, tomo IV, p. 543

<sup>6</sup> VIDAL, Humberto, *Derecho penal argentino.,parte general.,Cba.,1992.,p.450.*

delictiva del autor es una sola –y asimismo el dolo- y objetivamente porque resulta irrelevante que se quiera obtener lo que sea de una sola vez o en sucesivas oportunidades <sup>7</sup>

En tercer lugar, podemos mencionara a la Teoría de la *realidad jurídica* —en verdad una concepción intermedia en relación con las dos anteriores — expuesta en Alemania, admite que el delito continuado es una creación del derecho, que cuando no se halla prevista por la ley, ha de fundarse en el derecho consuetudinario. No requiere la unidad real ni precisa acudir a la idea de ficción basada en la unidad de designio, sino que cree suficiente su admisión jurídica (no importa si por derecho de costumbre), debida a razones de utilidad practica y con independencia de que se beneficie el reo. Es decir que ésta teoría admite la construcción jurídica no como ficción sino como instrumento práctico. Estas teorías a su vez, dieron origen a dos doctrinas, que procuraron elaborar una explicación y fundamentación del delito continuado a saber: la doctrina subjetiva que prevaleció principalmente en Italia que le otorgaba relevancia a la “unidad de resolución” o de “designio criminoso” o “dolo total”; la doctrina objetiva que nace con Feuerbach y posteriormente es defendida por Mezger. Para ésta posición doctrinaria lo relevante son las circunstancias objetivas, prescindiendo de la unidad de designio criminoso para otorgar continuidad al delito y en último lugar, la doctrina subjetiva-objetiva la cual toma en cuenta tanto los elementos o circunstancias objetivas como la unidad de designio criminoso para caracterizar el delito continuado.<sup>8</sup>

#### IV-Regulación normativa

En el proceso legislativo argentino podemos observar que fue previsto por el proyecto de Tejedor en la misma norma que el concurso ideal: “si el crimen se comete muchas veces contra una misma cosa o persona, las diferentes acciones que se hayan continuado no se consideraran sino como una sola”.

La materia no estaba contemplada en el proyecto del 1881. El Código de 1886 reza: “si un delito de la misma especie se comete varias veces contra una misma persona o cosa, se castigaría el acto mas grave y los otros se considerarán circunstancias agravantes”.

Por su parte el proyecto de 1891 expresaba: “si varios hechos, aunque cada uno de ellos tomados aisladamente fuese punible, son de tal modo conexos que deban ser considerados como una sola

---

<sup>7</sup> FONTAN BALESTRA.,ob.cit., p. 509 s.s.

<sup>8</sup> VOCOS, Maria Teresa, *Delito continuado*, RDP, Cba, 1999, ps. 71 a 87.

acción continua, se aplicará la disposición legal que fije la pena mayor. En referencia al proyecto de 1906 su tratamiento fue omitido sin explicación alguna. Ahora bien, en el proyecto de 1960 enunció: “Las reglas del concurso real se observarán también en caso del delito continuado”. En la actualidad si bien éste instituto no se encuentra contemplado expresamente en el Código Penal, nuestra doctrina<sup>9</sup> ha considerado su inclusión tácita a partir del juego de los arts. 54 y 55 del C. Penal de los cuales surge la posibilidad de los “hechos no independientes”<sup>10</sup>. Asimismo observa Nuñez que el delito continuado es reconocido por el art. 63 del C.P. con la denominación *delito continuo*.<sup>11</sup> En forma similar lo reconocen Creus<sup>12</sup> y Zaffaroni.<sup>13</sup>

#### V-Análisis doctrinario de los requisitos del delito continuado

Como es obvio, las exigencias de esta institución varían dependiendo de la idea adoptada sea que se parte de las concepciones objetivas<sup>14</sup>, objetivo –subjetivas<sup>15</sup> o subjetivas<sup>16</sup>, como ya se dijo. Por supuesto, hoy parecen primar las posturas mixtas.

Pese a que no hay acuerdo en relación a los elementos de ésta figura, se pueden sintetizar de la siguiente forma:

##### 1) Pluralidad de Hechos

Surge claramente de lo dispuesto en los arts. 54 y 55 del C.P. Esto presupone diversas acciones delictivas, las cuáles constituyen cada una por separado un delito autónomo e independiente, se

---

<sup>9</sup> Entre otros, Nuñez, Soler, Fontan Balestra y Vidal

<sup>10</sup> Esta tesis de los hechos no independientes es considerada por Nuñez como una unidad delictiva, debido a la dependencia que presentan los hechos entre sí, ya que aplicando el argumento contrario de lo establecido por el Código Penal en el art. 55 para el concurso real, se los debe reputar como delito continuado y, por lo tanto, sancionarse con pena única. NUÑEZ, Ricardo C., *Manual de derecho Penal, parte general*, 4º ed., Cba.,1999, p.270

<sup>11</sup> Lo único que puede negarse es que esté definido, pero las disposiciones legales no se fundan sólo en definiciones o regulaciones específicas, sino que surgen del sistema o dogmática de la ley. Véase NUÑEZ, *Derecho penal argentino*, Bs.As., 1960.,t II., p 247.

<sup>12</sup> CREUS, CARLOS., *Derecho Penal, Parte General.*, Bs. As., 1998, p.240

<sup>13</sup> Ibidem

<sup>14</sup> Así Nuñez y Soler

<sup>15</sup> Así Creus, Fontan Balestra y Vidal.

<sup>16</sup> Así Zaffaroni

dan en una secuencia con una trayectoria desarrollada de tal forma (unidad de propósito delictivo) que en su conjunto pueden considerarse como si entre todas se integrara un solo delito. Por lo tanto cada hecho debe reunir los componentes objetivos y subjetivos requeridos por el tipo penal específico. Es decir que necesariamente debe existir una interrupción o espacio entre los hechos.<sup>17</sup>

## 2) Dependencia de los hechos

Así como el anterior requisito era importante para la distinción con el concurso ideal, éste lo es para el concurso real. El nexo de continuación que permite el sometimiento de los hechos a una unidad legal, exige que ellos presenten las siguientes características:

a-Homogeneidad material: entendida como similitud o identidad en las formas de ejecución de los hechos sin que existan modificaciones sustanciales en su corpus críminis. Lógicamente es menester que los hechos puedan ser subsumidos en la misma calificación legal.

b- Homogeneidad subjetiva: Es este el elemento más discutido. Varían los alcances y amplitud que se le otorga a éste elemento subjetivo. En efecto, en primer lugar, un amplio sector doctrinario de orientación italiana acude a criterios como la “unidad de designio” o unidad de “proyecto criminoso” que implicaba una determinación genérica para delinquir. Asimismo ésta fue el criterio adoptado por el más alto Tribunal de la provincia de Córdoba en el año 1971.

<sup>18</sup>Dentro de la doctrina nacional Zaffaroni expresa que el único vínculo que da continuación a las conductas es el “sustrato óptico del factor final” que es considerado como una unidad de finalidad en la que el dolo unitario debe abarcar las particularidades comitivas del hecho, es decir, hay una unidad de conducta con pluralidad de movimientos<sup>19</sup>. En las doctrinas española y

---

<sup>17</sup> Afirma Nuñez que la prolongación discontinua de la conducta delictiva diferencia el delito continuado del delito permanente, que consiste en una conducta delictiva continua. Véase NUÑEZ, ob.cit., 1999., t II., p.270.

<sup>18</sup> Tribunal Superior de Córdoba, Sala penal, sentencia n° 24, año 1971 (“un único designio formado de antemano”)

<sup>19</sup> Sostiene Zaffaroni que “habrá conducta continuada cuando con dolo que abarque la realización de todos los actos parciales, existente con anterioridad al agotamiento del primero de ellos, el autor reitere similarmente la ejecución de su conducta en forma típicamente idéntica o similar, aumentando así la afectación del mismo bien jurídico, que

alemana se habla de dolo de continuidad o continuación, en oposición a dolo unitario. Para esa corriente doctrinaria, éste requisito debe entenderse tan sólo como plan o programación, no genérica, sino concreta, de la realización de una serie de acciones sucesivas, con cierta determinación de los fines y de los medios para conseguirlos.<sup>20</sup> Aunque las teorías objetivas nieguen la existencia del componente anímico no es posible desconocer su presencia. Es decir que dentro de las teorías subjetivas se considera que es el propio sujeto activo del delito quien decide la continuación del delito<sup>21</sup>. Debemos aclarar que existe un sector de la doctrina alemana (Maurach y Mezger) que hablan de “prosecución o equivalente renovación de la resolución de actuar”<sup>22</sup> exigiendo por parte del autor el aprovechamiento de ocasiones fundamentalmente idénticas. Por otro lado y como representante fundamental de la teoría objetiva, Nuñez sostiene deben ser los propios hechos los que la exterioricen objetivamente, al mostrarse como partes integrantes de un mismo plan o empresa delictiva. Para éste autor, esto tiene lugar cuando:

-los hechos ejecutados por el autor se presentan como partes de un mismo y único contexto delictivo (ej. El ladrón que sustrae las cosas ajenas en varias veces).

-si los hechos posteriores son la secuela de una misma conducta delictiva (ej. Una defraudación mediante el uso de pesas o medidas falsas).

-Si los hechos posteriores son los efectos de una misma trama delictiva (ej. La adulteración del medidor eléctrico que involucra las posteriores sustracciones).

-Finalmente si los hechos se encuentran entre sí en una relación de servidumbre del posterior al anterior (ej. Cajero que falsifica los asientos, para ocultar los déficit de caja resultante de los apoderamientos perpetrados)<sup>23</sup>

c-Homogeneidad del bien jurídico lesionado: Se exige que los distintos hechos hayan lesionado el mismo bien jurídico para que la pluralidad de acciones se presente como aumento del contenido

---

deberá pertenecer al mismo titular sólo en el caso que aplique una injerencia en la persona del mismo. Ver ZAFFARONI., op.cit.,p.553

<sup>20</sup> CARAMUTI, Carlos S., *Concurso de delitos*, Bs.As.,2005, p.279

<sup>21</sup> Tesis que introdujo la jurisprudencia del Tribunal de Reich, denominada “dolo total”. Cfme. Con ella Zaffaroni aunque denominándola “unidad de dolo o resolución” –*Manual de derecho penal*.,Cap.Fed., 2007.,p.676 y Fontan Balestra quien la llama “unidad de culpabilidad”, *tratado de derecho penal*., t III.,p.82.

<sup>22</sup> MAURACH, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, t. II, Barcelona, p.432

<sup>23</sup> NUÑEZ., op.cit. p.271.

del injusto del mismo delito y no como un delito distinto. La doctrina coincide en la exigencia de éste requisito, al cual Zaffaroni (siguiendo a Welzel) lo denominó “factor normativo”<sup>24</sup>. Algunos autores exigen la identidad del sujeto pasivo del delito pero la doctrina dominante solo la acepta respecto de aquellos bienes jurídicos altamente personales-como la vida, la integridad corporal o la libertad-, mas no respecto a la propiedad.<sup>25</sup>

d- Unidad de calificación legal: Es indispensable, además, que los diversos actos constitutivos de una unidad de acción infrinjan de manera reiterada la misma figura típica, aunque nada se opone a que se pueda llevar a cabo una de naturaleza semejante, a condición de que el bien jurídico afectado sea el mismo. Algunos exigen el encuadramiento de los sucesivos hechos en el mismo tipo penal<sup>26</sup>, en tanto otros se conforman con una cierta semejanza entre los tipos objetivos realizados, la que se da cuando responden a la misma o una próxima norma. Ello sucede entre el Hurto y el Robo, entre el tipo básico y el calificado, pero no entre el hurto y la estafa<sup>27</sup>.

#### VI-Los abusos sexuales intrafamiliares como hechos independientes

Nos debemos preguntar si es posible aceptar que el delito de abuso sexual agravado por el vínculo regulado en el art. 119 C. Penal pueda ser equiparado a la dependencia del mismo modo que los son los atentados a la propiedad. A nuestro entender el problema radica esencialmente en esclarecer si los consecutivos abusos sexuales sufridos por una menor de edad por parte de su ascendiente integran o no el primer abuso sexual. En primer lugar y luego del análisis del elemento subjetivo o de unidad de propósito delictivo, estimamos que en el delito de abuso sexual difícilmente se advierte que con la comisión de cada conducta ilícita, acontecida cada una

---

<sup>24</sup> ZAFFARONI, op.cit., p.547 a 551.

<sup>25</sup> “la identidad del titular del bien jurídico se requiere en los casos en que el tipo implica una injerencia en la persona misma del titular y no solo en sus derechos”. Véase ZAFFARONI, *Manual de derecho penal*, op.cit., p. 677.

<sup>26</sup> Así Nuñez quien explica que la unidad de calificación no varía en razón del grado de la comisión delictiva (consumación y tentativa) siempre que la circunstancia calificativa no implique una modalidad ejecutiva materialmente distinta de la forma simple. NUÑEZ, *Manual de Derecho penal*, op.cit., p.272.

<sup>27</sup> ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, op.cit., p.551. Así Creus quien piensa que un hurto puede continuarse con robo porque las dos figuras jurídicas se construyen en torno al apoderamiento ilegítimo de cosa ajena. CREUS, op.cit., 1996, pag. 286.

en diversa fecha, se pudiera alcanzar un objetivo adicional o final que justificara que cada abuso sexual tuviera que cometerse de manera estructurada, por episodios o como parte de un plan o proyecto para alcanzar un fin diverso y, de esta manera, estimarse que se esta en presencia de un solo delito, pues una vez satisfecha la pretensión del autor del ilícito, consistente en lacerar el bien jurídico tutelado, éste podía repetir o no su actuar delictuoso, sin que por su abstención comprometiera de algún modo la obtención de un designio único, y consideramos que tampoco es posible sostener que por el hecho de que realice las conductas en momentos diferentes se le facilitara perpetrar el delito en su unidad. Por lo tanto estamos en condiciones de asegurar que cuando en el delito de abuso sexual se está en presencia de una pluralidad de tocamientos de carácter sexual- o de accesos carnales - efectuados por el sujeto activo en el cuerpo de la víctima, realizados en distinto tiempo y encaminados en cada ocasión a consumir dicho ilícito, en cada una de ellas se actualiza un delito independiente. En segundo lugar, es importante precisar a los fines del examen del tema propuesto que el abuso sexual es considerado un *delito instantáneo* ya que se consume en el instante en que se da el resultado, es decir, que la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos a diferencia de los delitos permanentes en los que la acción consumada puede prolongarse en el tiempo como por ejemplo privación de libertad. El delito continuado es una forma anómala de delito permanente porque no se infiere de la realidad de la acción, sino que es una creación jurídica. A diferencia de lo que pasa en el verdadero delito permanente, en el que la prolongación de la consumación de la acción es ininterrumpida (sin solución de continuidad), este delito está integrado por distintas acciones, diferenciadas en el tiempo unas de otras todas ellas típicas, pero que jurídicamente se "unifican" para imponer la pena, como si se tratase de una sola acción típica. 28. En tercer lugar nos parece relevante examinar el bien jurídico protegido por la figura delictiva del abuso sexual. La doctrina mayoritaria entendió que el tipo penal mencionado protege la "integridad sexual", entendido como la libertad sexual del individuo, esto es, como su autodeterminación en la vida sexual en libertad, esfera que se ataca cuando se incide en el libre desarrollo de la personalidad del menor o en la intimidad sexual de la persona que no ha podido consentir libremente la acción.

<sup>29</sup>En relación a la naturaleza del bien jurídico tutelado se trata de un derecho de los llamados "personalísimos" que son aquellos que "*corresponden innatamente a toda persona, desde antes de su nacimiento y hasta su muerte, y que le garantizan el íntegro ejercicio y desenvolvimiento de*

---

<sup>28</sup> CREUS, *Derecho penal, parte general*, Bs. As., 1992, p.189

<sup>29</sup> D ALESSIO, Andrés, *Código penal comentado y anotado*, Bs.As., 2004, p.156.

*sus atributos esenciales para así poder desarrollarse plenamente en su humanidad*”. Entre los caracteres de éste tipo de derechos podemos mencionar los siguientes: son derechos individuales, innatos, absolutos (en el sentido de que se ejercitan contra todos, ya se trate de particulares o el estado), y finalmente expatrimoniales de lo cual se deriva que son considerados indisponibles, irrenunciables e inexpropiables. Ahora bien, después de caracterizar el bien jurídico protegido por la figura en cuestión además del carácter de éste tipo de delito, considero que estamos en condiciones de asegurar que no es posible su afectación parcial. Como ya lo expresó Zaffaroni, “solo es admisible la continuidad del delito cuando el bien jurídico admita ser afectado en grados<sup>30</sup>. En cuarto lugar, y precisando algunos términos Laje Anaya expresó que en el delito continuado el hecho posterior es la continuación del anterior, y así sucesivamente. En cambio en el concurso real el hecho posterior es ejecutado a continuación del anterior<sup>31</sup>, todo lo cual nos lleva a preguntarnos: ¿Es posible que el delito de abuso sexual, en la hipótesis planteada, los hechos posteriores sean la continuación de un hecho no concluido? Por supuesto que consideramos que no es así, de lo contrario deberíamos admitir que es posible cometer el abuso sexual en fracciones (como ocurre con el Hurto que por su carácter con respecto a la cantidad de cosas, es posible que se cometa en distintas oportunidades). Este tipo de razonamiento es más acorde a los delitos que atentan contra bienes patrimoniales pero nunca podrían aplicarse a bienes de naturaleza personal como ya lo indicáramos supra. De acuerdo a lo expresado por Nuñez, la continuidad de algo requiere la prosecución de algo no concluido y no la repetición del mismo delito concluido<sup>32</sup>. Por último debemos destacar que en relación a las consecuencias punitivas de la aplicación de las reglas del concurso real en la hipótesis planteada ut supra, la solución está consagrada en el art. 55 del C. Penal al adoptar el sistema de la pena única que fija una escala abstracta para graduar la pena en función de los art. 40 y 41 del C. Penal que establece, en caso de encontrarse los delitos concurrentes reprimidos con la idéntica especie de pena, que la pena máxima resulta de la suma aritmética a las penas máximas correspondientes a los diversos hechos la cual nunca podrá exceder de cincuenta años de prisión o reclusión teniendo como mínimo el mínimo mayor. No podemos dejar de señalar como un hecho de trascendencia lo resuelto por el Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba en un fallo reciente, en el cual, en un caso traído a su consideración, sobre abuso sexual con acceso carnal cometido por un ascendiente contra su

---

<sup>30</sup> ZAFFARONI, *Manual de derecho penal, op.cit., p. 677.*

<sup>31</sup> LAJE ANAYA, Justo, *Puede ser continuado el delito de violación*, Sem. Jco., n°10, año 30, 2007, p. 66.

<sup>32</sup> NUÑEZ, *Manual de derecho penal, op. cit., p.272.*

hija menor de 18 años, éste limitó la aplicación del instituto del delito continuado a la hipótesis de que los hechos subsiguientes constituyan una mera consecuencia aprovechada por el autor, a raíz de la situación delictiva generada desde el primero de ellos. Solo en ese caso puede aceptarse que media una secuela de una misma conducta o trama delictiva que permanece<sup>33</sup>

Por lo tanto y luego del análisis perpetrado precedentemente, podemos ciertamente aseverar que en los casos de abusos sexuales reiterados en los que el sujeto activo abusa sexualmente de la víctima con la cual se encuentra relacionado por vínculos de parentesco debería ser de aplicación las reglas del concurso real por tratarse de una pluralidad de hechos independientes-sin conexión-cometidos por una misma persona en contra de idéntico sujeto pasivo vulnerando un derecho personalísimo.

## VII-CONCLUSIÓN

Luego de las consideraciones efectuadas, considero que en el caso de encontrarnos frente a hechos de abusos sexuales intrafamiliares que se repiten en el tiempo no es posible hablar de un nexo de dependencia entre los mismos que haga posible aplicarles las reglas del delito continuado. Esto se debe a que por la naturaleza jurídica del bien protegido en esta figura-la integridad sexual- y al tratarse de un delito que en su clasificación se considera de tipo “instantáneo” (se consuma en el mismo momento en que se ejecuta la acción no siendo posible su prolongación temporal) hace imposible su afectación gradual. Por lo tanto y en virtud del análisis de los requisitos del delito continuado podemos concluir afirmando que cuando en el delito de abuso sexual se está en presencia de una pluralidad de tocamientos con o sin acceso efectuados por el sujeto activo en el cuerpo de la víctima, realizados en distinto tiempo y encaminados en cada ocasión a consumir dicho ilícito, en cada una de ellas se actualiza un delito independiente, pues al ser el abuso sexual un delito instantáneo, en el mismo momento en el que se actualiza la conducta punible se produce el resultado, esto es, se destruye o sufre un menoscabo el bien jurídico tutelado, lo que conllevaba a que si éstos accesos carnales se han verificado en fechas diversas, entonces en cada fecha se ha actualizado el delito de abuso sexual y habría tantos delitos como ocasiones se presentaron. Además debe estimarse que se actualiza el concurso real

---

<sup>33</sup> TSJ, Cba, Sala Penal, Sent. N° 30, 04/03/2009, “Cantonati, Juan Ramón p.s.a. Abuso sexual agravado, etc.- Recurso de Casación-“

homogéneo de delitos y que en esos casos, no puede hablarse de un delito continuado, porque las conductas que se producen bajo este esquema no son susceptibles de actualizar la unidad de propósito delictivo que requiere este tipo de delitos (el elemento de carácter subjetivo que exige del sujeto activo un conocimiento estructurado, un trazo a modo de plan o proyecto o un designio único, mediante el cual las diversas acciones delictivas aparecen significando etapas de realización hacia un objetivo común) y por esa razón integrar un delito único. Así también concluimos que con la aplicación de las reglas del concurso real no se llegaría a resultados absurdos ni a la imposición de penas aberrantes toda vez que nada impide que la pena sea fijada en el extremo inferior de la escala, ello, si el tribunal estima –siguiendo las pautas contempladas en los artículos 40 y 41 del CP.- que esa es la sanción que corresponde imponer.

Siendo de éste modo la situación planteada, la pluralidad de hechos constitutivos de abusos sexuales cometidos en el seno familiar en forma discontinua con identidad de sujeto pasivo y activo debería ser tratado como un concurso real y aplicarle las reglas del art. 55 del C. Penal.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ALLENDE, Fernando F. y TARDITTI, Aída, *Delito continuado sin hechos materialmente homogéneos*, Semanario Jurídico, 1981, p. 44-48.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal, parte general*, 2° ed., Bs.As., 1999.
- CARAMUTI, Carlos S., *Concurso de delitos*, Bs.As., 2005
- CARRERA, Daniel P., *Delito continuado y Delito de masa, nota a fallo*, Semanario Jurídico, n° 639, 14/5/1987, v. 50, p.58.
- CARRERA, Daniel P., *Delito continuado. Necesidad que se describa la conducta que importa la continuidad delictiva*, Semanario Jurídico, n° 790, 1990, p.9.
- CREUS, CARLOS., *Derecho Penal, Parte General.*, Bs. As.
- D ALESSIO, Andrés, *Código penal comentado y anotado*, Bs.As.
- FONTAN BALESTRA, Carlos., *Derecho penal., Parte general*, Bs.As.
- LAJE ANAYA, Justo, *imputabilidad, culpabilidad, participación, Concurso de delitos, Breviarios de Derecho Penal., Cba., 2007.-*
- LAJE ANAYA, Justo, *Puede ser continuado el delito de violación?*, Semanario Jurídico, n°10, año 30, 2007
- MAURACH, Reinhart, *Tratado de derecho penal, t. II, Barcelona.*
- MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal*, 2° ed., Bs.As., 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al derecho penal*, 2° ed., Bs.As., 2001.

- NUÑEZ, Ricardo C., *Manual de derecho Penal, parte general*, 4° ed., Cba., 1999.
- NUÑEZ, *Derecho penal argentino*, Bs.As., 1960.,t II.
- SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Bs.As.,1983, t.II.
- VIDAL, Humberto., *Derecho penal argentino, parte general.*, Cba.,1992.
- VOCOS, Maria Teresa, *Delito continuado, Temas de derecho penal*, Cba, 1999.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de Derecho Penal, Parte general.*, Bs.As., 1988.,t IV.
- ZAFFARONI, Eugenio., *Manual de derecho penal, parte general*, Bs.As, 2° edición, Bs.As., 2006.