



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A C U E R D O

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, de conformidad con lo establecido en el art. 4 del Acuerdo n° 3971, procede al dictado de la sentencia definitiva en la causa. P. 134.972-RC, "A., J. C. s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 94.260 del Tribunal de Casación Penal, Sala V", con arreglo al siguiente orden de votación (Ac. 2078): doctores **Torres, Kogan, Soria, Genoud.**

A N T E C E D E N T E S

El Tribunal en lo Criminal n° 5 de San Martín, el 22 de agosto de 2018, condenó a J. C. A. a la pena de quince años de prisión, accesorias legales y costas, más la declaración de reincidencia, por resultar autor penalmente responsable 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 niña, hecho acontecido entre el 1 y el 6 de abril de 2012 en la localidad de Grand Bourg, partido de Malvinas Argentinas, en perjuicio de V. F. A. (v. fs. 10/26 vta.).

Frente a ello, la entonces defensa particular del imputado interpuso recurso de casación (v. fs. 34/42 vta.), que fue rechazado por la Sala V del Tribunal de Casación Penal el 21 de noviembre 2019 (v. fs. 68/74 vta.).

Contra esa decisión, se alzó el señor defensor adjunto ante el Tribunal de Casación Penal, doctor Daniel Aníbal Sureda, mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 81/93), que fue

parcialmente concedido por el tribunal intermedio (v. fs. 95/97). Interpuesta queja fue desestimada por este Tribunal (v. causa P. 134.822, que corre por cuerda).

Oída la Procuración General (v. fs. 104/107), dictada la providencia de autos (v. fs. 109) y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

C U E S T I Ó N

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

V O T A C I Ó N

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Torres dijo:

I.1. La impugnación extraordinaria fue concedida sólo en cuanto a la "...denuncia de transgresión a la ley sustantiva, específicamente, la errónea aplicación de la agravante por la calidad de encargado de la guarda [...] (artículo 119 cuarto párrafo apartado 'b' del C.P.)" (fs. 96 vta.). En consecuencia, a ella habrá de ceñirse la reseña de antecedentes.

I.2. La defensa oficial de J. C. A. denunció la errónea aplicación de la agravante mencionada en el párrafo antecedente (v. fs. 90).

Con cita de doctrina, afirmó que "encargado de la guarda" es aquel que de modo "regular" debe cuidar a una persona (v. fs. 90 vta. y 91) y sostuvo que su defendido nunca estuvo al cuidado de la niña, sino que era la madre quien se encargaba de esa tarea (v. fs. 91 vta.).

Destacó que se incurrió en una doble valoración



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

al aplicar esta agravante y la ponderada en razón de la convivencia preexistente, ya que son los mismos fundamentos los que las sostienen (v. fs. cit.).

Expuso que en la causa quedó indebidamente acreditado que su defendido fuera quien se avocara a esa tarea. En la misma dirección, expresó que el Código Penal no define los alcances de ser "encargado de la guarda" y que, con apego a la explicación de la Real Academia Española, no surge que se le hubiera encargado la guarda de la niña (v. fs. cit. y 92).

En definitiva, solicitó la modificación de la calificación legal (v. fs. cit.).

II. El señor Procurador General, doctor Julio Conte Grand, propició el rechazo del reclamo (v. fs. 104/107).

III. Coincidió con su dictamen, el recurso no prospera.

III.1. El Tribunal en lo Criminal n° 5 del Departamento Judicial de San Martín tuvo por acreditado que "...entre los días 1 y 6 de abril de 2012 en el domicilio sito en la calle [...], 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 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" (fs. 10 vta. y 11).

El órgano de mérito, para justificar el encuadre legal, y en lo que es aquí materia de impugnación, refirió que había quedado probado que "...A. frecuentemente se encarga[b]a de la guarda de la niña y de sus hermanas cuando la madre de estas se ausentaba del hogar y ello fue lo que ocurrió el día del hecho, siendo además pareja estable de A. en ese momento y teniendo una hija de tres meses en común" (fs. 24 vta.).

Frente al planteo de la defensa en el recurso de casación, el órgano revisor expuso que "[l]a 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 '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" (fs. 72 y vta.).

Sumó a ello que la guarda a los fines del tipo penal es una relación de hecho, mediante la cual el



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

encargado cuida o atiende las necesidades del niño de forma regular, aunque no conviva con él, y que "...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..." (fs. cit. vta.).

III.2. De lo expuesto anteriormente, se advierte a las claras que la crítica de la parte constituye una mera opinión discrepante con lo expresado en las instancias previas respecto del encuadre legal, sin ocuparse de controvertir eficazmente los fundamentos por los cuales el tribunal recurrido desestimó el planteo. Así, queda indemostrada la alegada transgresión legal (art. 495, CPP).

La dogmática referencia a que no se acreditó en autos que A. cuidara a la víctima de modo "regular", se dirige a intentar una reinterpretación de los hechos a partir de los cuales el tribunal intermedio convalidó la decisión del inferior sobre la calificación del suceso. Sin embargo, esa materia, en el marco del remedio interpuesto, es ajena al ámbito de conocimiento de esta Corte, salvo que concurra un supuesto de absurdo o arbitrariedad que no ha sido traído en el caso (doctr. art. 494, CPP).

Por otro lado, esta Corte tiene dicho que la idea de "encargado de la guarda" de la víctima se refiere a quienes, aún 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 los obliga a un especial deber de protección (D'Alessio, Andrés José [dir.], *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*, La Ley, 2da. Edición, Tomo 2 "Parte Especial", pág. 257; conf. causas P. 116.653, sent. de 14-VIII-2013; P. 126.731, sent. de 8-III-2017; P. 132.368, sent. de 13-VIII-2020 y P. 133.356, sent. de 20-X-2021).

Finalmente, en cuanto la defensa postula la transgresión a la doble valoración por considerar que fueron los mismos fundamentos los que sustentaron a la agravante en cuestión y a la ponderada en razón de la convivencia preexistente, cabe poner de relieve que tal embate no fue llevado a conocimiento del Tribunal de Casación (v. fs. 34/42 vta.).

En consecuencia, resulta ahora novedosa su incorporación, extremo que sella su suerte adversa (art. 451, CPP).

Voto por la **negativa**.

La señora Jueza doctora **Kogan** y los señores Jueces doctores **Soria** y **Genoud**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Torres, votaron también por la **negativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General, se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la defensa oficial



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

a favor de J. C. A., con costas (arts. 451, 495, 496 y
concs., CPP).

Regístrese, notifíquese y devuélvase (conf.
resol. Presidencia 10/20, art. 1 acápite 3 "c"; resol.
SCBA 921/21).

Suscripto por el Actuario interviniente, en la ciudad de
La Plata, en la fecha indicada en la constancia de la
firma digital (Ac. SCBA 3971/20).

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 14/07/2022 14:03:15 - SORIA Daniel Fernando - JUEZ

Funcionario Firmante: 14/07/2022 15:13:39 - KOGAN Hilda - JUEZA

Funcionario Firmante: 14/07/2022 20:15:30 - TORRES Sergio Gabriel -
JUEZ

Funcionario Firmante: 15/07/2022 09:14:17 - GENOUD Luis Esteban - JUEZ

Funcionario Firmante: 15/07/2022 09:15:46 - MARTÍNEZ ASTORINO
Roberto Daniel - SECRETARIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
245800288003919562

SECRETARIA PENAL - SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS

Registrado en REGISTRO DE SENTENCIAS DE SUPREMA CORTE el
15/07/2022 11:08:22 hs. bajo el número RS-81-2022 por SP-VARVERI
LUCIANO JOSE.