



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

33.084

En la ciudad de La Plata a los 19 días del mes de abril dos mil doce, reunidos en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires doctores Jorge Hugo Celesia y Carlos Alberto Mahiques (arts. 2, 440 y ccdtes. del C.P.P. y 6, 16 y ccdtes. de la ley 11.982) para resolver el recurso de casación interpuesto en la causa N° **33.084** a favor de **J. S. V.**; practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: **CELESIA - MAHIQUES.**

ANTECEDENTES

El Tribunal en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial Zárate Campana resolvió en la causa n° 1198/64, con fecha 6 de febrero de 2008, por trámite de juicio abreviado, condenar a J. S. V. a la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por haber sido cometido por el encargado de la guarda de la víctima y aprovechando la situación de convivencia con la misma.

Contra dicho resolutorio interpuso recurso de casación el defensor del imputado, Jorge Alejandro Olivera, a fs. 12/27.

Efectuadas las vistas correspondientes, y hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

Primera: ¿Es admisible el recurso de casación interpuesto?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la **primera cuestión**, el señor Juez doctor Celesia dijo:

Se encuentran reunidos los requisitos exigidos para la admisión del recurso deducido, tanto en los aspectos relativos al tiempo y la forma de su interposición, como al derecho a impugnar de quien recurre, fundado en el carácter definitivo de la resolución impugnada, siendo que por ella se resuelve condenar al imputado.

Pero además, considero que en el caso el impugnante posee interés en recurrir, pues si bien se impugna una sentencia dictada en el marco de un juicio abreviado en el que las partes prestaron su conformidad con la calificación legal y el monto de la pena, se denuncia que los jueces incurrieron en una errónea aplicación del derecho (arts. 106 del C.P. y arts. 1, 3, 106, 210, 371, 373 y 399 del C.P.P.).

El interés de la parte deriva del perjuicio que la resolución le causa, esto es del concreto agravio que le produce, sentido en el cual la determinación de la existencia o inexistencia de interés debe hacerse mirando la decisión judicial que se considera y no los actos o manifestaciones anteriores que se hayan pronunciado porque ninguna conformidad anterior del inculpado puede modificar la significación el acto sentencial posterior.

Voto, entonces, por la afirmativa.

Arts. 401, 421, 448 inc. 1º, 450, 451, 454 inc. 1º, 464 inc. 2º, 465 inc. 2º del C.P.P.

A la **misma cuestión** planteada, el señor Juez doctor **Mahiques** dijo:

Adhiero al voto del señor juez Dr. Celesia, en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la **segunda cuestión**, el señor Juez doctor Celesia dijo:

I. El recurrente considera que no se encuentran probadas las agravantes que el a quo aplicó al momento de calificar el delito.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

Entiende que el delito que se imputa a su asistido es el de abusar sexualmente de una persona menor de 13 años previsto en el primer párrafo del art. 119 del C.P.

Dice que al arribar al tercer párrafo, la ley enuncia un nuevo tipo penal que adiciona el acceso carnal al abuso sexual, aumentando la pena.

Señala que luego el legislador realiza una enumeración taxativa de situaciones en las que pretende una pena mayor pero sin adicionar ningún elemento a fin de la configuración del delito en cuestión.

Entiende que se trata de agravantes que el legislador adicionó por el autor del hecho ilícito.

Menciona que al tratar la sexta cuestión, el a quo inicia su voto diciendo “Considero que no deben computarse agravantes en perjuicio de J. S. V...”.

Argumenta que de las constancias de autos surge claramente que el imputado no era el encargado de la guarda de la víctima, sino que eran su padre y su madre, conviviendo la menor con el padre.

Añade que la dirección catastral en la que vivían tanto el padre de C. A. como el imputado era la misma, sin embargo afirma que si bien se trata de un mismo terreno los lugares de alojamiento son bien distintos debiendo salir al exterior para acceder al otro.

En consecuencia, considera que al no ser cierto que J. S. V. era el encargado de la guarda de la menor, debe ajustarse la calificación legal restándole los agravantes y reducir la pena al mínimo previsto en el art. 119 párrafo tercero del C.P.

Concluye que el plexo probatorio no permite sustentar la aplicación de agravantes por las circunstancias personales de su asistido, y que en el caso de duda debe seguirse el principio de “favor in re”.

II. A su turno la Sra. Fiscal Adjunta ante este Tribunal, Alejandra M. Moretti, solicita que se rechace por insuficiente el recurso atento la falta de documentación relativa al acta de acuerdo abreviado alcanzado por las partes para cotejar el mismo con la resolución puesta en crisis y evaluar así la absurdidad o arbitrariedad de la misma.

III. No puedo acompañar al defensor en sus planteos.

El letrado pretende que se deje sin efecto las agravantes aplicadas al caso por entender que no se acreditó que el imputado fuera el encargado de la guarda de la menor víctima. No comparto sus cuestionamientos.

Me referiré en primer término al significado de la expresión utilizada en la ley para luego analizar si la situación del encausado resultaba comprendida por la misma.

Tengo dicho recientemente en la causa nº 45.845 caratulada “Walter Mario Heredia s/ recurso de casación” que tradicionalmente la guarda ha sido considerada en el derecho de familia como una institución con un fuerte contenido protector respecto de los menores, asociada a la patria potestad y a la tenencia con la que incluso ha sido identificada muchas veces.

Pero esa no es la única acepción que se le asigna en esa rama del derecho, pues también con la misma palabra se designa a distintas situaciones de hecho, a un requisito que se debe cumplir en el trámite de la adopción y a una medida que puede disponerse judicialmente respecto de algunos menores o incapaces.

Los diversos supuestos abarcados por el mismo nombre y las imprecisiones existentes al respecto evidencian que se trata de una palabra ambigua y vaga, tanto en el lenguaje corriente como en el jurídico. Dichas características obligan al intérprete a precisar su significado recurriendo a las normas y a la tradición jurídica.

Como punto de partida puede afirmarse que el ordenamiento jurídico no contiene una definición o un concepto de guarda, es decir que el término no constituye un elemento normativo.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

A pesar de esa ausencia, diversas disposiciones legales aluden a ella y regulan algunos de sus aspectos, lo que permite un acercamiento a su conceptualización y posibilita la distinción de sus diversos tipos.

La doctrina ubica una primera acepción del término como uno de los deberes-derechos que integran la patria potestad y consiste en la convivencia de los padres con sus hijos posibilitando las restantes funciones paternas de educación, asistencia, vigilancia, corrección y representación. Si bien no está definida expresamente, los autores consideran que se trata de una guarda legal cuyo contenido surge de diversos artículos del Código Civil (arts. 265, 274, 275, 276, 277, 278 y 307 entre otros).

Por otro lado aparece la guarda judicial, es decir aquella otorgada por un juez a un particular o a una institución cuando se rompe la armonía entre los padres o cuando el niño se encuentra en una situación de abandono o peligro. Este último supuesto aparece previsto en el art. 1 de la ley 22.278 y tiene su correlato en la ley 13.634 de la provincia de Buenos Aires. La guarda judicial fue entendida históricamente como aquella que otorgaba un magistrado como titular del Patronato de Menores frente a un estado de abandono o de peligro moral o material y con la finalidad de tutelarlos. Actualmente los magistrados conservan esa facultad pero dentro del nuevo sistema que surgió con el cambio de paradigma en el modelo de los derechos del niño operado a partir de la suscripción de nuestro país de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que se vio reflejada en la sanción de la ley 26.061 a nivel nacional y de la ley 13.634 en la provincia de Buenos Aires, donde los niños pasaron a ser sujetos de derechos y en el cual el Estado debe velar por su protección integral teniendo como consideración primordial su interés superior.

El código civil regula también la denominada guarda pre-adoptiva en los arts. 315 y siguientes. Allí se establece que los adoptantes deben tener al menor bajo guarda durante un cierto plazo para que proceda la adopción.

Por último también aparece mencionada, tanto en la ley como en la doctrina, la guarda de hecho que tiene lugar cuando una persona, sin atribución de la ley o de un juez, toma a un menor a su cuidado. Los guardadores de hecho tienen su reconocimiento legal en la mencionada ley 13.634 en su artículo 4.

Todas estas regulaciones y consideraciones permiten conceptualizar a la guarda como una situación vinculada con el cuidado, la protección, la formación y la representación en forma regular del niño, correspondiendo en forma originaria a los titulares de la patria potestad pero que puede ejercerla otra persona, ya sea porque lo dispone la ley, un juez o una circunstancia de hecho.

Establecido el aspecto civil de la institución con sus diversas manifestaciones (legal, judicial o de hecho), y antes de ingresar al análisis de la expresión contenida en el tipo aplicado al caso, considero interesante rastrear la aparición de la guarda en el Código Penal, pues son varios los artículos que a ella se refieren, tal como lo puntualiza José Ignacio Cafferata en "La Guarda de Menores" (editorial Astrea Buenos Aires 1978).

Los derogados artículos 36, 37 y 39 del C.P. mencionaban al guardador, de la misma forma que en la actualidad lo hace la ley 22.278 que regula el régimen penal de la minoridad.

En el código vigente la figura del guardador aparece en los artículos 72 y 76. En el primero se lo menciona como uno de los encargados de efectuar la denuncia cuando un delito dependiente de instancia privada es cometido en contra de un menor, previéndose también en esa norma la procedencia de oficio cuando el delito es cometido contra un menor que no tiene padre, tutor o guardador o cuando el delito fuere cometido por uno de ellos. La segunda disposición lo menciona como el encargado de ejercer la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

denuncia o querrela cuando un delito de acción privada es cometido en contra de un menor.

Ya dentro de las figuras delictivas, el guardador es mencionado como uno de los posibles damnificados en algunas de ellas, como en las previstas en los arts. 146, 147 o 148. Aparece además junto a los padres, tutores y curadores como uno de los sujetos activos en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (art. 2 inc. b) de la ley 13.944).

Finalmente y arribando al punto en el cual me detendré, en los distintos tipos de abuso sexual previstos por el código, constituye una circunstancia agravante que los mismos sean cometidos por el “encargado de la guarda”.

Así lo dispone el inciso b) del cuarto párrafo del art. 119 del Código Penal que agrava la pena correspondiente a los distintos supuestos de abuso sexual cuando *“el hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda”*.

Las circunstancias mencionadas en ese inciso califican los tipos básicos por la relación del autor con la víctima, sea ésta parental, religiosa, educativa o de cuidado.

Si bien algunos de los sujetos mencionados en la agravante fueron incorporados recién con la reforma introducida por la ley 25.087, la expresión “encargado de la guarda” del actual artículo 119 inciso b) fue tomada del anterior artículo 122 del C.P. que agravaba el delito de violación y que por remisión del art. 123 también se aplicaba al estupro. Asimismo dicha circunstancia agravaba los tipos de corrupción (art. 125), abuso deshonesto (art. 127) y prostitución (127 bis).

En relación con la expresión que nos atañe, es interesante señalar, como hace Cafferata en la obra citada, que la ley no se refiere al sujeto activo del delito como el “guardador”, palabra utilizada en el resto de las normas penales citadas, sino que lo hace a través de la expresión “encargado de la guarda”.

Esta diferencia textual plantea el interrogante acerca de si ambas expresiones constituyen sinónimos o si aluden a sujetos diversos. El autor citado considera que la norma, al referirse al “encargado de la guarda”, resulta más amplia que aquellas que mencionan al “guardador”, porque además de incluir a éste, abarca a cualquier persona que tuviese de hecho al menor bajo su cuidado.

Considero correcta la interpretación antes aludida y entiendo que existen dos argumentos que la refuerzan.

Por un lado está el significado que el Diccionario de la Real Academia Española asigna a la voz “encargado”. Ese término es definido allí como la persona que ha recibido un encargo, es decir, alguien a quien le han encomendado algo o le han puesto algo a su cuidado. Tal definición reafirma que “encargado de la guarda” es no sólo aquel que ejerce su titularidad (o guardador) sino que además comprende a aquellos sujetos a quienes se les encomienda el cuidado del niño.

El otro argumento se vincula con los fundamentos de la agravante. La razón por la cual ésta circunstancia debe actuar como calificante reside en 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 como por el respeto que debe guardarle. También la persona que cuida del niño debe cumplir con ciertos deberes vinculados con su seguridad, formación y asistencia y el que comete el delito de abuso en esas circunstancias viola esos deberes. En consecuencia, las razones que fundamentan la agravante me llevan a concluir que quedan comprendidos en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

ella los sujetos que por distintas razones tengan a su cargo el cuidado de un menor.

De manera que, tanto por la literalidad de la expresión como por las razones que fundamentan la agravante, considero acertada la interpretación sostenida en el fallo.

De esa manera lo ha entendido la doctrina nacional y la jurisprudencia del máximo tribunal provincial.

Núñez por ejemplo considera que en la agravante quedan comprendidas no sólo las personas que poseen la calidad jurídica de guardador, sino también aquellas que deban cuidar del menor por convención, oficio o por una situación de hecho, aclarando que quien recibe un encargo momentáneo de vigilancia no ingresa en esa categoría. (Ricardo Núñez, Derecho Penal Argentino, Tomo IV, págs, 274 y ss). En el mismo sentido se expidieron otros autores nacionales como Creus, Soler y Buompadre.

Del mismo modo lo entendió hace ya tiempo la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires al sostener que la expresión encargado de la guarda de la víctima no comprende solamente a su tutor o tenedor legal, sino también a todo aquél que, por motivos sociales o de hecho, esté obligado a tutelarla (La ley Tomo 45, pág. 299).

También ha dicho reiteradamente el máximo tribunal provincial que la ley, cuando califica los delitos de abuso sexual, no distingue entre guarda transitoria o permanente (P. 33.149, P 35025, P. 52689 y P 66330 entre otros).

Puede concluirse entonces que la expresión legal resulta mas amplia que la figura del guardador, pues al hacer referencia al “encargado de la guarda” la ley alude a toda persona que tenga a un menor a su cuidado, no

importando si esa situación está dispuesta por la ley, por un juez o resulta de una situación de hecho, ni si la misma es transitoria o permanente.

En función de lo expuesto, considero que el cuestionamiento de la defensa referido a que en el caso no se hallaría demostrada la calidad de encargado de la guarda de la menor y la convivencia preexistente no pueden prosperar.

Se desprende de la descripción de la materialidad ilícita que la joven C. S. A. convivía junto a su madre y al imputado V. en el domicilio de la calle B. n° ... de la localidad de Campana, siendo que en el transcurso del año 2001 el mencionado accedió carnalmente a la niña en reiteradas oportunidades hasta el mes de octubre de ese año en que quedó embarazada.

La menor A. manifestó que su padrastro generalmente mantenía relaciones sexuales con ella en horas de la mañana cuando éste se despertaba, mientras sus hermanos dormían y su madre no se encontraba en el hogar por razones laborales.

El relato de la joven resultó confirmado por la declaración de G. F. B., hermano de la víctima, quien una mañana al ingresar a la habitación observó que su hermana y el marido de su madre se hallaban juntos en la cama y muy tapados. Agregó que esa situación se la comentó a su madre, pero ésta le restó importancia.

Asimismo, de la denuncia cuya copia se acompaña al presente legajo surge que la madre de la niña manifestó que durante quince años mantuvo una relación de concubinato con el Sr. C. M. A. con quien convivía en la provincia de Santa Fe, pero que desde hacía cinco años estaba legalmente casada con J. S. V., y que todos sus hijos, menos S. N., vivían con la declarante. En esa oportunidad, la Sra. D. B. de V. al comentar cómo había tomado conocimiento del estado en que se encontraba su hija, afirmó que al regresar a su casa de la provincia de Santa Fe, donde había viajado, advirtió



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

que C. estaba muy panzona y al sugerirle que la llevaría al médico, su esposo J. le dijo que C. iba a entrar en los cuatro meses de embarazo.

Contrariamente a lo que afirma el recurrente, las constancias de autos, en especial los testimonios de la propia niña, de su hermano y de la Sra. B., permiten tener por cierto no sólo que el acusado estaba al cuidado de la niña sino que además ejercía esa función con regularidad en los momentos en que la progenitora no se encontraba en el domicilio por cuestiones laborales o por otros motivos, situación que no resulta modificada por el hecho de que la joven pudiera además en algún momento permanecer al cuidado de su progenitor.

En consecuencia, estimo debidamente acreditado que V. cuando cometió los abusos sexuales con acceso carnal era el encargado de la guarda de la niña y convivía con ella, apareciendo por ello debidamente aplicadas al caso la norma contenida en los incisos b) y f) del cuarto párrafo del art. 119 del C.P.

Por otra parte, no merece objeciones el tratamiento que el sentenciante efectuó respecto de las agravantes aplicadas en tanto fueron debidamente descriptas en la materialidad ilícita y habiéndose acreditado la situación de convivencia preexistente y que V. era el encargado de la guarda de la menor, el a quo las aplicó al momento de calificar el evento juzgado.

En consecuencia, propongo rechazar el recurso interpuesto, con costas.

Arts. 1, 210, 373, 448, 530 y ccodes. del C.P.P.

Así lo voto.

A la **misma cuestión planteada**, el señor juez doctor **Mahiques** dijo:

Adhiero al voto del Sr. Juez Dr. Celesia en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

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, la Sala II del Tribunal

R E S U E L V E:

I. DECLARAR FORMALMENTE ADMISIBLE el recurso de casación interpuesto.

Arts. 401, 421, 448 inc. 1º, 450, 451, 454 inc. 1º, 464 inc. 2º, 465 inc. 2º del C.P.P.

II. RECHAZAR EL RECURSO DEDUCIDO, por los fundamentos expuestos, **CON COSTAS**.

Arts. 1, 210, 373, 448, 530 y ccdtes. del C.P.P.

III. Regístrese, notifíquese a la Defensa y al Ministerio Público Fiscal y devuélvase para el cumplimiento de las notificaciones pendientes.

FDO.: CARLOS ALBERTO MAHIQUES – JORGE HUGO CELESIA

Ante mi: Gonzalo Santillán Iturres