



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PROCURACIÓN GENERAL DE LA**  
**SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

P-134598-1

"M. D. J. s/Recurso  
extraordinario de  
inaplicabilidad de ley en  
causa N° 92.008 del Tribunal  
de Casación Penal, Sala V"

Suprema Corte de Justicia:

I. El Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial Dolores, dictó sentencia en la casua N° 663/5696 y su acumulada N° 877/6219, condenando a D. J. M. a la pena de veinte años de prisión, accesorias legales y costas, por haber sido considerado autor de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido por el encargado de la guarda reiterados (víctimas "E.R." y "M.R."), y abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido por el encargado de la guarda y con aprovechamiento de la convivencia preexistente, reiterado (víctimas "A.C." y "V.C").

Por su parte, la Sala V del Tribunal de Casación Penal hizo lugar parcialmente al recurso de la especialidad deducido para impugnar dicho fallo excluyendo la agravante relativa a "[...] la violencia ejercida no sólo respecto de las víctimas de los hechos aquí juzgados sino la proferida a "G" y "B" de tan corta edad...", hizo casación positiva y redujo la pena, fijándola en diecinueve años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas. (v. fs. 142/164 vta.).

Frente a dicha decisión, el Defensor Adjunto de Casación presentó recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, que fue

declarado admisible parcialmente por el revisor y, queja mediante, concedido por esa Suprema Corte (v. fs. 171/188, 189/191 vta. y 208/211, respectivamente).

**II.** En primer lugar, el recurrente solicita la nulidad absoluta de la incorporación de prueba de cargo por lectura y de los actos que derivaron como consecuencia de ello, a la vez que denuncia que la sentencia es arbitraria por indebida fundamentación (arts. 202, 203, 207 y conchs., CPP; 18 y 75 inc. 22, Const. nac.).

Afirma que oportunamente introdujo agravios de carácter constitucional derivados de la afectación de la defensa en juicio -y el debido proceso- por la incorporación por lectura de los testimonio de los Sres. Rivadeneira y de la Lic. Toscano, sin el contralor de la defensa, circunstancia que configura una nulidad absoluta.

A continuación hace un repaso de lo resuelto por el intermedio sobre el punto y aduce que no da respuesta concreta al agravio formulado sino solo en forma aparente.

Sostiene que no se logró la inmediación necesaria y el control por parte de la defensa de los testimonios mencionados lo que acarrea -a su criterio- la nulidad pretendida. Cita en su apoyo el caso "Benitez" de la CSJN.

Agrega que las nulidades que afectan garantías constitucionales pueden ser opuestas en cualquier etapa del proceso y pueden ser declaradas de oficio.



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PROCURACIÓN GENERAL DE LA**  
**SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

P-134598-1

Señala que lo planteado guarda íntima relación con el derecho a la revisión integral de las sentencias reconocido en los arts. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP, pues del modo en que el órgano casatorio realizó la revisión atenta contra la doctrina emergente del caso "Casal" de la CSJN.

En otro orden y como segundo motivo de agravio plantea -de forma autónoma- arbitrariedad de la sentencia por indebida fundamentación con afectación a la defensa en juicio -derecho a ser oído-, debido proceso legal, principios de inocencia e *indubio pro reo* y derecho al recurso (arts. 18 y 75 inc. 22, Const. nac.; 8.1 y 8.2.h, CADH; 14.5, PIDCP; 168 y 171, Const. prov.).

Critica los argumentos dados por la Dra. Budiño vinculados a los límites de la revisión en virtud de la inmediación y dice que por lo general se suele "exagerar" el valor de la inmediación como sucedió al ponderar los testimonios de las víctimas de autos. Califica los argumentos como dogmáticos y carentes de vinculación con el supuesto bajo estudio.

En definitiva afirma que los agravios presentados por la defensa no fueron revisados conforme la normativa citada y que los cuestionamientos en torno a la acreditación de los hechos y de la autoría no obtuvieron respuesta adecuada por lo que solicita se aplique el beneficio de la duda y se absuelva al imputado.

Con ese norte agrega que la valoración de la prueba fue realizada en forma arbitraria y sin tener en cuenta el principio de *in dubio pro reo* y

el principio de inocencia, pues los eventos objeto de juzgamiento y el tratamiento dado a los planteos de la defensa no pasaron el test de razonabilidad que debe existir en un pronunciamiento en la instancia intermedia.

Expone que si bien los hechos que se pretenden dar por probados se desarrollan en la intimidad y que es poco posible contar con testigos directos, ello no impide que se deba analizar con suma cautela el testimonio de las víctimas y -afirma- que la víctima técnicamente no es un testigo sino el que ha padecido el daño y que por ello es necesario contar con un relato preciso de los extremos que conforman la materialidad ilícita mediante el cotejo de las restantes pruebas recabadas y que ello no acontece en la presente.

Añade que en casos como el bajo estudio se dan dificultades probatorias y una tensión entre el principio de inocencia y la carga probatoria, y que la debida diligencia reforzada que se aplica en estos casos lleva a que necesariamente se deban analizar los cuestionamientos de los relatos de la víctima, circunstancia que considera que tampoco acontece en esta causa.

En tercer lugar denuncia infracción a la ley sustantiva en lo que respecta a la errónea aplicación del art. 119 cuarto párrafo, apartados "b" y "f" del Cód. Penal.

Afirma que la respuesta dada por el revisor a este punto son meras afirmaciones dogmáticas que no abastecen el requisito de fundamentación de sentencias e impiden considerar el pronunciamiento como válido.



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PROCURACIÓN GENERAL DE LA**  
**SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

P-134598-1

De seguido hace un repaso de doctrina vinculada a la agravante en cuestión, esto es, por ser el imputado el encargado de la educación o guarda y afirma que la misma debe tener como característica ser regular, y que -en el caso- el imputado Mafud nunca estuvo al cuidado de las víctimas.

Entonces, aduce que el imputado no era el encargado de la guarda de las víctimas pues nadie le hizo ese encargo, no se demostró en qué consistía el mismo y tampoco nadie lo sindicó como tal.

En ese sentido afirma que los mismos argumentos corresponden para la otra agravante, esto es, la convivencia preexistente pues considera que resulta una pauta a valorar siempre y cuando genere en la víctima un ámbito de confianza que es aprovechado por el victimario, aspectos que afirma no resultan acreditados en autos pues solo existió la simple coexistencia de víctima y victimario en el mismo domicilio por un escaso lapso de tiempo.

Por último y en relación a ello arguye que la convivencia implica la circunstancia de vivir en compañía de otra persona, no pudiéndose establecer que por la mera circunstancia de alojarse circunstancialmente y coincidir esporádicamente en el domicilio, pueda considerarse que la víctima y victimario hayan convivido.

Finalmente solicita se quiten las agravantes y se aplique el mínimo legal o un monto más próximo a este por considerar que la sanción impuesta es desproporcionada.

**III.** En mi consideración el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el Defensor Adjunto del Tribunal de Casación Penal, en favor de D. J. M., no puede prosperar.

Expondré a continuación las razones que me llevan a sostener dicha conclusión.

En primer lugar -y antes de inmiscuirme en el tratamiento de los agravios- vale recordar que en el caso se tuvo por debidamente acreditado:

1) En la causa **nro. 663/5696** (víctimas "E.R" Y "M.R.") "[...] Sin poder precisar con exactitud las fechas y horarios, en el trascurso del año 2009 (con anterioridad al 20 de agosto de 2009 en que su padre denunció el hecho) y en el periodo comprendido entre los meses de diciembre de 2013 y el 14 de noviembre de 2014 en que se denuncian nuevamente, el aquí imputado D. J. M., en ocasiones y en periodos prolongados se encontraba a cargo de la guarda de las menores "E.R." y "M.R." y de sus hermanos "G.R." y "B.R.", y en otras aprovechando la situación de convivencia preexistente con las niñas "E. R." y "M. R.", que en ocasiones permanecían varios días seguidos viviendo con Mafud, en el interior de la vivienda de calle Las Margaritas 279 de la localidad de Mar De Ajó, abusó sexualmente en los periodos referidos y en reiteradas oportunidades tanto de "E.R." como de "M.R.". Los actos de abuso consistieron en tocamientos en las partes públicas de las menores, lo que incluyó en algún caso introducción del pene en la boca de las menores, succión del sujeto activo de los órganos genitales de las niñas e incluso actos obscenos como exhibición de pornografía...respecto de "E.R", Mafud la llevaba desnuda a la cama con él, tocándola en todo el cuerpo y poniéndole el pene en la boca en al menos una oportunidad. Otras se colocaba chocolate en el pene para obligarla a que se lo succiones, y grababa la escena. Asimismo, succionaba la vagina de la niña y el exhibía su pene tanto a ella como a sus hermanitas "M.R." y "G.R.". En cuanto a "M.R.", se pudo reconstruir que abusaba de ella



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PROCURACIÓN GENERAL DE LA**  
**SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

P-134598-1

alzándola para llevarla a la cama, succionándole la vagina y el ano, obligándola a que lo bese en la boca. Además, le pedía que le succionara el pene ejerciendo sobre ella violencia física."

2) En la causa **nro. 877/6219** (víctimas V.C. y A.C.) "[...] Sin poder precisar con exactitud las fechas, D. J. M., en circunstancias en que quedaba a cargo de las menores víctimas con las que convivió algunos meses, entre los años 2011 y 2012, en el interior de su vivienda ubicada en la calle Las Margaritas nro. 279 de Mar de Ajó, abusó sexualmente en reiteradas oportunidades de "V.C." y de "A.C.", ambas menores de trece años de edad. A la primera de ellas la accedió carnalmente vía anal y vaginal y la tocó en todo el cuerpo por debajo de la ropa, introduciéndole los dedos en la vagina y el ano, mientras que a "A.C." la besó en la vagina y la boca, y la filmó mientras lo hacía, también le levantó la pollera y le tocó la cola."

Paso a dictaminar

**a.** Como adelanté, el primer agravio versa sobre la arbitrariedad endilgada a la sentencia revisora en el tramo tocante a la denuncia de violación de los derechos de defensa en juicio y debido proceso pues la defensa se agravaba de la decisión del Tribunal de incorporar por lectura al debate las denuncias efectuadas por el padre de las menores, Sr. R. E. R., y el informe pericial realizado por la Licenciada Toscano en la etapa de instrucción. Por lo que solicitó se declare la nulidad de oficio de lo actuado a partir de ello.

Al respecto cabe señalar que al momento de abordar el tratamiento del agravio, el sufragio del revisor -voto de la Dra. Budiño al que adhirió su colega Dr. Natiello- lo descartó (v. fs. 151 vta./152) y para ello tuvo en cuenta que la incorporación del informe psicológico resultó como consecuencia de la

acreditada inhabilidad de la perito Lic. Toscano para concurrir al debate de conformidad con lo normado en el art. 366 cuarto párrafo del CPP, en ese sentido se adujo que "De la simple lectura de dicha norma surge que la ley se refiere al testigo que al momento de llevarse a cabo la audiencia se hallare inhabilitado por cualquier causa para declarar. Esta es la situación fáctica que se ha verificado en autos respecto de la profesional en cuestión conforme lo determinado en la historia clínica que acompañó el Fiscal para fundar su petición, situación que en el caso de autos no viene siquiera discutido por el recurrente, esto es la inhabilidad y consecuente imposibilidad de la testigo de concurrir al debate."

A ello agregó (v. fs. 152 vta./153) que también se debía descartar el agravio respecto de la denuncia del padre de las víctimas -también incorporado por lectura al debate- en tanto sostuvo que "[...] En este caso también corresponde descartar en primer lugar el cuestionamiento dirigido a la decisión de incorporar de ese modo tal pieza, en tanto esa decisión se fundó correctamente en las previsiones del art. 366 párrafo 6° del C.P.P., de esta manera la oposición de la defensa no obsta su introducción".

Debo indicar -entonces- que el quejoso no demuestra que en el caso concurra un supuesto de arbitrariedad en los términos de la doctrina antes mencionada, pues se limita a manifestar su particular interpretación respecto de la validez de los testimonios incorporados por lectura al plexo probatorio, dejando sin rebatir -en forma debida- la concreta respuesta brindada por el revisor, esto es, que la incorporación contaba con justificativo legal (art. 366 párrs. 4to. y 6to., CPP).

Tampoco resulta de aplicación el precedente "Benítez" (CSJN, sent. de 12-XII-2006), pues el recurrente no se hace cargo de las diferencias causídicas entre dicho fallo y las concretas



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PROCURACIÓN GENERAL DE LA**  
**SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

P-134598-1

circunstancias del presente; dado que aquí se trató de la valoración del informe de la perito Lic. Toscano y de la denuncia del padre de las víctimas y que ambas piezas se hallan apuntaladas por un cúmulo de otras probanzas también ponderadas (v. fs. 153/154). Lejos se está de aquel precedente, en tanto en este juicio la prueba objetada, a diferencia de aquél, no constituyó la única base principal de la acusación.

Entonces lo que reclama el más Alto Tribunal Federal a la hora de evaluar la ponderación de un testimonio ingresado al juicio por lectura sin posibilidad de control por la parte, es la necesidad de que se verifiquen otros elementos de la investigación que apuntoquen los dichos que se han incorporado, y por ende, que la prueba cargosa no tenga ese único sustento. (Cfrm. Doc. Causa P. 126.658, sent. de 29/9/2018).

Por lo expuesto anteriormente corresponde desestimar la denuncia de arbitrariedad y afectación de los derechos de defensa en juicio y debido proceso por haberse confirmado la incorporación por lectura del informe pericial y de la denuncia del progenitor de las víctimas, pues la defensa formuló afirmaciones genéricas al respecto, solicitando que se declare la nulidad absoluta de oficio, requerimiento que debe ser descartado al no haber existido afectación constitucional alguna.

Ello va en línea con la doctrina de esa SCBA que ha dicho que corresponde desestimar la denuncia de arbitrariedad y afectación de los derechos de defensa en juicio y debido proceso por haberse confirmado la incorporación por lectura de una declaración testimonial y como consecuencia rechazar un planteo de

nulidad absoluta, si la defensa formuló afirmaciones genéricas que no controvirtieron eficazmente los argumentos expuestos en el fallo en crisis (cfm. Doc. P.131.928, sent. de 26/12/2019).

A mayor abundamiento, la crítica del recurrente a la posibilidad de incorporar prueba por lectura, resulta una cuestión netamente procesal -respecto al contenido y alcance del art. 366 del CPP-, materia ajena al ámbito de conocimiento de esa Suprema Corte en el marco del remedio incoado (doctr. art. 494, CPP y causa P. 122.265, entre otras).

Para finalizar -en lo que respecta a este primer agravio- y atento a todas las consideraciones realizadas no vislumbro que el *a quo* se haya apartado de las recomendaciones emanadas del fallo "Casal" de la CSJN como denunciara el recurrente pues la disconformidad de la parte no es eficaz para demostrar la violación al derecho al recurso, con los alcances que la Corte Suprema de Justicia de la Nación le otorgara a dicho precedente (Cfm. Causa P. 133.508, sent. de 24/9/2021, entre otras).

**b.** Como segundo motivo de agravio la defensa plantea -en lo sustancial- arbitrariedad en la valoración de la prueba que llevó a la acreditación de los hechos y la autoría responsable lo que afectó -a su criterio- una serie de preceptos constitucionales y convencionales (inocencia, culpabilidad, *in dubio pro reo*, defensa en juicio -derecho a ser oído-, debido proceso legal y derecho recurso).

Tampoco comparto los argumentos del defensor recurrente en este segundo planteo, ello así



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PROCURACIÓN GENERAL DE LA**  
**SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

P-134598-1

en tanto el revisor dio acabados fundamentos para mantener firmes dichos aspectos (v. segundo agravio del recurso de casación).

Para confirmar la materialidad ilícita -que cite párrafos arriba- y la autoría responsable el *a quo* tuvo en cuenta;

i. En la causa nro. 663/5696 (víctimas "E.R" Y "M.R." v. fs. 150 vta./151 vta.):

1) El testimonio brindado por la víctima "E.R" quien contó un relato pormenorizado de lo sucedido.

2) La declaración brindada por la víctima "M.R" que coincidió con su hermana "E.R" en los detalles de lo sucedido en modos, tiempos y lugares.

3) Lo manifestado por Irma Noemí Saga, abuela de las menores y que al momento del juicio estaban bajo su guarda, quién refirió que las niñas le habían contado de lo sucedido y que se lo habían contado a su madre pero no les creía.

4) El Informe psicológico practicado a las menores por la perito Lic. Graciela Toscano, que fuera incorporado -por los motivos antes expuestos- por lectura al debate.

5) La denuncia del padre de las menores también incorporada por lectura.

Sobre la base de esas piezas probatorias el intermedio valoró que el testimonio de una de las víctimas resultó corroborante de los abusos padecidos por la otra, además de que los informes psicológicos determinaron la presencia de indicadores propios de abuso sexual infantil, principalmente respecto

de "E.R" de quién se determinó que no se detectaban indicadores de fabulación ni ideaciones motivadas o inducidas por un adulto (v. fs. 152).

El recurrente alega que la víctima técnicamente no es un testigo sino quien ha padecido el daño y que por ello es necesario contar con un relato preciso de los extremos que conforman la materialidad ilícita mediante el cotejo de las restantes pruebas recabadas y que ello no acontece en el presente caso.

En primer lugar no tiene en cuenta la asentada doctrina respecto de la validez de los testimonios de menores víctimas de abusos (arts. 3, 12, 19, 34, entre otros de la CIDN y SCBA causas P. 121.046, sent. de 13/6/2018; P. 128.928, sent. de 17/4/2019 y P. 131.457, sent. de 29/12/2020).

En dichos precedentes esa Corte local ha dicho que "Un único testimonio, sobre todo en delitos cometidos en la intimidad buscada de agresor y víctima, si está correctamente valorado y motivada su credibilidad, tiene virtualidad procesal para debilitar la presunción de inocencia del imputado".

Para luego agregar que "[t]iene dicho esta Corte que la prueba indiciaria debe valorarse en forma conjunta y no aisladamente, pues cada indicio considerado por separado puede dejar margen para la incertidumbre, lo que no sucede si se lo evalúa de modo general, a través de un análisis conjunto [...]"

Tampoco tiene en cuenta la defensa que al corroborar una víctima los hechos sufridos por la otra -como sucede en la presente- se convierte en una testigo del hecho.

Cabe agregar que de todas maneras la materialidad ilícita y autoría responsable no



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PROCURACIÓN GENERAL DE LA**  
**SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

P-134598-1

se elaboró en forma aislada sobre la base de los testimonios de las menores víctimas sino también de los informes técnicos que fueron producidos tanto por la Lic. Toscana -ya mencionado- como por el Servicio Local de Promoción y Protección de los derechos del niño del Partido de La Costa (v. fs. 152 vta.), allí se dejó constancia que si bien la menor "E.R." no estaba en condiciones de prestar declaración, en la entrevista asentía lo que contaba la madre en base a lo que ella le había relatado.

Por último también el revisor valoró la denuncia del padre de las menores que fue otro elemento corroborante de la versión de las niñas en tanto de su contenido surge que los relatos se mantuvieron incólumes en lo esencial sobre los hechos que las victimizaron (v. fs. 153).

ii. De otro lado en la causa nro. 877/6219 (Víctimas "V.C" y "A.C") se consideró:

1) El testimonio de la víctima "V.C" que contó que junto a su hermana y su madre vivieron algunos meses en la casa del imputado, relató los pormenores sufridos y mencionó que pudo ver un video que tenía el imputado en una Tablet en donde estaba su hermana sufriendo de abusos (v. fs. 155).

2) La declaración de "A.C" que corroboró las circunstancias mencionadas por su hermana.

3) Lo manifestado por Vanesa Esther Salvi, madre de las víctimas, quién corroboró que vivieron en la casa del imputado por un tiempo.

4) El testimonio de "E.R" quién dijo en el debate que conoce a las niñas "A.C" y "V.C" y que le contaron que "Mingo" las manoseaba.

En esta causa, el revisor tuvo en cuenta -además- como circunstancia corroborante (v. fs. 156) el indicio de cargo que surge de la utilización del mismo *modus operandi* sobre todas las víctimas. Este consistía en que las niñas se quedaban al cuidado del imputado en razón de que las madres debían salir a trabajar, ello así en tanto carecían de medios económicos o vivienda y eran familias en estado de vulnerabilidad, de lo cual el autor se aprovechaba y les ofrecía alojamiento en su casa para luego cometer los hechos motivo de debate.

La Dra. Budiño descarta el agravio de la defensa vinculado a que los elementos mencionados en esta causa no son suficientes para condenar al imputado pues afirma que el defensor pierde de vista que el art. 209 del CPP. consagra el principio de libertad probatoria y que habilita la comprobación de los hechos por cualquier medio que no vulnere garantías constitucionales y el sistema de valoración de prueba regulado por los arts. 210 y 373 del mismo cuerpo legal, de la sana crítica racional que permite a los jueces merituar libremente las probanzas de acuerdo a su sincera convicción y las reglas de la lógica, la experiencia y el sentido común.

Hecha esta enumeración de los argumentos dados por el *a quo*, se advierte -a todas luces- que el tribunal intermedio ha dado una adecuada respuesta a las objeciones que la defensa formulara ante esa sede.

Recapitulando, como se advierte a lo largo de todo el voto de la Dra. Budiño -al que



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PROCURACIÓN GENERAL DE LA**  
**SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

P-134598-1

adhiera el Dr. Natiello-, el a quo rodeó de otros elementos al relato de las menores como fueron los informes de los peritos actuantes, la corroboración de los testimonios de una menor con el testimonio de la otra, los testimonios de los familiares y fundamentalmente el *modus operandi* que resultó idéntico en ambos casos, lo que salva a la sentencia de la denuncia de arbitrariedad en la valoración de la prueba y la consecuente violación de normativa constitucional y convencional que intenta el recurrente.

En definitiva, la disconformidad del recurrente con la solución adoptada por el órgano casatorio (al examinar la ponderación de los elementos de prueba tenidos en cuenta por el juzgador de grado) no resulta eficaz para demostrar la violación al derecho al recurso, ni tampoco la afectación a los principios constitucionales de culpabilidad, inocencia e *in dubio pro reo*.

En relación a esto último, la defensa no tiene en cuenta que su crítica a la valoración de los testimonios de las menores víctimas de abuso, amparada en la aplicación del principio de *in dubio pro reo*, no va en línea con la postura adoptada por esa SCBA que en un caso similar al presente (Causa P. 128.928, sent. de 17/4/2019) ha resuelto que "No es atendible la denuncia de inobservancia del principio *in dubio pro reo*, pues acerca de lo declarado por la menor víctima, los magistrados dieron las explicaciones sobre el convencimiento certero al que arribaron para sostener la imputación; con expresa valoración de la condición psicológica de la niña, su relato que aparecía lúcido, claro, consistente y concordante en lo general con otras pruebas y en particular con el testimonios de la otra joven damnificada. Puesta la

casación a examinar la preeminencia de esa ponderación, descartó que pudiera desbaratarse el valor convictivo alcanzado por los jueces en el marco de lo actuado en el debate, en condiciones de oralidad, contradicción, inmediación y publicidad, sin que mediara razón objetiva alguna que habilitara poner en duda el impacto subjetivo que la testigo produjo en ellos; y sobre esa apreciación la parte no evidencia desarreglo lógico ni quebranto constitucional alguno que permita desatenderla.”

En esa línea resolvió el órgano revisor, pues en el punto “c” de su sentencia (v. fs. 157 y siguientes) expuso respecto a las potestades inherentes al órgano de juicio como consecuencia inmediata y directa del principio de inmediación a la vez que descartó la posibilidad de que se haya vulnerado el principio de *indubio pro reo* pues de la reseña realizada queda claro que la sentencia de mérito no campeó sobre duda alguna (v. fs. 158 vta.).

Por su parte la defensa solo ensaya de forma dogmática que la sentencia “exagera” los efectos de la inmediación pero sin dotar a su expresión de argumentos serios y razonados para descartar las vivencias de las menores víctimas de abuso, valoradas en la instancia de mérito y rodeadas de otros elementos de prueba que el tribunal intermedio revisó sin que se adviertan visos de arbitrariedad.

**c.** Tampoco progresa el tercer motivo de agravio vinculado a la errónea aplicación de la ley sustantiva.

El defensor plantea que en el caso no se configuran las agravantes del art. 119 cuarto párrafo incisos “b” -*El hecho fuere cometido por... encargado de la educación o de la guarda-* y “f” -*El*



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PROCURACIÓN GENERAL DE LA**  
**SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

P-134598-1

*hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo-.*

Afirma que el imputado nunca fue designado ni nadie le asignó la guarda de las menores, postula que tampoco es cierto que hayan convivido, situación que requiere de una regularidad que no existió sino que fue meramente ocasional sin lograr el ámbito de confianza que requiere la agravante impuesta.

En primer lugar cabe destacar que si bien en el reclamo bajo estudio se denuncia la errónea aplicación de la ley sustantiva, la queja en rigor se ciñe a intentar una reinterpretación de los hechos a partir de los cuales el tribunal *a quo* convalidó la decisión del inferior en cuanto a la autoría, materialidad ilícita y calificación del evento emergente de la causa, siendo esa materia ajena al ámbito de conocimiento de esa Suprema Corte en el marco del remedio incoado, salvo la cabal acreditación del excepcional vicio de absurdo o arbitrariedad, lo que en el caso no viene argumentado de manera suficiente (doctr. art. 494 y 495 del CPP).

Ello así, en tanto el tribunal revisor dio por acreditadas ambas agravantes sin que en sus argumentos se perciban tales extremos.

En primer lugar tuvo en cuenta (v. fs. 159 vta./160) que el imputado tenía efectivamente a su cargo el cuidado de las menores y se aprovechó de ello (por la situación de sujeción en que encuentra el menor respecto del adulto o por estar bajo su autoridad); considerando que quedó probado que las menores "E.R" y

"M.R" eran dejadas por su madre en la casa del imputado en forma diaria y que incluso dormían allí muchas veces sin la presencia de la madre pues el imputado proveía alojamiento en su casa, alimentos y cuidaba a los niños para que la madre saliera a trabajar. También resultó comprobado dichos extremos en la causa en la que resultarían víctimas las niñas "A.C" y "V.C" en donde los hechos acontecían bajo el mismo *modus operandi*, es decir, mientras la madre de las niñas salía a trabajar y las menores quedaban en la casa del imputado bajo su cuidado.

El revisor cita jurisprudencia de esa Suprema Corte en la que ha resuelto que la expresión "encargado de la guarda" no comprende solamente al tutor o tenedor legal sino aquel que por motivos sociales o de hecho este obligado a hacerlo y agrega que tampoco la agravante distingue entre guarda transitoria o permanente.

Esta postura ha sido mantenida por esa Suprema Corte en forma más reciente (causa P.132.368, sent. del 13/8/2020 y causa P. 126.731, sent. de 8/3/2017, e.o) al afirmar que la figura del encargado de la guarda de la víctima en los términos en que ha sido receptada en el art. 119 cuarto párrafo inc. "b" del Cód. Penal, se refiere a quienes, aún de manera momentánea, cuidan de la persona de aquélla, atendiendo a sus necesidades o ciertos aspectos de las mismas, como producto de la función que ocupan o en virtud de una situación de hecho, lo que los obliga a un especial deber de protección. De modo que, acreditada que sea la situación fáctica de la guarda, no es necesario sobreañadir a la mentada relación requisitos referidos a



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PROCURACIÓN GENERAL DE LA**  
**SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

P-134598-1

la calidad o permanencia del vínculo para su configuración formal.

En relación a la agravante contemplada en el inciso "f" vinculada al aprovechamiento de la situación de convivencia el revisor valoró que si bien las menores no residían en forma permanente en la casa del imputado, sin duda existía una cotidianeidad en el encuentro y en las actividades compartidas que permite tener por comprobada la relación de convivencia preexistente entre ambos ya que la cohabitación con las víctimas sin dudas facilitó al imputado la comisión del hecho (v. fs. 160 vta.).

Comparto los argumentos del *a quo* pues la situación de cohabitación ha quedado más que demostrada en el hecho. La agravante en cuestión se funda en la existencia de una "convivencia preexistente" y es aplicable a la situación de sujetos activos que, como ocurre sin duda en el caso de Mafud, se aprovechan de la relación de cercanía y mayores facilidades que le otorgaban las situaciones fácticas como las que trajeron a colación los órganos jurisdiccionales intervinientes y que además -en el caso- eran provocadas por el mismo imputado (ofrecer su casa, alimentos y cuidado de las menores en ausencia de sus madres).

En consecuencia estimo que el recurrente se desentiende de lo resuelto y se limita a formular distintas consideraciones dogmáticas sobre el tema; con tal perspectiva, no advierto que la parte haya logrado demostrar la errónea aplicación de la ley sustantiva que denuncia (art. 495, CPP).

**IV.** Por lo expuesto considero que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el Defensor Oficial Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal a favor de D. J. M..

La Plata, 23 de marzo de 2022.

Digitally signed by  
Dr. CONTE GRAND, JULIO  
MARCELO  
Procurador General de la  
Suprema Corte de Justicia  
PROCURACION GENERAL -  
PROCURACION GENERAL  
Procuracion General

23/03/2022 13:49:31