

"TAMAY CARLOS ALBERTO - ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL S/ RECURSO DE CASACION"

Excmo. Tribunal:

JORGE AMILCAR LUCIANO GARCIA, Procurador General, a V.E. digo:

I.- Contra el fallo de Casación de fecha 24/10/19 que rechazó el recurso Defensivo contra el fallo de instancia, e hizo lugar a la impugnación del MPF y revocó PARCIALMENTE aquella sólo en lo atinente la CALIFICACIÓN LEGAL de la conducta del imputado TAMAY, la que subsumió en el tipo de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (cuatro hechos) concursados realmente -art. 119, 3º párr., y art. 55 CP-, reenviando la causa para que se trate nuevamente la tercer cuestión, se alza la Defensa, la que mediante el recurso de Queja admitido por V.E. llega a esta instancia.-

II.- La inadmisibilidad de la vía es manifiesta, dado que se trata solo de la disconformidad del agraviado con la solución del caso, la que en lo atinente a la premisa fáctica ya ha tenido la garantía de la doble instancia de revisión amplia, y en lo que refiere a la "*adequatio legis ad factum*", es plenamente coherente con la nomofilaquia inveterada de V.E.-

En suma, en lo que respecta a la reconstrucción histórica de los gravísimos ilícitos de paidofilia que se le endilgan al familiar cercano de la niña víctima, la Defensa parece no haber leído ni el

fallo del Tribunal de Juicio, ni su confirmación sustancial en Casación, toda vez que vuelve a reiterar, -ahora en clave de supuesto agravio Federal, por arbitrariedad y afectación a la garantía de Defensa-, los mismos inexistentes argumentos que fueran confutados una y otra vez, (confr. la síntesis en la instancia de Juicio Oral, y la audiencia videograbada de Casación), como luego veremos .-

Y como V.E. ha dicho, la vía recursiva del art. 521 y conctes. CPP adelanta en sede local la conclusividad de los juicios penales como expresión de soberanía política no delegada al Estado Federal, y de ningún modo implica una tercer instancia de mérito, (confr. V.E. in re "*BONAFEDE, Giuliano - Abuso sexual sin acceso carnal agravado - IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA*", del 17/12/18; "*MARTINEZ, Exequiel Maximiliano -ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL y LES. LEVES s/IMPUGNACION EXTRAORDINARIA*", Expte. N° 4895., del 21/11/19; idem "*ZARAGOZA, Sergio Alberto - Abuso Sexual con Acceso Carnal S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA*" N° 4909, del 6/11/20, entre muchos).-

III.- A fin de dar imprecindible claridad al confuso planteo defensivo, -solo admisible en aras a su rol partivo "*tout court*" debemos recordar que se endilgó a Carlos Alberto TAMAY, -tanto en la pieza de remisión como en el Juicio-, que "*...con el plan específico (intención) de abusar sexualmente de su sobrina llamada Lucila Carla Inés TERRUSSI de 14 años de edad, para ello viajó con*

*ella en dos oportunidades hacia la provincia de Buenos Aires, la primera vez fue entre los días 7 y 8 de julio de 2014, Y allí la accedió carnalmente con su pene vía vaginal dentro del camión Scania que conducía, en la localidad de Tigre, provincia de Buenos Aires afuera de una fábrica, de regreso a la ciudad de Colón, provincia de Entre Ríos, siempre en la cama que tiene el interior del camión. La segunda vez repitió su accionar de la misma forma y en los mismos lugares, así fue que el día viernes 12 de julio de 2014, la convenció para que lo acompañara a un viaje en el camión Scania, color blanco con negro, desde la ciudad de Chajarí hasta la localidad de Tigre, Provincia de Buenos Aires a lo que ésta accedió. La subió al camión en Chajarí y fue así que a partir de ese momento que Tamay comenzó con su actividad ilícita, le sacó su teléfono celular, para incomunicarla, en la ruta comenzó a hostigarla y acosarla sexualmente. Al llegar a la localidad de Tigre, Pcia. de Buenos Aires, el sábado 13 de julio de 2014, siendo aproximadamente las 05:00 hs, Tamay frenó el camión, la llevó a su sobrina Lucila Carla Inés Terrussi a la cama del mismo y efectuó tocamientos y rozamientos corporales con evidente contenido sexual sobre el cuerpo de ella, procediendo luego a quitarle la ropa a pesar que la menor le decía que no lo haga, en contra de su voluntad, dejándola completamente desnuda, luego se le tiró encima, se sacó su propia ropa, y mientras le decía que no tenía que contarle nada a nadie porque nadie le creería y sería todo su culpa, la penetró con su pene vía vaginal. Una vez de regreso del mismo viaje, a la altura de la ciudad de*

*Colón, Provincia de Entre Ríos, siendo aproximadamente las 14 o 15 hs, en una estación de servicios de GNC ubicada sobre la Ruta Nacional N° 14, Tamay volvió a frenar el camión, la llevó a su sobrina nuevamente a la cama del interior del mismo y, a pesar de la negativa de ésta, se le tiró encima y nuevamente la penetró con su pene en la vagina de Lucila Terrussi continuando con sus amenazas. Llegando del mismo viaje, a la altura de la ciudad de Federación, Tamay amenazó nuevamente a la menor para que no contara lo sucedido diciéndole que si contaba lo sucedido cuando salga a la calle la iba a pasar por encima a ella y a sus hermanitos".-*

En su alegato de clausura el MPF solicitó la condena de Tamay por los delitos de Abuso Sexual con Acceso carnal reiterado (cuatro oportunidades), a la pena de 15 años (quince años) de prisión y accesorias legales, arts. 119 tercer parr. y 55 del CP.-

En el fallo de instancia, el Tribunal varió la subsunción de los hechos, -que estimó demostrados- por el de ABUSO SEXUAL POR APROVECHAMIENTO DE LA INMADUREZ SEXUAL de la VÍCTIMA, CALIFICADO en modalidad de DELITO CONTINUADO (cuatro hechos) y COACCIÓN en CONCURSO REAL, arts. 120 1er y 2do. parr. en función del inciso, b) del cuarto párrafo del artículo 119, 149 bis segundo párrafo, 55 y 45 del CP y le impuso la pena de SIETE AÑOS DE PRISIÓN con más las accesorias del art. 12 del CP.-

El MPF impugnó dicha sentencia, -art. 513 CPP-, por autocontradictoria y por desacertada dogmáticamente en la adecuación típica seleccionada, que además del grosero yerro,

-incompatible con el factum demostrado-, era contraria a la nomofilaquia inveterada de V.E. en casos de paidofilia, tal como en el Recurso de Casación y en la Audiencia videograbada dejamos explícito, -y a lo que nos remitimos *brevitatis causae*.-

El Tribunal Casatorio, -voto preopinante del Dr. Perotti-, con adecuada y justa motivación revisora hizo lugar al planteo del MPF, con la aclaración que expresamente formulamos en la audiencia de que nos conformaba cualquiera de las hipótesis del art. 518 CPP, es decir que también instábamos la readecuación del factum probado según el propio Tribunal de instancia en las figuras correctas según doctrina y jurisprudencia pacífica.-

Esta aclaración la formulamos a fin de confutar el pretense agravio de la Defensa - (punto III, 1), de que habíamos variado el objeto del recurso.-

Ningún obstáculo existe para que el Tribunal Casatorio al hacer lugar al recurso decida anular y reenviar, total o parcialmente según se hallen las mejores razones argumentales, según la prescripción textual y amplia de dicha Norma Potestativa, que incluso no depende de expresa petición sino que hace a la mejor *iuris dictio*, y así lo explicamos largamente en la audiencia, -al igual que el recurso-.

IV.- A salvo de este fútil pseudoagravio, la Defensa, -como decíamos-, vuelve a su planteo originario, como si su repetición aumentase el rigor analítico, lo que en la discusión filosófica se ha denominado falacia "*ad nauseam*", -en su formulación vulgar

«repite algo durante mucho tiempo y la gente acabará por creérselo», y que en su forma lógica se puede expresar "Si  $A_1, A_2 \dots$  An dicen que  $p$  reiteradamente: Es verdad que  $p$  ". -

Así en su recurso y mejora reitera su tesis de la ajenidad de Tamay a los injustos paidofílicos, los que han sido inventados por la niña víctima y su familia, -es decir su sobrina y sus padres, a la sazón hermano del titular del camión, por distintas razones espurias que varían según los familiares, -venganza; provocación de la niña a quien se culpabiliza como mentirosa y "ligerita" etc. -

En esta confusa "atribución" de complot la Defensa no deja de incluir a la Fiscalía que -según su particular visión- no produjo medidas de prueba "que hubiesen probado la inocencia de Tamay"; a la vez que vuelve sobre la arbitrariedad del análisis de la prueba -a su juicio-, desincriminatoria, testigos, peritos etc.

V.- Por el contrario, el fallo del Tribunal de Concordia, lejos de esta aventurada descalificación realizó una impecable y exhaustiva reconstrucción crítica del material producido en la causa y en el Juicio, llegando a la conclusión de certeza forense de la existencia del factum tal como había sido intimado y su autoría por el encartado.-

Así luego de reseñar la prueba producida el voto preopinante destaca el contexto de buena relación familiar con Tamay, incluso padrino de la otra hija Belén, -quien también reveló haber sido abusada sexualmente en un viaje anterior y que por ello no viajó más-. -

Esta relación de confianza llevaba a que los padres instaran a sus hijas a que acompañen al "tío patón", como le dice la víctima, y "le cebaran mate para que no se durmiera" en sus viajes de camión.-

Esta excelente relación, -que se quiebra con la develación de los abusos sexuales paidofílicos- dice el Vocal demuestra el nulo interés y la ausencia de explicación o motivo alguno para la "venganza" o complot mendaz de los progenitores y la niña contra Tamay, si se tiene en cuenta que el quiebre lleva a que tanto el abuelo y hermanos de los denunciantes optaron por creer al imputado y revictimizar a la niña.-

Destaca también el Voto la situación de total soledad e indefensión de la pequeña víctima, de complexión física muy menuda frente al mastodonte del tío, la imposible visualización o percepción por terceros en la cabina del camión y en los lugares solitarios donde se estacionaba además de las coacciones de quien tenía todo el poder de sometimiento para que no hablara.-

Quizas si no hubiese existido esta armonía familiar la Fiscalía habría obtenido alguna de las pruebas que destaca el Defensor, -como una especie de Fiscal ad hoc-, pero obviamente cuando el tío de la víctima y el abuelo toman parte en favor de Tamay ningún elemento de allí pudo recogerse.-

La forma abrupta y explosiva de develación, -llantos, desconsuelo y el detalle harto demostrativo de bañarse-, como una especie de "lavaje moral", relatados por los progenitores y la

hermana, culminan en la denuncia policial y revisión médica, que como dice el fallo lejos de desacreditar la verdad de los abusos los corrobora.-

Pero es la versión de Lucila Carla Inés Terrusi en cámara Gesell, el informe del licenciado Novkovic y la pericia del licenciado Gruber los que no dejan dudas de la agresión sexual violenta y coactiva reiterada, en un lugar y circunstancias que hacían imposible a la víctima toda resistencia.-

Dada la ulterior discusión en Casación y en abono de lo allí resuelto resulta imprescindible volcar parte del relato de la niña, que nunca había mantenido relaciones sexuales.- Dijo allí que no iba a la escuela desde los abuso, y que *"...íbamos de viaje y me dice que tengo que estar con él para estar preparada para estar con algún chico, así, que si yo llegaba a contar.., le echarían la culpa,.. me iban a retar a mí , que si yo llegaba a contar que no salga a la calle porque me iba a pasar a mí y a mis hermanos..., ... los iba a cazar a mis hermanitos chiquitos, por eso yo no salía porque tenía miedo de verlo a él, o si no, porque él tiene el auto de la mujer, de mi tía, y cuando veo un auto parecido me pongo nerviosa... violarme".- Que paró *"...el camión y me empieza a toquetear, y yo le digo que no quiero, y me saca la ropa y me empieza, y me decía que tenía que estar preparada para estar con algún chico, y que no me ponga nerviosa que igual no me iba a poder bajar, y porque estaba lejos, y me sacaba mi celular también para que yo no...en la cama... porque llegamos allá y nos acostamos a dormir, pero él se acostaba a los**



pies, digamos, y cuando menos me lo esperé, porque yo estaba durmiendo... sí, me estaba durmiendo y él empezó a sacarme la ropa y yo le decía que no, que no quería, me decía que no, que me calle, que si yo lo hacía con él iba a estar preparada para estar con un chico... todo el cuerpo... acá arriba, acá abajo...un pantalón, un jogging como el que tenía mi hermana, una campera y una remera larga... la campera y el pantalón... me empezó a sacar la remera y todo... no, me sacó toda la ropa... empezó a tocarme otra vez y fue cuando se me tiró arriba ...Sí se sacó el pantalón y el calzoncillo...ahí empezó, me decía, yo le decía que no quería, y él me decía "cállate, que no pasa nada", tranquila que no pasaba nada, y que no le cuente a nadie, porque si no después nadie me iba a hablar, y que iba a ser todo mi culpa, ...cuando me toqueteaba, cuando se tiró arriba mío... empieza, ahí fue cuando me violó... el pene... y penetró... en mí...abajo...la vagina, ...y cuando yo le dije que no quería, y yo me quise levantar y me quise bajar, y me tiró, o sea, me acostó y me dijo que me quede tranquila que no pasaba nada mientras que yo no cuente nada, que no iba a pasar nada... después de eso, él se vestía y me decía que me vista... no, fue el viaje... Después otra vez de nuevo...en Bs. As., en Tigre cuando llegamos...mm, después cuando volvíamos en Colón, empezó otra vez a toquetearme, hasta que penetró otra vez...no, yo estaba sentada...de ahí, porque está bien junto a la cama, me acostó y ahí empezó a penetrar otra vez...mi ropa me la saco él... no, la última vez no quise más...el penetró, y estuvo un rato, después empezó a

*manejar otra vez...". Refiere a que le salió líquido del pene "...él saca un trapito que hay en el camión, se limpiaba con eso...era una rejilla, color arena...después se vestía, se secaba y mientras venía manejando yo tenía que venir cambiando ... después si veníamos y cerca de Federación me decía que si yo llegaba a contar que después en la calle que ni salga porque me iba a pasar a mí y a mis hermanitos, por eso yo no salgo, no voy a la escuela..." destaca que el segundo hecho, ocurrió en Colón "...en la ruta, paramos a comprar para comer...apenas llegando a Colón sobre la ruta, hay una estación que al lado está el coso de comida... GNC...era celeste, con las letras rojas...no porque paraba sobre la ruta y cerraba todo..." Luego de relatar que se llevaban bien por la relación familiar y que en los dos primeros viajes "la había respetado", confirma que los abusos acaecieron en los dos últimos viajes.-*

*Al argumentar sobre la verdad de los hechos endilgados, que confirman la versión de la niña víctima el vocal ponente enfatiza: "...Se observa una firme imputación, hacia el procesado, no alterando lo esencial de su relato expresado a la madre, padre, médica policial, cámara gesell y por el Licenciado Grubert. De esta forma lo declarado, guarda correlato con su primigenia declaración, donde refirió los hechos en forma creíble y compatible con su edad, a sus parientes próximos que creen ese relato y la llevan a la comisaria N° 1 de Chajarí, para efectuar la denuncia. Adviértase que los acontecimientos, ocurrieron en uno a más*

*de 479 km (Tigre) y otro a más de 190 Km (Colón) de su domicilio, en la más absoluta intimidad, donde compartían el habitáculo, lugar en que hay una cucheta, con colchón donde acontecieron los cuatro hechos denunciados. En el lugar se observó un colchón floreado, de color azul, un ancho de 0,75 m y un largo de 2m, y una cortina corrediza de tela de color azul oscuro, separada en dos paños.*

*No menor es que su relato, aparece medularmente, confirmado por lo expresado por su madre, hermana y padre, en cuanto reproducen los dichos de la víctima y corroboran fehacientemente las circunstancias, que la misma viajaba con su tío, que lo hacía con autorización de sus padres, lo que era habitual.*

*Que resulta fundamental, el testimonio de su hermana Viviana Belén Terrussi, quien inmediatamente, enterada relata haciendo empatía con su hermana "... él me mandaba mensajes, diciéndome que era linda, que tenía lindo cuerpo... que podría estar con cualquier chico que yo quisiera, me mandaba mensajes cuando estaba en mi casa, de mañana empezaba a las 7, 8 de la mañana que le vaya a hacer mandados, así me tenía toda la mañana...", refiere en viaje "... él intentó hacerme cosas, es más, tocaba mis partes íntimas y yo me negaba rotundamente, cuando llegábamos a Tigre... y ahí intentaba, pero yo no me dejaba... que me acueste, que me saque la ropa, empezaba a tocarme, y yo no*

*me dejaba... llegó a tocar... si en todo el cuerpo... en las partes íntimas, si... los pechos, abajo, en las partes íntimas... no, eso no me animé a contarlo por vergüenza a mí misma, no me animé.. cuando mi hermana me contó que me abrazó, yo adelante de mi mamá y mi papá les dije "a mí me quiso hacer lo mismo...", y da razón de sus dichos al cuando indica que "...no conté en la cámara Gesell, porque no me animé, tenía vergüenza de mi... no era a cambio de nada, quería que lo acompañen... ponía la excusa para cebarle mates, para no dormirse que iba solo... sentía vergüenza de mi misma, no me animaba directamente a contarle a nadie...". Estas expresiones son corroboradas por los testigos, Natalia Alejandra BRITO, Viviana Belén TERRUSSI, Roberto Miguel TERRUSSI, Roberto Alejandro TERRUSSI, y de alguna manera incluso por Teodora Antonia TERRUSSI." (el resaltado en negritas nos pertenece).-*

Pero además en considerandos siguientes, el Dr. Funes contesta pormenorizadamente a los planteos defensivos, vgr. la inveracidad de los testigos, Carlos Alfredo Terrussi, Sergio David Eduardo Pérez, Teodora Antonia Terrussi y Mario José Aranda, cercanos a Tamay, con relaciones afectivas con éste y un gran encono con la denunciante Natalia Alejandra Brito, a quien descalifican de modo grotesco, al igual que a la niña víctima de un modo insólitamente misógino.-

Así la abuela de la niña alude a una absurda venganza por

dinero; el abuelo incurre en falsedad con su anterior versión en Fiscalía y se pregunta "como no reaccionó" calificando de mentirosa a su nieta una pequeña de 14 años!!

Pérez llega a decir que ésta "era ligerita" y que lo había provocado delante de su esposa; y Aranda aduce que la madre de la víctima emborrachaba al padre para que éstas "salgan".-

Como se ve, una retahíla de culpabilización revictimizante a la niña que ha sido descripta por la experticia en materia de psicología y psiquiatría referida al Abuso infantil intrafamiliar, y que en el *sub examine* por suerte "cortó" la secuencia del "*síndrome de acomodación*" de Summit, al haber encontrado apoyo y credibilidad en sus padres y hermanos.-

Del mismo modo refuta el vocal ponente el supuesto demérito en el informe médico policial, -Dra. Farneda-, y forense, ya que nada prueba en contra de la versión de la niña Lucila que no se hallen huellas de agresión física, ni que la menstruación haya impedido obtener restos en el hisopado - el recurrente lo escribe sin "h" pero suponemos que se refiere al utensillo con extremo recubierto de algodón usado con fines forenses-.-

Del mismo modo como lo explica el forense Dr. Borghi, un himen elástico puede no dejar rasgaduras en la penetración relatada por la niña.-

De todas maneras, el destrozo físico como requisito *sine qua non* para tener por demostrada la violación ya es parte de los anales tristes de la violencia de género como delito de sometimiento

sexual, especialmente con niñas.-

VI.- Hemos transcrita la parte sustancial del fallo de instancia para desechar la sesgada crítica de inmotivación o motivación arbitraria que dirige nuevamente el recurrente al rechazo de su tesis -reiteramos-, de ajenidad a todo ilícito y de fábula conspirativa creada por venganza, -no se sabe cual, ya que difieren el imputado en su "mala justificación" y la parte familiar que lo apoya-.

Por eso decíamos *supra* que en lo que atañe al planteo defensivo, el fallo había sido revisado en su plataforma fáctica con la amplitud convencionalmente garantizada, ya desde hace muchos años, y que los abusos sexuales de Tamay habían existido tal cual la pequeña sobrina los había expuesto.-

VII.- Pero al mismo tiempo expresamos nuestra disconformidad ante la autocontradicción del fallo de instancia, que luego de la pormenorizada exposición razonada de la prueba abrumadora de cargo sobre el abuso violento y coactivo, en un par de renglones finales del tratamiento de la Primer Cuestión, sostiene de modo sorpresivo que tiene por probado los cuatro abusos sexuales en una situación que le impidió a la víctima evitarlos, pero que no hubo violencia física, y que la coacción fue ulterior para que ella no lo denuncie!!.-

Este recorte infundado de los sucesos lleva al Tribunal a cometer un yerro grosero para adecuar esta redefinición del factum, optando por el antiguo estupro, -que obvio supone el consentimiento

pues sin éste es violación-, y concursando la coacción ulterior realmente, pero con el aditamento errado de recurrir al delito continuado, -inadmisible en afectación a bienes personalísimos- y agravado por la Guarda que no había sido acusada por el MPF.-

De allí que nos hemos explayado en la audiencia de Casación, -a la vez que al rechazo del recurso defensivo-, a la revocación del fallo en este yerro doctrinal clarísimo que contrasta frontalmente con la señera nomofilaquia de V.E., desde "*Areguati*"; "*Da Silva*" y sobre todo "*Grandoli*", y los innumerables ulteriores.- Esta doctrina judicial fue claramente anticipatoria de la ahora asentada en la CSJN, (confr. "*Gallo López*", de la CSJN, del 6/6/11, con un erudito dictamen del Procurador General; idem "*Fariña Acosta*", del 11/10/16 y "*Rodríguez, Marcelo*", del 19/9/17; reciente, en igual sentido "*Sanelli, Juan Marcelo s/ abuso sexual -art. 119 3° párrafo*" del 4/6 ppdo.).-

Es entonces la única solución posible para conservar la coherencia argumental como garantía de legitimidad del discurso de la ius decisión válida, -el punto de vista interno-, corregir como lo hace el voto ponente del Dr. Perotti, que recoge el profundo cambio en el contexto cultural, -en el sentido de Norbert Elías en las emocionalidades y sensibilidades sociales, -sociogénesis y psicogénesis-, en la visibilización y paulatina intolerabilidad de las desigualdades, discriminación o sometimiento de la mujer, déficit de moralidad enfática que se ha cristalizado como mandato de optimización, -deber positivo de los Estados-, en las Convenciones

Internacionales protectorias del género, y obvio comprensivo de la niñez.-

Ello se verifica en la denominación correcta de "integridad sexual", lejos de la noción perfeccionista de "Honestidad", pero sobre todo en el cambio subrepticio del objeto del bien jurídico, pues se había transformado el concepto dogmático de "*consentimiento*", como causal de atipicidad objetiva, que supone su carácter real, expreso o tácito, nunca presunto, y que es revocable, para reemplazarlo por la exigencia de una "*resistencia seria y constante*", -a veces hasta el ridículo de "*heroica*", y que se cargaba a la víctima en lo que se denominó "*vis grata poellis*", -desmentida científicamente desde las investigaciones sexológicas de los "Informes Kingsey" o las investigaciones empíricas de Master y Johnson en EEUU-, se hallaba consagrada insólitamente una marcada desprotección a las víctimas de abusos sexuales.

El abordaje correcto de la moderna dogmática, (vgr. Díez Ripollés; Cancio Meliá o entre nosotros los textos de Aboso o González Guerra en su tesis en Barcelona), no dejan dudas de lo erróneo y deletéreo para la dignidad humana de esa antigua y viciosa concepción, tal como V.E. lo viene decidiendo hace años, y la actual Casación de modo inveterado, (confr. nuestro comentario al fallo "*Grandoli*" aludido, con el colega Rubén Chaia, "*Cuando resignarse no equivale a querer*" *Reflexiones en torno a un fallo que analiza la validez del consentimiento y su prueba en las relaciones sexuales*", en EIDial, 27/10/2011).-



El mensaje comunicativo de la norma como autodefinición social reza: *que no se debe quebrantar la autodeterminación de las personas en lo atinente a la sexualidad, y que debe protegerse a los menores o incapacitados de resistir o de dar su consentimiento válido, en el caso de los primeros resguardando su futura incolumidad o libertad sexual.* La "coda" del tipo doloso del art. 119 CP de que por cualquier causa la víctima no haya podido consentir libremente la acción no deja dudas, que fuera del caso de víctimas protegidas el consentimiento es dirimente y no se presume. Como se dice vulgarmente "*no es no*". Claro está sin perjuicio de las situaciones de deber positivo de evitación en tipos agravados.-

Hace muchos años Sancinetti demostró la estructura dogmática de la actual integridad sexual, considerando al tipo básico al del actual art. 120 CP, en el sentido que se protege la indemnidad sexual de los niños por debajo de los 16 años, y que la agravante de la minoridad de 13 años, es un tipo calificado, sin perjuicio que la ausencia de consentimiento realizaba ya la actual figura del párrafo tercero, de allí que el erro sobre la edad, -cuando era real-, podía derivar en el tipo básico, (confr. Sancinetti, M. "Estupro y Estupro Impropio (Violación), en DP, año 1978, ed. depalma ).-

Y como vimos, la actual dogmática ha evolucionado conforme la autodefinición social de la comunicación personal, negando que haya deberes de tolerancia de soportar accesos carnales contra su voluntad en situaciones en las cuales antes se las estipulaba, vgr. el supuesto débito conyugal, o de las prostitutas. En

ambos casos la doctrina correctamente, como derivado de la autodeterminación y dignidad humana se ha decidido por afirmar la ilicitud penal de estas conductas, y conforme a la jerarquización constitucional de estos principios de igualdad de géneros o de persecución internacional de la trata de personas, siquiera ello podría ser alegado como desconocimiento de la prohibición.-

El yerro del voto preopinante del fallo de instancia parece retrotraernos a denostados mitos misóginos, como la remanida frase tomada de "El Arte de Amar" de Ovidio, -escrito en el año 2 a.c.-, de la *"vis grata poellis"* en la cita del Soler de los años 40.-

Hoy es una rémora intolerable pero ni siquiera se corresponde con su original, pues Ovidio en su largo poema trata todas las maneras de la seducción a la mujer, con abrumadora y erudita cita de pasajes y relatos mitológicos, y obviamente se refiere a la situación de la mujer romana, que era "alieni iuris" del pater familiae, es decir una situación inconmensurable a la autodeterminación y dignidad reconocidas convencionalmente, (confr. una pléyade de aberraciones conceptuales parecidas en las citas de precedentes antiguos del TSEspañol en el ya clásico trabajo de la catedrática de Barcelona, Miriam Cugat *"La Ambivalencia de la protección de la libertad sexual.-Jurisprudencia del TS sobre el delito de Violación"*, en dialnet ).-

En realidad esas falsedades sobre las que se pretendió "naturalizar" la paidofilia o el abuso sexual coactivo o violento en tanto no hubiese resistencia heroica, si bien fueron explicables hace

cuarenta o cincuenta años, hoy se ve manifiesta la hipocrecía o cinismo con la que se toleraron o silenciaron, -desde las prácticas pederastas en el ámbito religioso, hasta la actual "cancelación" histórica sobre quienes aprovechaban discursos "libertarios" para desplazar la protección minoril con un supuesto derecho al placer sexual de los niños.-

Cineastas conocidos, literatos, cantantes o filósofos han sido denunciados por estas prácticas que ya en aquel tiempo eran ilícitas, -igual que lo eran ante nuestra Norma primaria-, solo que se silenciaban ante el contexto ya relatado, -hasta la propia instancia del art. 72 CP en cabeza de progenitores o guardadores que garantizaban su impunidad.-

Pero incluso, a raíz de la polémica con la situación de Michel Foucault, -mas alla de la genialidad de su obra-, Tomás Abraham que fue su alumno y erudito conocedor relata un coloquio de aquel con antipsiquiatras, -en los 70-, en el que conversaban alegremente sobre la licitud de tener relaciones sexuales entre adultos y niños.- Uno de ellos, David Cooper pensaba que una vez demolido el sistema capitalista, las relaciones con los pequeños serían libres, felices, más aún porque con esa demolición también se derrumbaba el patriarcado, y califica de "aquejarre" a dicho encuentro, aseverando que el ridículo y falso "*consentimiento*" haría necesario drogar a los niños para imaginar felicidad.- Y con toda crudeza dice lo que sabemos hoy y se supo siempre "*...La idea de que los niños también seducen a los adultos y que hay que dejar de lado*

*la épica del niño mártir, como se decía en aquel encuentro, es una aberración de nihilistas de salón. Puede valer como experimentación teórica, pero en cuanto a su puesta en práctica es una violación...".-*

Es plenamente compartible entonces cuando el Vocal ponente Dr. Perotti, con cita de "*Grandoli*" resalta la contradicción pragmática en el fallo de instancia y los readequa en la tipicidad del art. 119 parr. tercero CP: "*...Los dichos intimidatorios utilizados por TAMAY, sobre todo en el contexto en el que fueron vertidas, tuvieron efectiva virtualidad pues produjeron en la víctima el efecto buscado, esto es, someter a la menor que, debido a las circunstancias propias del caso en examen (en la cabina de un camión, lejos de su casa, con un tío mucho mayor que ella, etc.) la puso en estado de real vulnerabilidad, de la que el imputado se aprovechó para consumir sus propósitos. Este accionar del justiciable importa claramente la utilización de amenazas o intimidación para vencer la resistencia de la víctima y conseguir el propósito buscado, que era accederla carnalmente prescindiendo de la voluntad (o consentimiento) de la menor...".-*

La subsunción correcta abarca obviamente a que la coacción es la modalidad comisiva del Abuso con acceso carnal reiterado, - no un tipo ulterior realmente concursado-, que no existía la guarda, y que tampoco corresponde la construcción jurisprudencial del "delito continuado".-

Es tan evidente la corrección de la *adequatio legis ad factum* del fallo, que remitimos a nuestra exposición en la Audiencia

Casatoria, que coincide con la doctrina de V.E., (confr. sobre "La abandonada construcción de la acción continuada", como dice Roxin, luego del fallo del Gran Senado o Gran Sala del BGH, precisamente sobre la inadmisibilidad del delito continuado en delitos contra la libertad sexual y su generalizado acatamiento, Derecho Penal, P. General, T.II, pag. 1025 y sig.).-

VIII.- Por lo expuesto, es nuestra opinión que debe V.E. rechazar la impugnación extraordinaria incoada por la Defensa.-

PROCURACION GENERAL, 19 de abril de 2021