



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

P-134972-1

"A., J. C.  
s/Recurso extraordinario de  
inaplicabilidad de ley en  
causa N° 94.260 del Tribunal  
de Casación Penal, Sala V"

Suprema Corte de Justicia:

**I.** La Sala V del Tribunal de Casación Penal rechazó por improcedente el recurso de especialidad interpuesto en favor de J. C. A. contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial San Martín que con fecha 22 de agosto de 2018 resolvió condenarlo a la pena de quince años de prisión, accesorias legales y costas, más la declaración de reincidencia, por considerarlo autor responsable penalmente del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser la víctima menor de dieciocho años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente y por encontrarse a cargo de la guarda de la menor (arts. 45 y 119, 2do y 4to párrs. incs. "b" y "f", Cód. Penal).

Frente a dicha decisión, el Defensor Adjunto de Casación presentó recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, que fue declarado admisible parcialmente por el revisor, solo en lo tocante a la denuncia de errónea aplicación de la ley sustantiva (v. fs. 81/93 y 95/97, respectivamente).

**II.** Teniendo en cuenta la admisibilidad parcial dada por el revisor el recurrente denuncia la infracción a la ley sustantiva en relación a la aplicación de la agravante prevista en el art. 119 cuarto párrafo, apartado "b" del Cód. Penal.

Ello así en tanto sostiene que el *a quo* se ha abocado de manera aparente al tratamiento de la cuestión sometida a estudio, resultando las respuestas brindadas meras afirmaciones dogmáticas que no abastecen el requisito de fundamentación de sentencias.

Afirma -con cita de doctrina sobre la temática- que el encargado de la guarda debe ser aquel que de modo regular cuida a la víctima y no el simple encargo momentáneo de vigilancia.

En ese sentido, postula que no ha quedado acreditado el vínculo entre víctima y victimario, con el alcance mencionado, ya que A. nunca estuvo al cuidado de la niña sino que siempre fue la madre de la menor la que se encargaba de esa condición.

Por otro lado aduce que se superponen dos agravantes y que por ello existe una doble valoración prohibida en tanto la agravante adicional fue ponderada por la convivencia preexistente y que los argumentos de ambas se yuxtaponen y por lo tanto no podrían ser válidamente estimadas.

Por último señala que el Código Penal no estipula una definición de "encargado de la guarda", que en el caso nadie le hizo ese encargo al imputado, que no se demostró en qué consistía el mismo y que tampoco nadie lo sindicó como tal.

Finalmente postula que los argumentos dados para mantener la agravante resultan arbitrarios por apartamiento de las constancias de la causa, solicitando la exclusión de la agravante referida



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

P-134972-1

con la consecuente incidencia en la determinación de la pena.

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

En primer lugar advierto que tanto la materialidad ilícita como la autoría penalmente responsable llegan firmes a esta instancia.

De esta manera, resta determinar si se aplicó en forma correcta la ley sustantiva; es decir, si se configuró la agravante contemplada en el apartado "b" del cuarto párrafo del art. 119 del Cód. Penal y si existe doble valoración con la agravante del inciso "f" del mismo cuerpo legal.

En ese sentido vale recordar que tanto el órgano de mérito como revisor tuvieron por debidamente probado que "Entre los días 1 y 6 de abril de 2012 en el domicilio sito en la calle ..... de la localidad de Grand Bourg, partido de Malvinas Argentinas, J. C.

A. abusó sexualmente de la niña V.F.A, de por entonces cinco años de edad, con la que convivía por ser pareja de su progenitora M. F. A. aprovechándose de tal situación y amenazándola con que si contaba iba a sucederle lo mismo que a sus hermanitas, introduciendo su dedo en la cavidad vaginal, provocándole desgarró completo de himen en hora 5-6, fisura superficial de horquilla, siendo que además realizaba actos tales como quitarse la ropa él y hacer lo mismo con la niña y en la cama matrimonial subirla encima de su zona genital, todos estos actos que por las circunstancias de su realización constituyen un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la niña [...]".

Ahora bien, en lo que respecta a la calificación legal cuestionada, observo que el Tribunal de Casación dio acabados fundamentados para

confirmar la figura, dando íntegra respuesta al planteo esgrimido por la defensa.

En tal sentido, el Dr. Violini adujo -sobre el punto- que "[...] La acreditación de la convivencia, así como la guarda de hecho se apoyan correctamente en la valoración de los testimonios de la menor y de sus familiares quienes coincidieron en afirmar que el imputado convivía con M. F. A. , madre de la menor V. Ésta explicó que los hechos tuvieron lugar cuando el imputado se quedaba solo con las menores en la vivienda familiar [...] En ese sentido, el concepto de `encargado de la guarda´ es más amplio que el de tutor o guardador, pues hace referencia a cualquier persona que asume ese deber de custodia y cuidado, por su propia voluntad, no siendo necesaria la intervención de autoridad alguna; basta con que la relación de cuidado esté materialmente establecida [...] La guarda a los fines del tipo penal es una relación de hecho, mediante la cual el encargado cuida o atiende las necesidades del menor o el incapaz, de forma regular, aunque no conviva con él [...] Como se explica, el abuso perpetrado por el encargado de la guarda supone el aprovechamiento del depósito de confianza, que en el caso ha quedado debidamente acreditado en la relación afectiva entre el imputado y la madre de la víctima y la circunstancia de que la menor se quedaba al cuidado del imputado cuando la madre salía, con lo que, como adelantara, el agravio decae (artículos 210, 373, 449 del código adjetivo) [...]".

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 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



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

P-134972-1

arbitrariedad, lo que en el caso no viene argumentado de manera suficiente (doctr. art. 494 y 495, CPP).

Ello así en tanto el tribunal revisor dio por acreditadas ambas agravantes sin que en sus argumentos se perciban tales extremos pues no se requiere de mayor análisis para tener por probado que existía convivencia previa y que la menor quedaba bajo la guarda del imputado (declaración de la menor abusada y de sus familiares que dieron cuenta de la convivencia y que el imputado quedaba a cargo de la menor en muchas oportunidades).

Además la postura del tribunal intermedio guarda relación con la doctrina de esa SCBA sobre el tema, en cuanto tiene dicho 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 Código 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 la calidad o permanencia del vínculo para su configuración formal [...]" (Causa P. 132.368, sent. de 13/8/2020 y Causa P. 126.731, sent. de 8/3/2017, e.o).

Finalmente, considero que la agravante "encargado de la guarda" no necesariamente se la vincula en exclusividad con la situación de "convivencia preexistente".

En efecto, como remarcará el revisor y la doctrina legal señalada, el encargado de la guarda -a los fines del tipo penal- es una relación de

hecho mediante la cual el encargado cuida o atiende a las necesidades del menor o el incapaz, de forma regular, aunque no conviva con él y que puede ser permanente o transitoria (Cfrm. Doc Causa P. 131.689, sent. de 28/8/2019 y Causa P. 125.444, sent. de 10/8/2016); ello tiene basamento -además- en que el menor se ve inserto en una situación de sujeción por estar bajo su autoridad y por la condición de adultez del sujeto activo.

Una situación fáctica disímil y que provoca mayor reproche es que el imputado se aproveche también de la situación de convivencia preexistente pues esta última se funda en una situación de hecho en donde el sujeto activo se aprovecha de la relación de cercanía y las consecuentes facilidades que le otorgan esta proximidad y la relación de confianza con el menor (Donna, Edgardo, *Derecho Penal - Parte Especial*, Tomo I, 3ra. Edición, Ed. Rubinzal Culzoni, Año 2008, páginas 612 y 613).

Como se advierte ambas agravantes prevén situaciones fácticas distintas que no provocan una doble valoración prohibida como pretende el recurrente.

Por lo expuesto, 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



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

P-134972-1

Defensor Oficial Adjunto ante el Tribunal de Casación  
Penal en favor de J. C. A.

La Plata, 2 de marzo de 2022.

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

02/03/2022 12:56:21

