



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

P-139004-1

"Toloza, Luis Dalmacio s/
recurso extraordinario de
inaplicabilidad de ley en
causa N° 117.620 del Tribunal
de Casación Penal, Sala II"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala II del Tribunal de Casación Penal, en el marco de la causa n° 117.620, rechazó el recurso de la especialidad deducido por la defensa particular de Luis Dalmacio Toloza contra la decisión del Tribunal en lo Criminal n° 1 del Departamento Judicial Mercedes que condenó al nombrado a la pena de dieciséis (16) años de prisión, accesorias legales y costas del proceso por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por haber sido cometido por el encargado de la guarda -dos hechos- y abuso sexual calificado por tratarse de un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima, agravado por haber sido cometido por el encargado de la guarda -dos hechos-, todos en concurso real (v. TCP, sent. de 27/XII/2022).

II. Contra ese pronunciamiento, el defensor particular, Jorge A. Azorin, interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, el que fue declarado parcialmente admisible por el intermedio, solo en lo que respecta a la denuncia de errónea aplicación de la ley sustantiva (v. TCP, resol. de 11/V/2023).

III. El recurrente denuncia el dictado de un pronunciamiento intermedio que desnaturalizó la letra de la ley.

Estructura sus quejas en tres grupos claramente diferenciados: **a)** la calidad de encargado de

la guarda del imputado (art. 119, 4to. párr., inc. "b", Cód. Penal); **b)** la adecuación típica de la conducta como de sometimiento gravemente ultrajante (art. 119, 2do. párr., Cód. Penal); y **c)** la corta edad de la víctima como circunstancia aumentativa de la pena en violación al *ne bis in idem* (arts. 40 y 41, Cód. Penal).

- Sobre el elemento normativo del tipo "encargado de la guarda" (art. 119, 4to. párr., inc. "b", Cód. Penal).

Explica que, por un lado, resulta manifiesta la errónea atribución a su asistido del carácter de encargado de la guarda de las supuestas víctimas, dado que en ningún caso quedaron éstas bajo su exclusiva autoridad o cuidado.

En ese sentido, achaca al revisor desatender la probada "distancia afectiva" de la niña BSC con el imputado, de quien se encontraba alejada sin que pudiera verificarse un permanente o transitorio vínculo susceptible de generar una situación tutelar de hecho o de derecho mínimamente compatible con la de un guardador.

Adita que en los casos de KMO y MNIB el fallo muestra igual absurdo al convalidar la presunta situación de cuidado, cuando se verificaron en autos circunstancias totalmente efímeras y diversas de cualquier hipótesis de guarda.

En ese andarivel, alega que resulta improcedente forzar el significado de la noción normativa de encargado de la guarda a casos meramente circunstanciales y fortuitos, sumando a ello que los hechos imputados habrían sido cometidos en presencia de al menos otra persona adulta, fuera la tía Sabrina y/o



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

P-139004-1

específicamente la abuela Nélide, a quien las niñas visitaban, y siendo entonces ésta la encargada de su custodia y vigilancia, sin que se advirtiera además que la eventual presencia del imputado en el lugar fuera mucho más que para pernoctar debido a sus comprobadas obligaciones laborales.

- Sobre la aplicabilidad del art. 119, 2do. párr., Cód. Penal. Abuso sexual gravemente ultrajante.

Alega que en ninguno de los casos se pudo haber ocasionado a las víctimas una ofensa distinta a los simples tocamientos comprendidos en el tipo básico.

Agrega que por sobre todo requisito típico, la agravante en cuestión exige un "sometimiento" que no fue acreditado en la causa, pues no se logró probar que el imputado haya ejercido algún tipo de fuerza o violencia para lograr el dominio sobre sus víctimas y así cometer sus actos impúdicos. Cita opinión doctrinaria al respecto.

Concluye que el órgano revisor inobservó los principios de máxima taxatividad -legalidad- y de culpabilidad (arts. 18 y 75, inc. 22, Const. nac.).

- Sobre la errónea aplicación de los arts. 40 y 41, Cód. Penal (corta edad de la víctima como circunstancia aumentativa de la pena). *Ne bis in idem.*

Refiere que el intermedio aseveró que la corta edad de las víctimas al momento de los hechos implicaba un mayor estado de indefensión de éstas y una mayor reprochabilidad de la conducta del sujeto activo, resultando evidente que tal circunstancia aumentaba el grado de injusto en la conducta imputada.

Argumenta que tal modo de decidir contraría a doctrina mayoritaria emanada del fallo TC0003 LP 74251 1476 S 12/12/2016 y asevera que la tipicidad del delito se perfecciona cualquiera sea la edad de la víctima mientras que tenga 13 años de edad.

Agrega entonces, que el fundamento que sostiene a la figura es el ingreso prematuro a la vida sexual de quien legalmente es considerado aún menor de edad y, en virtud de tal característica, la escasa posibilidad de resistencia a la agresión.

Concluye que la agravante descansa entonces en una motivación idéntica a la que sostiene la inculminación, por lo que su valoración resulta violatoria del principio de *ne bis in idem*.

IV. Considero que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley no debe prosperar

1. Contra la sentencia de condena dictada por el órgano de origen, la defensa particular del imputado articuló recurso de casación.

En tal vía, y solo en lo que resulta de interés para el presente, se agravó de la significación jurídica decidida sobre las conductas típicas imputadas a Toloza y la graduación del injusto en una de ellas.

1. a. Sobre el hecho que tuviera como víctimas a las niñas KMO y MNIB y que fuera calificado como abuso sexual agravado por haber sido cometido por el encargado de la guarda -dos hechos- (art. 119 -1er. y 4to. párr., inc "b"-, Cód. Penal) se alzó sosteniendo que su asistido no revestía esa calidad de guardador.

Respecto de la víctima KMO aseveró que el



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

P-139004-1

propio fallo había reconocido que el hecho se produjo en circunstancias en que la menor acudiera al kiosco que tenía el imputado instalado en su casa y que en tal momento éste la invitó a ingresar a la morada donde se habría producido el abuso.

A partir de tal premisa, entendió que el encuentro resultó ser fortuito y fugaz, exclusivamente motivado por la operación mercantil que pretendía realizar la menor. Que entonces, entender que ello alcanzó para atribuir una guarda temporal sobre la niña resultaba de una manifiesta y desproporcionada voracidad penal.

Ponderó que igual déficit constituyó el entendimiento juzgador sobre el caso que tuviera por víctima a MNIB, toda vez que del pronunciamiento se desprendía que la niña había concurrido al domicilio del imputado en razón de un mero propósito lúdico (jugar con su primo) y que en tal domicilio se encontraba presente también su concubina.

En cuanto a los hechos que tuvieran por víctimas a las menores BSC y MGC ensayó idénticas objeciones.

En ese sentido, alegó que las víctimas reconocieron que en el lugar de los hechos se encontraban presentes, además del imputado, su abuela y su tía, agregando que BSC declaró que su relación afectiva y a quien iba a visitar era a su abuela quien era además la que le pedía a la niña que se quedase a dormir, haciéndolo también luego de ocurridos los supuestos abusos.

A partir de tal razonamiento, entendió insostenible cargar sobre las espaldas de Toloza la

guarda de las menores.

1. b. De otro lado, con relación a la calificación decidida respecto a los hechos que tuvieran por víctimas a BSC y MGC como de "gravemente ultrajante" ponderó que en ninguno de los casos se prolongó el acto abusivo por un tiempo mayor al necesario para llevar a cabo el acto impúdico, sin infligir a las víctimas ninguna afectación temporalmente mayor.

Consideró errado que el tribunal haya decidido la subsunción legal criticada a partir de dos circunstanciales y efímeros tocamientos, máxime cuando BSC declaró que el acto sexual sufrido a manos del imputado fue por encima de sus ropas.

1. c. Por último, se agravó en punto al tramo de la sentencia vinculado con la circunstancia agravatoria de la pena referida a la corta edad de las víctimas. Entendió que ello ya estaba ponderado en el tipo penal seleccionado, pues el concepto de minoridad encierra implícita e indefectiblemente al más específico estado de indefensión del sujeto pasivo. Ello así, entonces, una nueva valoración de esa situación constituía una afrenta al principio de *ne bis in idem*.

2. El Tribunal de Casación Penal, por su parte, rechazó las quejas de la defensa.

Razonó primeramente que no advertía fisuras o duda alguna en el razonamiento delineado por el tribunal para decidir las calificaciones de los hechos atribuidos a Toloza, pues de los datos emergentes de la base fáctica demostrada se constataba la suficiencia garantizadora de la razonabilidad del juicio de inferencia para concluir la concurrencia de los elementos



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

P-139004-1

típicos de los delitos endilgados.

2. a. En punto al embate introducido por la parte referido a la calidad del autor, aseveró que la característica de "encargado de la guarda" la reviste toda persona que tenga a un menor a su cuidado, sin importar que esa situación sea impuesta por la ley, por un juez o resulte una situación de hecho, como así tampoco si la misma es transitoria o permanente.

Sumó a ello que la norma (art. 119, 4to. párr., inc. "b", Cód. Penal) destaca un concepto más amplio que aquellas que mencionan al "guardador", pues además de incluir a éste comprende a cualquier persona que tuviese "de hecho" al menor bajo su cuidado.

Explicó, asimismo, que la razón de ser de la circunstancia mencionada es el aprovechamiento que el autor realiza respecto de la situación de sujeción en que se encuentra a su respecto el menor, ya sea por el hecho de estar bajo su autoridad, ya sea por el respeto que debe guardarle.

Puntualizó que el tribunal de la instancia había concluido que el imputado tenía la guarda temporal de las niñas cuando éstas concurrían a la casa donde vivían su abuela junto al causante (concubino de ésta) al que denominaban abuelo, debiendo destacarse además que ese concubinato lo fue por más de veinte años y que tenían hijos y nietos en común.

De otro lado, en lo vinculado con el hecho que damnificó a KMO, advirtió que la defensa articulaba las mismas quejas vertidas en oportunidad de alegar en la etapa final del juicio, y que las mismas habían sido suficientemente respondidas por el tribunal,

haciendo caso omiso la defensa a las razones dadas.

Destacó que los sentenciantes habían validado que Toloza, valiéndose de la relación de hecho familiar que tenía con la víctima, una vez llegada ésta al kiosco, la invitó a ingresar al interior de la morada con la excusa de ayudarlo a mover un mueble, quedando entonces la menor bajo su guarda temporal y siendo que allí aprovechó para materializar el hecho en el interior del dormitorio.

De igual manera, que en el hecho que resultara víctima MNB el abuso tuvo lugar cuando la niña había ido a la casa del imputado para jugar con un primito, mientras que en los sufridos por BSC y MGC en ambas oportunidades los abusos se dieron cuando las menores se quedaban a dormir en el domicilio de sus abuelos.

Descartó la queja de la parte en punto a la presencia de otras personas en el lugar de los hechos y remarcó que tal circunstancia no hacía mermar la calidad atribuida del encartado en cuanto al especial deber de protección que éste tenía por sobre las menores víctimas.

2. b. En lo que atañe al agravio vinculado con la calificación referida al segundo párrafo del art. 119 del Código Penal en los hechos que tuvieran por víctimas a BSC y MGC, el casacionista descartó el agravio de la defensa en la inteligencia de que en ambos hechos se verificaba una desproporción con el tipo básico previsto en el párrafo primero de la norma referida.

En ese sentido, repasó las circunstancias de hecho de ambos casos que determinaran al juzgador



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

P-139004-1

fallar de tal forma, recordando que en el caso de la menor BSC los hechos tuvieron reiteración en el tiempo, y que en el caso de MGC se valoró que el imputado le había introducido los dedos en la zona vaginal a la menor (que en razón de la ley más benigna al momento del hecho se halló vedada la aplicación de la ley más gravosa -119, 3er. párr., Cód. Penal).

De tal suerte, acompañó lo decidido por su par de la instancia en punto a que el abuso gravemente ultrajante en perjuicio de BSC lo fue por la duración y repetición en el tiempo, y en el caso de MGC lo fue por sus circunstancias de realización.

2. c. Por último, en lo relacionado con la errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del Código Penal y la violación al principio de *ne bis in idem* por valorar la corta edad de las víctimas como circunstancia aumentativa de la sanción, consideró que lo decidido por el tribunal de mérito no merecía reproche, pues la prohibición de doble valoración no encontraba operatividad cuando el juzgador valoraba como agravantes circunstancias que más allá de poder estar contenidas en alguno de los tipos penales reprochados admitían una particularización indicadora de una mayor o menor gravedad del contenido del injusto.

Concluyó que resultaba de toda obviedad que la corta edad de la víctima al momento de los hechos implicaba un mayor estado de indefensión y una mayor reprochabilidad de la conducta.

Paso a dictaminar.

Debo destacar en primer término que la defensa introduce en el presente carril extraordinario

una cuestión de pura conflictividad de la ley penal con las circunstancias fácticas probadas en la causa (art. 494, CPP). En efecto, sus embates se dirigen a cuestionar el alcance de los elementos normativos del tipo en contraste con los elementos acreditados, quedando al margen así cualquier cuestionamiento relativo a la correcta o incorrecta fijación de las circunstancias de hecho con aptitud para incidir en la calificación legal decidida (arbitrariedad fáctica).

De todas maneras, y aunque lo dicho anteriormente resulte propio de una ponderable técnica recursiva, lo cierto es que la defensa reedita en esta oportunidad aquellas críticas llevadas a conocimiento de los juzgadores desde la etapa de juicio y no logra con ello, pese a un encumbrado esfuerzo, contrarrestar lo decidido (art. 495, CPP).

En tal sentido, concuerdo con las razones dadas por el órgano intermedio al momento de rechazar los embates de la defensa, pues de las circunstancias probadas en la causa y que la parte no pone en crisis, se sigue que la adecuación típica confirmada para cada hecho deviene adecuada.

Dicho esto, solo sumaré algunas consideraciones más a las dadas -acertadamente- por los revisionistas.

-Sobre el elemento normativo "encargado de la guarda".

La defensa -recordemos-, en pos de demostrar su inaplicabilidad, presenta tres centrales argumentos: que en el caso de la menor BSC existía una "distancia afectiva" entre el imputado y la menor, siendo entonces imposible colegir que pudiera Toloza



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

P-139004-1

considerarse encargado de su guarda; que en el caso de las niñas KMG y MNB que los encuentros ocurridos entre el imputado éstas fueron casuales y efímeros, insignificantes para detentar tal cualidad; y por último, que se encontraban también otras personas en la morada (la abuela y la tía de la menor) al momento de sucederse los hechos, por lo que no podía recaer en cabeza del imputado la calidad atribuida.

A la primera de las razones esgrimidas debo decir que la circunstancia apuntada por la parte en cuanto a la "calidad" o vigencia del vínculo entre Toloza y la menor, no hace a la conformación del tipo objetivo, pues éste no contiene -ni le es dable requerírsele- una valoración subjetiva sobre la circunstancia de hecho.

Tiene dicho esa Corte que "[...] la idea de "encargado de la guarda" de la víctima se refiere a quienes, aun de manera momentánea, cuidan de la persona de aquella, atendiendo 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 les obliga a un especial deber de protección (D'Alessio, Andrés José [director]; Código Penal de la Nación. Comentado y anotado, 2da. edición, Tomo 2 "Parte Especial", La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 257; conf. causas P. 126.731, sent. de 8-III-2017; P. 132.368, sent. de 13-VIII-2020; P. 133.356, sent. de 20-X-2021; P. 134.972, sent. de 15-VI-2022; e.o.)" (SCBA, causa P-134.598, sent. de 13/XII/2022).

De modo que, acreditada que se la situación fáctica de la guarda, no es necesario sobreañadir a la mencionada relación requisitos referidos a la calidad o permanencia del vínculo para su configuración formal.

A la segunda de las razones esgrimidas,

vale decir que lo casual o efímero del encuentro no quita ni agrega nada a la adecuación típica de la conducta en el *sub lite*, pues no debe olvidarse que el imputado resultaba ser pareja de la abuela biológica de la menor durante más de veinte años, tan es así que la misma víctima se refería a él como "abuelo".

De allí, que la parte equivoca el planteo y soslaya el fundamento de la severizante del tipo básico.

Así, la duración del encuentro y/o su objeto no hacen a la norma criticada, pues el rol familiar de Toloza con las víctimas le imponía un deber de protección por sobre las menores y a éstas el deber de respeto u obediencia a su figura, circunstancia de la que el imputado se aprovechó para llevar a cabo sus designios, mecánica delictual que se adecúa a la norma (art. 119, 4to. párr. -inc. "b"-, Cód. Penal).

Cabe señalar que *"Nos encontramos ante un tipo penal calificado basado en la infracción de un deber especial por parte del autor, que supone un mayor respeto hacia el sujeto pasivo y que excede el deber general que se infringe por llevar a cabo la conducta prevista en el tipo. Esa situación de superioridad y deber de respeto es presumida por la ley, sin que sea necesario acreditarla en el caso concreto. Por tal motivo, probado el vínculo y el abuso mediante alguna de las modalidades previstas por la ley, el delito se configura, sin que sea necesario demostrar que existió un especial aprovechamiento de la posición de superioridad o poder que tenía el sujeto activo"* (E. De la Fuente Javier. Abusos sexuales [En Línea]. Argentina: Hammurabi, 2021 [consultado 2 Nov



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

P-139004-1

2023]. Disponible en:
<https://biblioteca.hammurabidigital.com.ar/reader/abusos-sexuales?location=178>).

En relación con la tercera y última razón dada por la defensa, aquella vinculada con la presencia de más familiares en la escena del hecho, como bien lo señaló el revisor, no posee gravitación alguna en la significación jurídica de lo ocurrido, pues la concurrencia de más personas en la morada (aunque en espacios físicos diversos) no quita ni relativiza el rol que ostentaba Toloza y que vengo comentando.

- Sobre el sometimiento gravemente ultrajante (art. 119, 2do. párr., Cód. Penal).

Aquí tampoco la parte recoge las respuestas del revisor que fueron al extremo clarificadoras, explicando que tal decisión se basó, en el caso de la víctima BSC en la duración y reiteración en el tiempo; y en el caso de la menor MGC en las circunstancias de realización.

Nótese que la defensa hace foco en el término "sometimiento" y aduce que su acepción remite a una sujeción o violencia, enfatizando en que nada de ello había ocurrido en los hechos imputados.

En rigor de verdad, el "sometimiento" remite a la creación de una relación de subordinación (psíquica) en la que el imputado restringe el ámbito de autodeterminación sexual de la víctima, y no necesariamente al empleo de mecanismos físicos para aquietar a ella y lograr la concreción de sus fines impúdicos.

A ello, cabe agregar que "*Un abuso sexual*

puede ser gravemente ultrajante en razón de la duración que haya tenido. Es decir, una cosa en que nos encontremos ante un hecho aislado y otra diferente es que se trate de una situación que se ha prolongado excesivamente en el tiempo, pues es indudable que, en este último caso, el perjuicio que se causa a la víctima es mucho mayor. Por lo tanto, cabe incluir aquí el supuesto en el que el mismo acto sexual se mantiene excesivamente en el tiempo –por ejemplo, si el agresor encierra a la víctima y durante horas la somete a prácticas sexuales sin penetración–. No obstante, también se pueden incluir supuestos de reiteración de abusos sexuales contra una misma víctima, durante cierto tiempo prolongado. Me refiero a situaciones en las que las agresiones de índole sexual continúan repitiéndose en el tiempo, lo que genera un especial sometimiento en perjuicio de la víctima. Para expresarlo de otro modo: lo que aisladamente podría considerarse como abuso sexual simple, debido a la persistencia o reiteración, puede adquirir la forma de gravemente ultrajante. En esos casos, la continuidad y reiteración de los abusos debe desplazar el tipo del primer párrafo y aplicarse la modalidad agravada del segundo párrafo. Es decir, ya no existirán abusos sexuales simples reiterados en concurso real (art. 55, CP), sino un único delito de abuso sexual gravemente ultrajante" (E. De la Fuente Javier. Abusos sexuales [En Línea]. Argentina: Hammurabi, 2021 [consultado 2 Nov 2023]. Disponible en: <https://biblioteca.hammurabidigital.com.ar/reader/abusos-sexuales?location=127>).



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

P-139004-1

- Sobre la errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del Cód. Penal. *Ne bis in idem*.

A este respecto debo decir, en consonancia con lo sostenido por la Casación, que nada impide valorar la corta edad de la víctima para la graduación del injusto y su posterior impacto en la pena más allá de que la figura penal seleccionada contenga un elemento semejante.

Va de suyo que en la ponderación del hecho los jueces pueden -y deben- determinar el grado del injusto, su intensidad, pues no resulta igual que el hecho -en el caso- lo sea contra una menor de 13 años de edad a que lo sea contra una menor de 2, 4 o 7 años.

Con lo cual, la defensa parece formalizar una pretensión que repugna el debido proceso penal: aplicar derecha y objetivamente la norma sustantiva sobre un hecho determinado (cualquiera sean sus características peculiares) y desconocer la operatividad de las pautas mensurativas que la ley de fondo brinda a los juzgadores para ajustar el grado de culpabilidad del autor habida cuenta de las circunstancias particulares de cada hecho (arts. 40 y 41, Cód. Penal).

En definitiva, a esta parcela de la queja vale traer a colación lo dicho por esa Suprema Corte de Justicia, en tanto "[...] no se trata en el caso de justipreciar la edad de la víctima como elemento del tipo penal, sino de que esa circunstancia -esto es, la edad- determina naturalmente, como lo entendió el tribunal de mérito, la vulnerabilidad e indefensión de la menor. El órgano intermedio debió ocuparse de desvirtuar el argumento dado en la instancia de origen, lo que no hizo.

Por el contrario, se detuvo en el análisis aislado de la edad exclusivamente como elemento del tipo penal//[N]ada obsta a que en el marco de la individualización de la pena, y de acuerdo con las circunstancias comprobadas -conforme las diversas pruebas producidas en la causa- se pueda valorar como se hizo, al estado de indefensión que surge de la corta edad de la víctima al comienzo de los hechos (...), que ciertamente trasciende la genérica minoría de edad que calificó a la figura, circunstancia extendida y ponderada respecto al delito reprochado al encartado" (SCBA, causa P-123.567, sent. de 26/XII/2018).

V. Por todo lo expuesto, entiendo que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto en el marco de la causa 117.620 del Tribunal de Casación Penal en favor de Luis Dalmacio Toloza.

La Plata, 26 de marzo de 2024.