

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

REGISTRO NRO. 2961/14.4

//la ciudad de Buenos Aires, a los 17 (DISCISIETE) días del mes de DICIEMBRE del año dos mil catorce, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente y los doctores Juan Carlos Gemignani y Eduardo Rafael Riggi como Vocales, asistidos por el Secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 560/590 de la presente causa Nro. 1145/2013 del registro de esta Sala, caratulada: "RIBLES RIBLE, Marcos Carmelo s/recurso de casación"; de la que **RESULTA:**

I.- Que el Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 22 de la Capital Federal, en la causa Nro. 4002 de su Registro, por sentencia de fecha 12 de junio de 2013 -cuyos fundamentos fueron dictados y dados a conocer el día 19 de junio del mismo año, resolvió "CONDENAR A MARCOS CARMELO RIBLES RIBLE [...] por ser autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, reiterado por lo menos en dos oportunidades, en concurso real con abuso sexual con acceso carnal, todos ellos agravados por haber sido cometidos contra una menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente, a la pena de NUEVE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, accesorias legales y costas (artículos 12, 29, inciso 3º, 45, 55 y 119, párrafos segundo, tercero y cuarto, en función del inciso f, del Código Penal y 403 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación)" -fs. 490/490 vta. y 504/554-.

II.- Que, contra esa decisión, interpuso recurso de casación el Dr. Lucas Tassara, defensor oficial de Rible Ribles a fs. 560/590, que fue concedido a fs. 593/594 y mantenido a fs. 632.

III.- Que la defensa encauzó su protesta en orden a ambos incisos del art. 456 del C.P.P.N.

En primer lugar, señaló que la sentencia resultaba nula puesto que el tribunal no respetó las reglas de la sana crítica al valorar la prueba producida en el juicio, ni tiene la entidad suficiente como para sostener la existencia de los hechos que se atribuyen a su defendido.

Sostuvo que el único elemento que existe en contra de su defendido es el testimonio de la niña D., que resultan contradictorios e incoherentes y no encuentran apoyo en ningún otro elemento de prueba.

Precisó que en la primer Cámara Gesell realizada, la niña no pudo precisar el momento en que ocurrieron los abusos, tuvo confusiones cuando quiso relacionar los hechos con acontecimientos de su vida, y confundió la duración de la relación entre su madre y Ribles Rible.

Que la niña varió los relatos, y no pudo precisar cuestiones sumamente relevantes, como a quién le había contado los supuestos abusos. Esta falta de coherencia y estructuración en sus dichos afecta su credibilidad.

Cuestionó que en la sentencia se ponderara como creíble la declaración de la niña en la audiencia de debate —prestada en recinto aparte—, señalándose que en esta ocasión pudo precisar el tiempo y modo en que habían sucedido los abusos, cuando en realidad no había existido ningún cambio sustancial en el entorno de la niña que le permitiera decir todo lo que no pudo exteriorizar la primera vez.

Además, remarcó que entre ambas audiencias de Cámara Gesell existieron variaciones sustanciales, tales como quién es su padre biológico, por qué Ribles Rible no había logrado violarla, o quiénes estaban presentes cuando se daban los abusos, cómo denominaba a sus partes íntimas, cantidad de veces que esto sucedió y si antes le había pasado con otras personas.

Consideró que, más allá que no resulta relevante el consentimiento por la edad de la niña, sí se afectaba su credibilidad ya que primero había afirmado que su defendido la había obligado a realizar las conductas sexuales, y luego sostuvo que ella le quería cobrar porque a sus primas él les pagaba por "un completo" y a ella no.

Indicó que la víctima incurrió en confusiones sustanciales, como en cuál era su propio nombre, además que

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

relató situaciones que no resultaban coherentes -como que el imputado la ató a una silla para que viera como tenía relaciones sexuales con su madre, que junto a otra prima menor de edad las había llevado a un hotel de alojamiento, sin describir las características propias del lugar, ni cómo ingresaron siendo ellas menores-.

Señaló que la madre de la niña desmintió a su hija en varias de sus afirmaciones, a saber, afirmó que ésta sólo le había contado de los hechos abusivos en dos ocasiones, cuando la menor sostuvo que se lo había hecho saber en más oportunidades. También, la niña afirmó que el imputado la hacía disfrazarse, ponerse un "vestidito", mientras que la madre indicó que en la vivienda no había ese tipo de ropa.

Que también había afirmado que vivía junto con el imputado en una misma habitación que sus cinco hijos, y que tenían relaciones sexuales en ese lugar estando los niños presentes.

Resaltó que el entorno de la niña también era de importancia, pues su madre y primas eran prostitutas y se crió entre ellas y travestis en Constitución y que había padecido abusos sexuales por parte de otras parejas de su madre.

Cuestionó que se tuviera en cuenta el perfil psicológico de su asistido, en función del principio de culpabilidad consagrado en la Constitución Nacional.

Entendió que resultaba imposible diferir si el vocabulario o gestos de la niña referidos a situaciones sexuales (paja, bucal, agarrase la cabeza y empujarla hacia abajo) eran vivenciales por la situación denunciada o bien porque había vivido situaciones de gran impacto emocional con connotación sexual pero sin configurar abusos.

Señaló que de los veinte indicadores de abusos infantiles tenidos en cuenta por la doctrina especializada, no pudieron ser corroborados en este caso más que dos de ellos (comportamientos sobreadaptados y comprensión detallada e inapropiada para la edad de los comportamientos sexuales).

Y la existencia de estos indicadores resulta de suma

relevancia porque, según la opinión de Cárdenas, contrapone a la versión canónica, cuya consecuencia es validar la denuncia del niño en todos los casos, cuando naturalmente los niños mienten y fantasean y muchas veces son influidos por los mayores de quienes dependen.

Así, consideró que los indicadores aislados que se advierten en D. no sólo resultan insuficientes para demostrar la existencia del abuso, sino que además pueden explicarse a raíz de la historia de vida de la menor, quien creció en un ambiente donde su madre y primas ejercían la prostitución y había sufrido casos de abuso previo.

En consecuencia, consideró nula la sentencia por violación a las reglas de la sana crítica y principio de inocencia y solicitó la absolución de Ribles Rible.

En otro orden, señaló la errónea aplicación de la ley sustantiva, señalando que la "fellatio in ore" no resultaba constitutiva del delito de abuso sexual agravado por acceso carnal, sino más bien, se trataba de un abuso sexual gravemente ultrajante.

Sobre el tópico, explicó que si bien la introducción del pene en el órgano bucal tiene un claro contenido sexual, no tiene el significado de un coito.

Por último, tachó de arbitraria la fundamentación del monto de la pena, pues se consideró como agravantes que obligó a la víctima a tragar el semen, la reiteración de los hechos y el estado de vulneración de la víctima y el contexto de violencia en que se daba en todas las situaciones.

Respecto de la vulnerabilidad en que se encontraba la víctima, indicó que cuando el autor se encuentra en el mismo estado de vulnerabilidad porque pertenecen al mismo contexto, no puede decirse que el autor se aprovechó de esa situación para cometer el hecho.

Además, el contexto de violencia en que se daban todas las situaciones es un elemento que se encuentra incluido en el

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

tipo penal. Pero, si con esa afirmación se refieren a aquellos factores que llevaron a calificar la situación de la niña como vulnerable, ello no resulta atribuible a su asistido pues se dieron antes y después de la presencia de su asistido en la vida de la niña.

Hizo reserva de caso federal.

IV.- a) En la ocasión prevista en los arts. 465, primer párrafo y 466 del CPPN, se presentó el Fiscal General ante esta instancia, Dr. Ricardo Gustavo Wechsler, quien solicitó fundadamente se rechacen los agravios defensistas relativos a la tacha de arbitrariedad por falta de fundamentación de la sentencia, al cambio de calificación legal, y la fundamentación de la pena (fs. 634/638).

b) En la misma oportunidad procesal se presentó la Defensora Pública *ad hoc*, Dra. Elisa Herrera, quien se remitió a los fundamentos expuestos por su colega de la instancia anterior.

A su vez, planteó la inconstitucionalidad del art. 12 del CP, agregando que además de no haber sido expresamente solicitado por el acusador público —extremo que, a su criterio, impediría su aplicación por parte del tribunal—, resultaba contrario a la Carta Magna, ya que chocaba con los principios de culpabilidad y dignidad de las personas (fs. 639/643 vta.).

V.- Que, superada la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo y 468 del C.P.P.N., quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas (fs. 654). Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Juan Carlos Gemignani, Eduardo Rafael Riggi y Gustavo M. Hornos.

El señor juez Juan Carlos Gemignani dijo:

I.- En primer lugar, en cuanto al planteo de inconstitucionalidad del art. 12 del C.P. introducido por la defensa en el término de oficina, he de aclarar que, a mi criterio, el Tribunal debe limitarse al estudio de los motivos propuestos *ab initio* al interponerse el recurso de que se trate, salvo, claro está, que el asunto propuesto una vez

expirada esa oportunidad procesal, sea susceptible de acarrear cuestión federal dirimente o se cuestione la validez de algún acto del proceso factible de fulminárselo con nulidad absoluta; circunstancias que se observan en planteo de inconstitucionalidad del art. 12 del CP introducido por la defensa oficial en el estadio procesal previsto por el art. 465 del código instrumental.

Es que la inserción de los verbos desarrollar y ampliar contenidos en el art. 466 ídem -norma que autoriza la presentación de mención reciente- es cabal muestra que lo que persiguió el legislador con su dictado, no era otra cosa que dar a la parte recurrente una oportunidad para que se extienda o profundice los motivos que fueron introducidos en la oportunidad del art. 463 del C.P.P.N., es decir, que pueda completarlos o perfeccionarlos, mas no incorporar o adicionar otros no volcados en el recurso de que se trate.

Esa es la inteligencia que prestigiosa doctrina ha asignado a la norma bajo análisis, al expresar que: Similar inteligencia le otorga a la norma examinada, la palabra autorizada de Francisco J. D'Albora al aducir que: "[...] ni en la oportunidad [prevista por el art. 466 del C.P.P.N.] ni durante la audiencia establecida por el art. 468 las partes se encuentran facultadas para introducir nuevos motivos de casación; éstos quedan fijados a través del escrito de interposición y sólo pueden ser ampliados o desarrollados luego [...]. Salvo que se trate de nulidades insubsanables, pues pueden ser declaradas de oficio en cualquier estado y grado del proceso" (confr. "Código Procesal Penal de la Nación", Editorial Abeledo-Perrot, Bs. As., 2002, pág. 1026).

Así las cosas, corresponde que me expida en relación al planteo de inconstitucionalidad del art. 12 del CP.

He tenido ocasión de abordar el tópico en ocasión de emitir mi voto en la causa 1198/2013 "González, Mario Alfredo s/ recurso de casación", reg. 1862/14, rta. 15/9/14, en donde

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

consigné que dicha norma, establece que "La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por acto entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces". - el destacado me pertenece y constituye la parte del artículo que considero inconstitucional.

Con este objetivo, habré de efectuar las siguientes consideraciones, a saber:

a) Que el origen de esta norma se encuentra en el art. 101 del código Tejedor que estipulaba que la pena de presidio conllevaba la inhabilitación absoluta para cargos públicos por el tiempo de la condena y por la mitad más. En el código de 1886 se conservó la sanción en el inc 1° del art. 63 intercalando la frase "y para el ejercicio de los derechos políticos, activos y pasivos". Las fuentes de dicha normativa se remontan a la muerte civil que estaba prevista en el libro 2°, título 18 de la Partida Cuarta, el art. 18 del código francés (texto según reforma del año 1832), el art. 16 del código napolitano, el art. 53 del código español del año 1822 y el art. 7 del código de Baviera. Finalmente, cabe destacar que Tejedor siguió sobre este punto al código español del año 1850, cuyo art. 52 había atenuado la muerte civil. (cfr. acerca de la evolución histórica de este instituto, Zaffaroni, Raúl Eugenio, et.al., "Derecho Penal-Parte General" y sus citas, 2 da edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 981)-el destacado en negrita me pertenece-.

b) Que nuestra Corte Federal tiene dicho que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas tienen -en principio- presunción de validez, ya que la declaración de inconstitucionalidad de una norma por parte de los tribunales de justicia constituye un acto de suma gravedad que ha sido

considerado desde antaño como "última ratio" del orden jurídico, debiendo ejercerse dicha facultad con carácter restrictivo y sólo cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta, incompatible e inconciliable con ésta (Fallos: 306:325, entre muchos otros).

En este mismo orden de ideas, nuestro más Alto Tribunal ha decidido que las leyes deben interpretarse y aplicarse procurando la armonización entre éstas y teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan de tal manera que no entren en pugna unas con otras y no se destruyan entre sí, por lo que debe adoptarse el sentido que las concilie y deje a todas con valor y efectos (Fallos: 307:519, entre muchos otros).

c) Sentadas dichas pautas interpretativas y luego de un examen integral de la normativa en juego, entiendo que debe declararse la inconstitucionalidad del art. 12, segunda y tercera disposición, del Código Penal por ser incompatible no sólo con nuestra Carta Fundamental, sino también con los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos que conforman el denominado bloque de constitucionalidad federal (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Es así que, debo adelantar que desde mi personal perspectiva la norma en cuestión implica que bajo una mirada eminentemente paternalista el legislador impuso solapadamente una verdadera sanción de naturaleza retributiva y no una mera consecuencia del encierro, la cual no se compadece con los postulados del Estado social y democrático de derecho que emerge de nuestra Ley Suprema.

Ello así, toda vez que el rol del Estado dentro de nuestra arquitectura constitucional debe ser de carácter fraterno y no paternalista -como el de la norma en examen-, debiendo ser especialmente cuidadoso de no inmiscuirse dentro del ámbito de autonomía personal de cada individuo que se encuentra protegido constitucionalmente (art. 19 de la

*Cámara Federal de Casación Penal*



HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

Constitución Nacional).

Asimismo, no puede soslayarse el impacto que sobre nuestro derecho interno han tenido los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos a que hace referencia el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, lo cual ha traído como consecuencia no sólo la expresa previsión de algunos derechos y garantías que antes en forma general y algo confusa se los encasillaba como "derecho implícitos" en el art. 33 de nuestra Carta Magna, sino también una verdadera ampliación del catálogo de derechos y garantías mínimas que rigen en materia penal (cfr. a modo de ejemplo, el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Es decir, que advierto que la existencia de estos nuevos paradigmas en materia de derechos humanos necesariamente repercuten en nuestro derecho penal doméstico y me llevan a realizar un análisis del art. 12 del código de fondo que resulte ajustado a los mismos.

d) A esta altura de mi voto, debo adelantar que desde mi óptica personal el art. 12, segunda y tercera disposición, del Código Penal, debe ser declarado inconstitucional por no ser respetuoso de nuestra Constitución Nacional, ni de los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos constitucionalizados (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

En primer lugar, habré de referirme a la **privación del ejercicio de la patria potestad** que según la norma debe imponerse a los condenados que se encuentren privados de su libertad por más de tres años, como consecuencia de la imposición de la inhabilitación absoluta prevista en el art. 12 del código sustantivo.

Sobre este particular, observo que esta parte de la norma conlleva a un innecesario agravamiento de la pena impuesta por resultar indigna, inhumana y degradante. Además, produce efectos claramente estigmatizantes y contrarios a la resocialización del condenado, dándose de bruces con la

voluntad del constituyente de garantizar una protección integral de la familia como pilar básico de nuestra sociedad política (art. 14 bis, última parte, de la Constitución Nacional). Es que, impedir a una persona privada de su libertad por más de tres años de su derecho de decidir acerca de la crianza de sus hijos, resulta contrario al tratamiento humanitario y al respeto a la dignidad humana que deben observarse durante la ejecución de la pena (arts. 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 10.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Políticos y Civiles).

La norma en examen, tampoco resulta compatible con el deber que incumbe a los padres respecto de sus hijos menores y es por ello que, el Estado debe proporcionar los medios para que los progenitores puedan cumplir con dicha responsabilidad legal a fin de otorgar a los menores un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (arts. 12 y 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 11.2 y 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 17.1 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y arts. 27.1, 27.2 y 27.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Asimismo, el art. 12 del código sustantivo debe ser analizado a la luz del objetivo previsto en el art. 3.1 "in fine" de la Convención de los Derechos del Niño que postula que en las decisiones en materia minoril debe atenderse siempre al "interés superior del niño" (cfr. sobre este último punto, Báez, Julio C., "El artículo 12 del Código Penal y la Constitución Nacional", Revista de Derecho Penal y Criminología, año IV, número 5, junio 2014, pág.109 y sigtes).

Sobre este tópico, no puede pasarse por alto que la pena posee carácter personal y privar a un condenado del ejercicio de la patria potestad implica hacer trascender los efectos de la punición de los padres a los hijos al encontrarse impedido alguno de sus progenitores o ambos de poder elegir

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

como debe ser su crianza de acuerdo al proyecto de vida elegido por ellos (cfr. art. 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Así las cosas, la mera circunstancia de que una persona condenada se encuentre privada de su libertad no le impide como padre ejercer los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, no sólo sobre la persona de sus hijos, sino también sobre sus bienes, ello en orden a su protección en general y a su educación, todo ello mientras éstos continúen siendo menores y no se hayan emancipado (art. 265 del Código Civil).

Sin perjuicio de todo lo reseñado, a mi entender el único caso en que la norma cobra virtualidad es cuando los hijos menores de edad hayan sido sujetos pasivos de una acción delictiva por alguno de los padres (cfr. Zaffaroni, Raúl Eugenio, ob. cit. supra, pág. 986).

En segundo término, en orden a la privación mientras dure la pena de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por acto entre vivos, también adelanto que ello resulta contrario a nuestra Ley Fundamental. Y así lo es, en virtud de que dicha interdicción implica lisa y llanamente la eliminación de la voluntad del sujeto penado, quedando prácticamente equiparado a los efectos legales con la categoría jurídica de los sordomudos o de los dementes, siendo ello evidentemente frustratorio de un razonable ejercicio de su derecho de propiedad (art. 17 C.N.).

Además, eventualmente podría darse la incongruencia de que "...el condenado acceda a la libertad condicional y siga inhabilitado al no haber expirado el tiempo de la condena..." (cfr. Báez, Julio C., "Los condenados penales y la administración de sus bienes, en Guersi, Carlos- Weigarten Celia (directores)".El derecho de propiedad. Un tratamiento transversal", Nova Tesis, Buenos Aires, 2008, págs. 115/117).

En conclusión, el art. 12 del código de fondo también atenta contra la dignidad de las personas en cuanto tales y trae como consecuencia al igual que la otra sanción-

inhabilitación mencionada un efecto estigmatizante, mortificante y contrario a la resocialización que vulnera el art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 18 de la Constitución Nacional). Ello así, toda vez que colocar a una persona detenida bajo el régimen de la curatela de la legislación civil, privándolo de la administración de sus bienes y de disponer de ellos por acto entre vivos, resulta una norma de neto carácter ilegítimo y autoritario que violenta el techo ideológico de nuestra Constitución Nacional, el cual posee indubitable naturaleza humanitaria.

El único caso en que cobraría relevancia esta pena accesoria sería el resultante de una real incapacidad del penado para ejercer la administración de sus bienes, con el consiguiente perjuicio que para el patrimonio de éste o el de su grupo familiar ello podría traer aparejado.

En esta misma línea de pensamiento, creo imprescindible puntualizar que teniendo en cuenta el Estado social y democrático de derecho que estructura nuestra Carta Fundamental y los Pactos Internacionales supra mencionados, el art. 12, segunda y tercera disposición, del Código Penal debe ser declarado inconstitucional, ya que de no ser así dejaríamos vigente —más allá de los dos casos de excepción destacados— una norma que se asemeja a una suerte de "muerte civil morigerada", que a su vez produce una mortificación innecesaria al penado y que afecta no sólo sus eventuales actividades comerciales, sino se contrapone con la estabilidad que deben tener los lazos familiares y con la protección del interés superior de los niños.

Por último, no puedo dejar de destacar que más allá de que la defensa estatal al momento de efectuar su planteo de inconstitucionalidad no se ha hecho cargo de concretizar cuál sería el perjuicio que a su pupilo le trae la imposición de la

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

inhabilitación absoluta del art. 12 C.P., no es menos cierto que ello no puede constituir un óbice para declarar su improcedencia formal.

Ello así, en razón de que en el caso de que el condenado tuviese en algún momento de su detención que ejercer alguno de los derechos civiles que la norma expresamente lo inhabilita a realizar, la respuesta jurisdiccional sería necesariamente tardía. Es por ello, que el rechazo por motivos formales del planteo de inconstitucionalidad efectuado nos convertiría no en jueces sino en meros espectadores de una irrazonable interdicción -por lo menos desde mi posición- y no en verdaderos guardianes de los derechos y garantías de los justiciables, siendo ello claramente contrario al objetivo preambular de afianzar la justicia al que deben orientarse todas las decisiones judiciales.

II.- Así, resulta apropiado recordar cómo se fijó el hecho que originó la presente causa.

Los magistrados a cargo del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 22 consideraron acreditado que: "...Marcos Ribles Rible abusó sexualmente de la menor [D. R. B.], en al menos dos oportunidades, con acceso carnal, en el domicilio sito en la calle Santiago del Estero 1833, habitación 15 de esta ciudad, aproximadamente entre los meses de agosto y noviembre del año 2012 cuando D. contaba con doce años de edad.

Es así que aprovechando la situación de convivencia y cuando la madre salía a trabajar, el imputado la tocaba, la besaba, la obligaba a tocarle el pene, a sacarse la ropa y en al menos dos oportunidades le colocó su miembro viril en su boca, teniendo la niña que practicarle sexo oral".

III.- Corresponde ahora analizar si los fundamentos expresados por los sentenciantes para condenar a Ribles Rible lucen suficientemente motivados y ajustados a las reglas de la sana crítica racional (art. 398 del CPPN), y no carentes de fundamentos o incursos en contradicciones (art. 404, inc. 2, CPPN) como lo señala la defensa del nombrado en su pretensión recursiva.

Ya he señalado la plataforma fáctica tenida por cierta por los judicantes, la cual, según se colige tanto de los fundamentos de la sentencia como del acta de debate (fs. 504/554 y 463/488 vta., respectivamente), encuentra particular sustento en los dichos de D. B., quien declaró en el marco de la audiencia de debate mediante el sistema de Cámara Gesell. En esa ocasión, relató que al momento de esa audiencia se encontraba viviendo en el "Hogar Peldaños", y que sabía que el motivo por el cual estaba declarando obedecía a que Marcos, que era su padrastro, la había querido violar. Que él "decía que le dolía la cabeza pero era mentira, y después él la obligaba para que le haga bocales y le toqué ahí abajo y que le de besos en la boca. Y después él la toqueteaba. Un día le dijo a la mamá". Aclaró que "cuando decía que Marcos la quiso violar, era que la quiso penetrar. Él se sacó lo que tenía abajo del bulto y le quería meter en su cola. Esto pasó muchas veces. No estaba ella sola, estaban sus tres primas y ellas se dejaban. Él se sacó de abajo su bulto". Al ser preguntada, hizo un gesto y dijo "así era el pene", que intentó metérselo en la cola, lo que no pudo concretar porque ella gritó y acudieron todos sus vecinos.

También refirió que él le puso un vestidito en su armario para que lo vistiera. Que ella lo llamaba Marcos, pero él la obligaba a decirle papá cuando estaba su mamá presente porque si no les pegaba a sus hermanos. Que solía pegarles a sus hermanos y a ella también "sino se la chupaba, le tenía que chupar el pene". Que "le pegaba a su mamá también, si no se acostaba con él. Esto su mamá se lo contaba, no lo veía. También a veces lo veía porque su papá, Marcos, la ataba en una silla para que ella viera. Esas veces su mamá no podía hacer nada porque él la ataba de los pies y de las manos.

Precisó que le hacía darle besos en la boca, la toqueteaba en los pechos, en la parte de atrás y de adelante, la cola y la pochola. La tocaba con las manos por debajo de su ropa. Que esto pasaba en el cubil donde vivían, "a su prima la

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

llevó [a un hotel] porque a ella le gustaba [tenía 11 años cuando esto pasaba]". Cuando iban a comprar las llevaba a un hotel, él la amenazaba para que no le dijera y ella le contaba todo a su mamá. Le decía que si contaba iba a matar a su mamá y a sus hermanos. Ella se lo contó a su mamá y se fueron de ese lugar, le dijo lo que el imputado le hacía, "la toqueteaba, le daba besos en la boca, le bajaba los pantalones; ella se los bajaba y la empezaba a toquetear con su pene; lo hacían en toda esta parte [se señaló el pene] y la parte de la pochola, y se la pasaba por ahí, y después la subió arriba de él y la empezaba a mover, pero nunca la llegó a penetrar [...] cuando salía la leche, el semen, hacía que se lo tome, pero ella lo vomitaba todo".

De seguido, afirmó que todo lo relatado "le pasó con Alejandro, cuando se iba su mamá a trabajar, él le bajaba los pantalones y también, le hacía lo mismo, se la pasaba por todos lados [...] Primero pasó con Alejandro y después con Marcos. También con su tío, pero con otro, no se acordaba del nombre...". Mencionó que le gustaría volver atrás así le pegaba a Marcos. Que todo pasó cuando hacía frío porque su mamá se iba toda abrigada a trabajar, a sus hermanos los entretenía con dibujitos y él ponía en su computadora videos de sexo. Como estaba su prima Jacqueline se lo hizo a su prima y le gustó. Que cuando sus hermanos iban a la escuela y su mamá estaba trabajando, su padrastro ponía en la tele videos de sexo y hacían el amor con Jacqueline, ella los veía, su prima se ponía el trajecito de su mamá y bailaba. Que lo vio hacer el amor también con su tía Pato [de 14 o 15 años] y otra tía que no se acordaba el nombre.

Indicó que su mamá "trabajaba de puta [...] se contaban todo". Las cosas que contó pasaban cuando su madre estaba trabajando y sus hermanos en la escuela, ella era la única que no iba a la escuela. Precisó que fue al hotel con Marcos y su prima, al cual iban caminando porque era cerca de su casa, que tenía una cama de dos plazas y un baño, el cual Marcos le sindicó como el lugar donde "después que terminaran" debía ir a

lavarse.

Precisó que muchas veces le dijo a su mamá lo que pasaba, pero ésta "se olvidaba de que se tenían que ir" hasta que un día le hizo caso.

Entre otros dibujos que hizo con la psicóloga, graficó el vestido que usaba su madre y que le hacía poner a su prima Jacqueline. Que a ella le hacía poner otros, una pollera corta, un disfraz de diablita, que si no usaba, le pegaba. Harto elocuentes resultan los gráficos efectuados por la niña, los cuales lucen agregados a fs. 445, y permiten observar un hombre con sus genitales fuera de la ropa, una mujer o niña tocándoselos (sobre ella luce el nombre "Jacqueline"), otra niña con el rostro tachado que dice "yo" y "no lo quiero", y la leyenda que atraviesa la hoja que reza "no se abusa de los menores".

Se incorporó por lectura el informe realizado en el marco de la primigenia la Cámara Gesell, realizada a la niña en la etapa de instrucción, de la cual se desprende como parte de su relato que "Marcos me pasaba el dedo por la cola y por todos lados, también me subió la remera, después se bajó los pantalones y me dijo andá abajo y chupámela, y yo le dije no, me agarró la cabeza y me la bajó (acompaña llevando su mano sobre la nuca, baja su cabeza) así con cabeza a chupársela, el pene, después salían una cosa babosa blanca, estaba chorreando, después fui a lavarme la boca rápido, me dijo ya tomate un jugo rápido para que se te vaya el olor...". En esa ocasión le preguntaron en qué momento sucedían esos hechos y desde cuánto tiempo hacía, y la niña respondió que sucedía cuando su madre se iba a trabajar, el imputado les ponía los dibujitos en la televisión a los hermanos menores de D. y comenzaba a abusar de ella, y que se inició "hacia ocho años", aclarando luego que "desde que vinimos a vivir donde yo te dije, en los doce años, cuando mi mamá se juntó".

Luego de preguntarle a la profesional si su madre

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

estaba presenciando la audiencia, le contó que a su prima Jacqueline la violó, que "él me acostaba al lado [...] se subía arriba y se empezaba a mover, a Jacqueline no sé cómo le gustó, él supuestamente decía que estábamos haciendo un trabajo [...] él me hacía ver todo lo que hacía con ella, le hacía el amor como a mi mamá [...] me hacía ver todo para que cuando yo tenga 13 años me lo haga a mí, mi prima se quedaba a dormir todos los días y ahí mi papá la elegía a ella primero para que vea que ella no tiene terror a tener relaciones con él, le compraba de todo, le daba más mimos que a mí [...] le daba más cosas a ella que a mí".

Seguidamente, declaró en el debate la psicóloga que entrevistó en la etapa de instrucción y en el debate a la niña D., Karina Vaggiano, afirmó que en la primera ocasión había calificado al relato como indeterminado, era confuso, no podía precisar nociones temporales, mientras que en esta última oportunidad estaba mucho más organizada, pudo precisar las conductas, "la otra vez estaba mucho más próxima a la situación [...] del incendio [había pasado algo con un incendio] es este tiempo su relato fue diferente, no dentro de ese contexto, en el que estaba como tomada por esa situación [...] no había discrepancias antes y ahora, pero sí en la forma del relato. Quizás dijo lo mismo pero no de la misma forma.

En cuanto a los conocimientos de sexualidad no acorde a su edad, precisó que saber lo que significaba una "paja" o una "bucal", la gestualidad con que acompañaba los términos (manos sobre la nuca), las referencias al semen, no resultarían esperables para una niña de doce años, ni tampoco surgía como posible que proviniesen de la inducción o contactos de terceros. No observó un incremento de la fantasía, sino que la confusión era la que había dificultado el relato, que pudo motivarse en el contexto en que se había realizado la anterior declaración.

También se ponderó la declaración de María Amelia Greco, psicóloga del Cuerpo Médico Forense, que entrevistó a la niña D. por guardia. Que primero realizó la entrevista con la

madre junto a la menor, y se aplicaron los test pertinentes. Que no vio ni participó de la Cámara Gesell, entonces, cuando ella en su informe se refería a la credibilidad, aludía a lo manifestado por la niña sobre las circunstancias atravesadas y la producción en los gráficos, es decir, que lo que exponía era compatible con las grafías. Que se refirió a varias situaciones de abuso, se advertía una vulnerabilidad psicosocial muy alta, maltrato generalizado y, en ese marco, el abuso. Que advirtió una posición disociada como mecanismo de defensa, no obstante, correspondía que aclarase que cuando se realizaban todas las entrevistas juntas como sucedió ese día, se generaba estrés y cansancio, que limitaba la producción.

Así, aclaró que no aparecía angustia en la entrevista, pero sí indicadores de esa cuestión en las técnicas aplicadas, donde se vislumbraba el estado de vulnerabilidad. Que por la calidad del relato, eran hechos vivenciales, no había indicadores de inducción. Preciso que evidenciaba información sexual, vocabulario y temáticas inadecuadas para su edad, y aunque también podía haber obtenido las vivencias por haber sido testigo de situaciones inadecuadas para la edad, su forma de relatar su percepción era muy personal porque incluía descripciones de sentimientos.

Que de las técnicas aplicadas surgían también los indicadores, pues de las láminas del test de Rorschach asociadas a la sexualidad, tenía respuestas hostiles y agresivas.

Aclaró que la niña tenía una historia de abandonos, institucionalización, maltratos, abusos, trabajaba cuando no tenía edad para hacerlo, no iba al colegio queriendo hacerlo, evidenciándose una situación de vulneración psicosocial extrema. En cuanto a su discurso, señaló que evidenció temor y elevación de la ansiedad, se reía temerosamente cuando hablaba de los hechos, lo que resulta ser un indicador de abuso. Preciso que el silencio y el temor obedecían, por un lado, al

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

temor a represalias por parte del imputado y, por el otro, a quedar expuestos a mayor vulnerabilidad ya que éste era el sostén económico del lugar.

Que de las técnicas surgía una producción inferior a la esperable para la edad, y esto podía obedecer a la falta de escolarización pero también al maltrato.

En cuanto a los indicadores de abuso existentes, precisó que del test de Rorschach surgió hostilidad y agresión, y también el mantener el secreto, el temor, sentimiento de culpa, la disociación. Que si bien relataba abusos y abandonos crónicos utilizaba la racionalización y otros mecanismos para tomar distancia de lo que ello le producía afectivamente para poder seguir adelante en la vida cotidiana cumpliendo lo que el entorno esperaba de ella. Preciso que había diferentes actos que podían hacer que la niña tuviera conocimientos sexuales inadecuados para la edad, pero cuando expresaba vivencias sobre esos hechos daban credibilidad. Esos sentimientos que advirtió eran expresiones que hablaban de temor, de asco, que hacían a la vivencia de acto sexual y no a la descripción del acto.

En otro orden de cosas, se ponderaron los dichos de Julio Raúl Hermidas, principal de la P.F.A., quien explicó que lo llamaron del control y le dijeron que se había presentado un hombre desnudo y golpeado que dijo que lo habían expulsado de su vivienda. Cuando se presentan los preventores en el domicilio que brindó, comenzó a salir gente del lugar que comentaba que este hombre había abusado de una nena y no era la primera vez que lo hacía, por lo cual lo habían sacado a los golpes. Que ingresaron a una "pieza" donde vieron a la niña en cuclillas en un rincón llorando, la llevaron en ambulancia al hospital Penna. Le explicaron a la madre la situación, ella no decía nada, era callada y sumisa.

A su vez, se valoró el testimonio de George Bruno Sánchez Andrade, vecino de la víctima, quien indicó que el lugar donde vivían era una casa grande con varias habitaciones, y él residía en la lindera a la familia de la niña D. Que se enteró de lo que le sucedió por los propios dichos de la menor

quien le contó lo que el "papá" le obligaba a hacer. También solía escuchar golpes, malos tratos, incluso veía a este hombre pegarles a todos los niños por igual para que ingresaran y escuchaba sus gritos y los de los chicos. Que el día en que se desencadenó todo, vino la niña sola llorando, él estaba con un amigo y le preguntaron que le pasaba. Que D. les dijo que el hombre le pegaba y la obligaba a hacerle sexo oral. Entonces, su amigo reunió a los vecinos de la finca y todos llamaron a la pequeña para que reafirmara lo que les había dicho, y les contó que era una obligación, que había pasado más de una vez, "me obligaba a hacerle petes".

Que todos le creyeron, no iba a inventar una cosa tan grande contra el acusado, que la niña incluso cuidaba a sus hermanitos. Que el imputado mantenía discusiones con los vecinos por su religión, ya que ponía música fuerte, tiraba humo, gritaba y ponía calaveras.

Incluso escuchó que tiró a uno de los niños contra una pared, lo cual se lo confirmó una de las hermanas, todo lo cual le generaba impotencia por tratar de defenderlos pero no quería meterse. Hasta que sucedió este episodio con D. que fue demasiado y además temían porque había muchas niñas viviendo en ese lugar, así que decidieron sacarlo estuviera o no de acuerdo la mamá de D., que no hizo nada, no sabía si estaba o no al tanto de lo que le pasaba a la niña, pero adoptó una posición pasiva respecto a la expulsión del acusado del lugar.

Declaró también Analía Domínguez Neira, del Programa de las Víctimas contra la Violencia, que entrevistó a la madre de la niña, pero aclaró que su trabajo consistía en acompañar y no aplicar técnicas diagnósticas.

Párrafo aparte merece la declaración de Teresa de Fátima Ferreira Luz, madre de D., por razones que posteriormente se expondrán. Refirió que conoció a Ribles Rible en un templo umbandista, y a la semana empezaron a salir y se fueron a vivir juntos en una pieza en una pensión donde llevó a

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

sus cinco hijos, con quien el imputado se llevaba bien. Que él le decía que había que educar a los niños porque eran terribles, y ella le dio vía libre en ese sentido, entonces cuando se portaban mal él los retaba, los zamarreaba, les bajaba los pantalones y daba chirlos con una ojota en la cola dejándolos marcados.

Que su hija D. empezó a portarse mal, les pegaba a sus hermanos, cosa que antes no hacía. Luego, se mudaron con ellos su sobrina Silvia de 25 años, y las dos hijas, Jacqueline de 12 años y otra de tres años. También otra sobrina llamada Patricia, de 14 años.

En ese entonces, Ribles Rible le pidió cumplir su fantasía de acostarse con dos mujeres al mismo tiempo, teniendo relaciones sexuales entonces con ella y con Silvia, supuestamente porque "incorporó un muerto en su cuerpo -el pai que baja- y éste quería tener relaciones con ellas dos". También hicieron lo mismo con Jacqueline (de doce años), fueron los tres (la deponente, el imputado y la niña Jacqueline) a un hotel, se drogaron ellos y la pequeña, y tuvieron relaciones, en el hotel que se llama "Cosmo". Que cuando ella se iba a trabajar se quedaban en la vivienda, "a los besos y abrazos con Silvia, de la mano con Jacqueline [...] ella le dijo que tenía que elegir [...] y las echó a las tres porque también estuvo con Patricia [...] porque supuestamente él les iba a hacer una limpieza de su cuerpo, sacarle las cosas malas que tenían".

Agregó que su hija D. le contó que la agarraba, la hacía acostar a su lado, que le tocara el pene, "que le hiciera una bucal, que era para que le hiciera una limpieza [...] hasta que él acabara en su boca". Que esto se lo contó a ella, a otras personas que conocía de ahí porque ella volvió cuando él dijo que iba a cambiar pero no fue así. Aclaró que se lo contó una vez que se fueron a la casa de madre, pero después regresaron porque Ribles Rible le dijo que no se iba a meter con sus hijos, pero a la semana su hija D. volvió a decirle lo mismo.

IV.- Así las cosas, se desprende que para arribar a la

conclusión incriminatoria, el tribunal a quo tuvo en cuenta, especialmente, las declaraciones de la niña D. B., quien dio cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue abordada por Ribles Rible, quien aprovechaba la oportunidad cuando la madre de la niña se iba a trabajar para distraer a los hermanitos con dibujos animados y, recostar a D. para tocarle sus partes íntimas por debajo de ropa y obligarla a que le realice sexo oral, eyaculando en su boca.

Sobre esta base, se armonizaron las declaraciones de varios de los testimonios oídos en juicio, quienes coincidieron acerca del contexto en que la víctima contó los episodios sufridos —a los vecinos de la vivienda que fueron quienes increparon y expulsaron a Ribles Rible del lugar, quien pidió auxilio en un control policial porque lo lanzaron desnudo a la calle—, todo lo cual motivó el inicio de las actuaciones, y las apreciaciones efectuadas por las profesionales en psicología respecto al relato de la menor. Todo ello respaldó la imputación efectuada al imputado y justificó la imposición de una pena.

En primer lugar, la defensa manifestó que la sentencia se apoyaba en la endeble declaración de la menor que había sufrido contradicciones y resultaba incoherente. Fundamentalmente, atacó los dichos de la menor y resaltó que prácticamente no existían en el caso indicadores de abuso sexual.

Ahora bien, conforme ha quedado establecido de la reseña efectuada precedentemente, de ninguna manera puede afirmarse que del relato de la niña bajo las previsiones del art. 250 bis del ordenamiento de rito se haya sembrado siquiera alguna duda en punto a las maniobras abusivas realizadas por el encausado sobre ella. Pues, como dije, afirmó que el imputado la acostó a su lado, tocó sus partes íntimas por debajo de la ropa, la forzó a realizarle sexo oral, que le salió "una cosa babosa blanca", y que después la vomitó y le hizo tomar jugo

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

para que se le fuera el olor.

En cuanto al contexto en que tales maniobras sucedieron, precisó que fue en el cuarto que el imputado compartía con su madre y con los cinco hijos de ésta —incluida D.—, que también llegaron a vivir con ellos tres personas más —entre ellas una tía y una prima menor de edad, quienes también mantenían relaciones sexuales con el imputado, incluso frente a su presencia. Hizo alusión a que era un “pai umbanda” que les decía que “les iba a hacer una limpieza” para realizar distintas prácticas sexuales. Incluso, llegó a llevar a la pequeña D. junto con su prima Jacqueline, también menor de edad, a un hotel de alojamiento, donde tuvo sexo con esta última.

Así, para resolver el tema que nos ocupa debo erigir como norte que la incorporación en el proceso penal del testimonio del menor obedece a un principio fundamental de raigambre constitucional, este es, el “interés superior del niño”. De esta forma, la doctrina sostiene que “...sólo se garantiza la tutela judicial efectiva del niño víctima en el proceso, o bien su real acceso a la justicia, cuando se admite que pueda expresar libremente su opinión en todos los asuntos que lo afectan, extremo que tan sólo se verifica cuando se le da la oportunidad de ser escuchado. Y sólo se lo escucha en los términos prescriptos por el Bloque de Constitucionalidad Federal, cuando su versión se recibe en forma adecuada, es decir con la intervención exclusiva y excluyente de especialistas de la salud mental en niños y adolescentes” (González Da Silva, Gabriel; “Derecho del niño víctima a ser oído en el proceso criminal. Su reglamentación en el Código Procesal Penal de la Nación”, DJ 2005-I-254).

Respecto de los embates de la defensa en contra de la verosimilitud asignada al relato de la niña, debido a las supuestas contradicciones incurridas entre ambas audiencias del art. 250 bis del CPPN, así como también a lo señalado por la defensa respecto a que sus dichos se contraponían con los de su madre, habré de hacer unas breves consideraciones.

Particularmente, en relación a la relativización del valor del testimonio de los niños a la que hace alusión la defensa echando mano a la opinión de Cárdenas.

En efecto, ya he señalado en ocasión de votar en la causa 13.235 "Spangenberg, Hugo Alfredo s/ recurso de casación", reg. 1694/12, rta. 19/9/12, (con cita de la causa nro. 9580, "Mansilla Martín Germán s/ recurso de casación", reg. 12.877.4, rta. el 30/12/2009, voto del Dr. Mariano González Palazzo), existe una postura que se condice con la tesitura iniciada por el psiquiatra Richard A. Gardner, que responde al nombre de "Síndrome de Alienación Parental", luego "receptada" de alguna manera por Eduardo Cárdenas en su obra "El abuso de la denuncia de abuso" (LL, 15/9/00), la cual mayormente se dirige a cuestionar los testimonios infantiles en casos de conflictos parentales, en los que uno de los padres influye directamente al niño para que deponga en contra del otro. Empero, esta teoría debe ser contrarrestada con otra corriente más tradicional denominada por aquéllos como "versión canónica", pues, según arguyen, "sacraliza" el testimonio infantil.

De esta forma, los operadores judiciales debemos tener sumo cuidado en enrolarnos en cualquiera de estas dos corrientes, porque so riesgo de sobreestimar los dichos del niño podemos desoír episodios sumamente traumáticos de carácter abusivo que dejarán marcas de por vida en la psiquis del menor.

Ahora bien, cabe destacar que *"El indicador psicológico más específico de abuso sexual es el relato del niño. Debido a ello es que mucho se ha discutido sobre la credibilidad de los mismos. Ya en 1982, Goodwin y colaboradores llegaron a la conclusión de que sólo el 4 % de los testimonios de niños que estaban siendo tratados por abuso sexual era falso. Jones y Mc Graw, en 1987, admiten que las falsas acusaciones ocurren en determinados contextos tales como los juicios de divorcio y de tenencia controvertidos y señalan que, en la muestra estudiada,*

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

registraron un 8 % de falsos alegatos: en el 6 % de los casos las denuncias habían sido realizadas por adultos, mientras que sólo el 2 % de los relatos obtenidos directamente de los niños revestía estas características..." (Intebi, Irene; Indicadores psicológicos del abuso sexual infantil; "Revista de la Sociedad Argentina de Ginecología Infanto Juvenil"; Vol. 3, N° 3, p. 17).

Por ello, la autora remarca distintos tópicos que hacen creíble al testimonio infantil, a saber: "La presencia de diferentes episodios que refieren a diversos grados de intimidad, reflejando una secuencia de complejización del estilo abusivo a través del tiempo: en la medida que el abusador confirma que la niña mantiene el secreto, se va atreviendo cada vez a mayores avances ante el silencio de la víctima; Detalles específicos sobre el momento en el que ocurrían estos hechos, en qué lugar, qué otras personas estaban allí, dónde estaban los adultos que podrían haber evitado los hechos; El empleo de denominaciones muy personales para nombrar los genitales o los actos involucrados en el abuso [...]; la existencia de amenazas para que los niños mantengan el secreto; El clima emocional sumamente intenso en el que se produce el relato, por lo general el niño evita el tema, habla de manera entrecortada, se distrae fácilmente, se muestra muy ansioso o angustiado, en estado hiperalerta y con actitudes de marcada desconfianza..." (Intebi, Irene, ob. cit., p. 18).

Como podrá advertirse, varios han sido los intentos por minimizar la credibilidad del testimonio infantil. Así, en Estados Unidos comenzó a desarrollarse el "Síndrome de la Falsa Memoria", basado en modelos tomados de la psicología cognitiva y de las investigaciones sobre la estructuración de la memoria -"La personalidad de l'abuseur sexuel" de Van Gijseghe-, mediante el cual se minimiza la dimensión y realidad de los abusos sexuales, reactivándose la añeja teoría de la fabulación y fantasía, que coadyuvan a acusar a las víctimas y mantener la impunidad de los adultos. De esta forma, "...el gran despliegue de investigaciones destinadas a encontrar métodos para

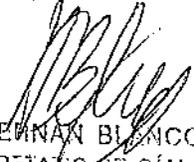
descubrir, a través del análisis del contenido de relatos de los niños, las 'falsas alegaciones', es una nueva demostración de la desconfianza de nuestro mundo adultista hacia las capacidades del niño de decir la verdad" (Barudy Labrin, Jorge; "El dolor invisible de la infancia. Una lectura ecosistémica del maltrato infantil", Paidós, p. 167/168).

Por ello, también es sumamente importante tener en cuenta las etapas evolutivas que ya hace tiempo han sido remarcadas por el psiquiatra infantil e investigador norteamericano Roland Summit, quien señaló que los niños abusados pasaban por cinco etapas diferentes, conformantes del Síndrome de Acomodación al Abuso Sexual, a saber, secretismo; indefensión, atrapamiento y acomodación; revelaciones retrasadas y escasamente convincentes y, por último, retractación posterior al abuso revelado (confr. C. Recondo Figuro y M. R. Ortiz Otero; "El abuso sexual infantil"; Boletín de la Sociedad de Pediatría de Asturias, Cantabria, Castilla y León; 2005, 45, p. 6).

Respecto de la última etapa, Summit apunta que "Esa sencilla mentira [la retractación] resulta mucho más creíble que las denuncias explícitas de acercamientos incestuosos. Confirma las expectativas adultas de que las niñas [o niños] no son de fiar. Restablece el precario equilibrio familiar. Las niñas aprenden a no quejarse. Los adultos, a no escuchar. Y las autoridades, a no creer en las jóvenes rebeldes que utilizan su poder sexual para destruir a los padres bien intencionados" ("Comentarios sobre el Síndrome de Acomodación al Abuso Sexual Infantil descrito por el Dr. Roland C. Summit" en Temas de Maltrato Infantil, Familias del Nuevo Siglo, Año I, Número I, 1997).

A su vez, se brindan ciertas pautas que evidencian que el niño examinado puede ser víctima de una situación abusiva. Así, se remarca que "En ocasiones el niño manifiesta a un adulto, progenitor u otro adulto de confianza, que ha tenido

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

experiencias incómodas (tocamiento de genitales). A veces las revelaciones son vagas [...] Otras veces el niño lo manifiesta de una manera indirecta por carecer del vocabulario adecuado [...] Pero los niños tienen miedo a revelarlo por las amenazas que han recibido [...] o le han convencido para que no lo diga [...] Otros niños presentan una sintomatología de trastornos del comportamiento inespecíficos consistentes en cualquier cambio brusco de conducta, como miedos, fobias, temor a dormir solo, terrores nocturnos, comportamiento agresivo, fugas, tendencia suicida..." (C. Recondo Figuero y M. R. Ortiz Otero, ob. cit., p. 7).

Ahora bien, como surge de los párrafos que anteceden, no es cierto que prácticamente no existan en este caso indicadores de abuso sexual. Lo que sí se advierte es que éstos deben ponderarse a la luz de las condiciones de emergencia social que en que vivía esta pequeña junto con sus hermanos, que la colocaban en una situación de altísimo riesgo en todo sentido. Por lo tanto, lamentablemente, no podemos esperar la presencia de idénticos indicadores en una niña que se crió en un ambiente como el que quedó acreditado en autos, que en otra niña que haya crecido con otra situación y contención más favorables. Pero esto no debe ser utilizado para creer que los hechos abusivos no sucedieron o fueron menos importantes o traumáticos, sino sólo a los efectos de ponderar las probanzas existentes desde la óptica correcta.

También merece destacarse, más allá de lo que en un acápite aparte se analizará, la lamentable reacción particular de la madre de D. al enterarse por ella de los abusos padecidos, pues según afirmó la pequeña, la madre "se olvidaba" que debían irse de la vivienda porque Ribles Rible la abusaba, y, según admitió la propia madre, ella ya sabía lo que había ocurrido, pese a lo cual no radicó denuncia alguna. Esto aparece como un elemento más que confirma la sobreadaptación de D. que fue sindicada por las psicólogas actuantes, pues la niña no sólo no contó nunca con el apoyo de algún adulto responsable, que se ocupara de evitar que hechos como el de

autos acaecieran, sino que tampoco pudo contar con alguien que la protegiera una vez que sucedieron. Sólo los vecinos se ocuparon de expulsar a Ribles Rible del lugar, cansados de los maltratos a los pequeños y enterados de los abusos que perpetraba en contra de D.

Así las cosas, es de señalar que si bien esta Cámara tiene facultades amplias de control sobre los elementos de prueba así como para revisar la determinación de los hechos, según la doctrina del Alto Tribunal establecida en el precedente "Casal" (Fallos: 328: 3399), sentencia del 20 de septiembre de 2005, tal atribución tiene un límite natural a partir de la adopción del sistema de la oralidad.

Por ello, no es cuestionable la impresión que causó el testimonio de la menor recibido en la entrevista del art. 250 bis del C.P.P.N., como tampoco lo es que hayan dado mayor valor probatorio a los contestes informes psicológicos realizados sobre la niña junto al resto de los contundentes y coincidentes elementos de cargo que a la endeble versión del inculpado, que negó categóricamente los hechos.

El resto de los cuestionamientos efectuados por la defensa en relación al testimonio de la menor no resisten el menor análisis. Pues, que la niña haya afirmado que todo esto sucedió durante 8 años, debe contextualizarse en que seguidamente aclaró que fue a sus doce años y desde que el imputado se había mudado con su familia, máxime cuando ya he remarcado que se trataba de una niña muy vulnerable que ni siquiera concurría a un establecimiento educativo, por lo cual carecía de algunos conocimientos básicos.

Y si bien la defensa plantea estas cuestiones a fin de evaluar la credibilidad de los dichos de la niña, considero que ésta ha quedado más que confirmada a través de las extensas evaluaciones a las que fue sucesivamente sometida, sin que corresponda diseccionar su declaración parte por parte para confirmar esa condición, pues como resulta lógico la edad de la

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

niña al momento de los hechos, y particularmente en este caso, la situación de extremo riesgo en que se vivía, la colocaba por un lado, en una situación lógica de confusión sobre las cuestiones que estaba vivenciando, pero por el otro, impresionó en su conocimiento sobre nociones totalmente inadecuadas para su edad -cuando habló de "bucal", "completo", "paja" y demás-.

De esta forma, en lo que atañe a estas actuaciones, examinada la sentencia de condena, se advierte que su razonamiento, ajustado a las constancias de la causa, no presenta vicios de logicidad ni violación a las pautas de la sana crítica.

Es por ello que, no se desprende arbitrariedad ni contradicción sino que la protesta traduce una disconformidad con la decisión adoptada, la cual se tomó a partir de la valoración y armonización de los testimonios oídos en juicio y los dictámenes de los profesionales actuantes.

Así, cabe concluir que los informes mencionados que obran en la presente deben ser ponderados en conjunto, desprendiéndose a todas luces que resultan confirmatorios del relato mencionado, y ese es el justo valor que debe atribuirse a estos indicios que objetivamente echan completamente por tierra las explicaciones otorgadas oportunamente por la defensa, y despejan cualquier estado de duda o incertidumbre que deba ser resuelto en favor del imputado.

V.- Así las cosas, corresponde analizar a continuación los embates de las partes efectuados a tenor del inciso primero del art. 456 del C.P.P.N.

Establecidos como fueran los sucesos reprochados, corresponde mencionar en punto al encuadre típico de la *fellatio in ore*, que ya he tenido ocasión de afirmar al momento de votar en la causa "Rosa, Juan José s/ recurso de casación" reg. 1540/13, rta. 27/8/13" (con cita de la causa Nro. 3391 "CHAVEZ, Víctor Hugo s/recurso de casación", Reg. Nro. 4781, rta. el 4/4/03 de esta Sala IV, con otra integración) acerca de la posibilidad de calificarla como "acceso carnal por cualquier vía", pues "Una visión totalizadora de la sexualidad,

comprehensiva de sus dimensiones fisiológica, psicológica y social, echa por tierra cualquier intento de establecer una diferenciación sexual apreciable entre las cavidades anal y bucal a los fines de su encuadramiento jurídico" (Trib. Casación Penal de Buenos Aires, Sala II, 2005, "Fragala, Carlos A.", cit. en "Delitos Contra la Integridad Sexual" por Javier A. De Luca y Julio E. López Casariego en Código Penal y normas complementarias, dir. David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, Hammurabi, Tomo 4).

De esta forma, la crítica sobre la calificación legal no habrá de ser receptada. Sin perjuicio de ello, y pese a que en esta instancia no pueda modificarse la calificación por haberse perdido la oportunidad al implicar una mutación de la base fáctica, sin haberse endilgado correctamente en su oportunidad, no puedo dejar de mencionar que debió haberse analizado la agravante prevista en el inciso b) del art. 119 del C.P., ya que los testigos han hecho referencia unánimemente a que Ribles Rible era "pai umbanda" y que justamente se valía de esa condición para aprovecharse de las víctimas —a D. la obligaba a hacerle sexo oral porque le hacía una "limpieza"— (recuérdese que respecto de los hechos que tuvieron como víctimas a las otras menores de edad a las que hizo referencia se han extraído testimonios para que sean investigados).

VI.- Respecto de la tacha de arbitrariedad en la ponderación de las agravantes, la defensa se dolió que se considerara la vulnerabilidad de la niña cuando el imputado vivía en la misma situación, y, afirmó que la violencia era un elemento incluido en el tipo penal.

Sin embargo, entiendo que el hecho que Ribles Rible haya convivido en el mismo ambiente con la menor D. no lo coloca de modo alguno en la misma situación de vulnerabilidad de la niña. No debería hacer falta aclarar que estamos hablando de una pequeña de 12 años, que no concurría al colegio, estaba a cargo de sus hermanitos durante el día, conviviendo en una

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

pieza con el imputado, mientras su madre ejercía la prostitución. En todo caso se trata de vulnerabilidades diferentes, pero sólo aquella a la estuvo expuesta D. fue aprovechada, en este caso, por el imputado para cometer los abusos estudiados.

Y, en cuanto al contexto de violencia al que aludieron los judicantes, cae de maduro no se refiere a la violencia referida en el tipo penal previsto en el art. 119 del C.P., que además, no aplica a los casos de menores de trece años como es el aquí analizado, sino que obedece a las situaciones violentas que quedaron acreditadas en el expediente, en las cuales se comprobó que Ribles Rible aplicaba violencia física y psicológica a los niños que cohabitaban en el lugar.

Por lo tanto, el presente agravio tampoco habrá de tener acogida favorable.

VII.- Finalmente, resta que efectúe algunas aclaraciones que me parecen insoslayables.

Mucho se ha dicho en esta causa acerca de las condiciones en que D. -y también de sus hermanos- se encontraban viviendo. Se constató que se encontraban en un altísimo riesgo y ello ameritó que los niños fueran llevados a distintos hogares de acogida -pues incluso se acreditó que su madre llevaba a los niños a acompañarla a prostituirse-.

Pero nada se hizo respecto de la madre de D., en relación a cuyo testimonio no habré de expedirme en este punto, pues sólo ha sido tenido en cuenta por mí como un elemento más que acreditaba los hechos investigados, en función de la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional.

En cambio, sí tendré en cuenta las circunstancias que surgen del resto de las probanzas, tal como la versión de la niña D. que afirmó incansablemente que ella ya le había contado a su madre las cosas que Ribles Rible la forzaba a hacer, y que ésta se olvidaba que se tenían que ir del lugar, es decir, que tenía que proteger a su propia hija!

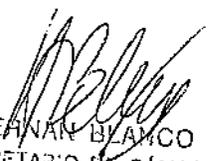
Es que "...en los deberes en virtud de responsabilidad institucional en sentido estricto [...] sólo pueden ser

equivalentes a la comisión si la institución es de la misma importancia básica para la existencia de la sociedad que la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias. Por eso sólo se tienen en cuenta las siguientes: la relación paterno-filial y sus sustitutos [...] Se trata, pues, de aquellas formas de relación sociales respecto a las cuales no existe -al menos, en general- ninguna alternativa de organización..." (Jakobs, "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación", Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 994).

En estos casos, el criterio definitorio no está en la acción u omisión, ya que resulta irrelevante si hizo o dejó de hacer algo si con ello no neutralizó el riesgo. Pues, ha quedado determinado que la administración de la competencia sobre la administración del riesgo dependía de su madre, y en ello resulta patente que la niña no tenía expresión significativa para consentir su prestación en el hecho.

Más aún, "Los delitos de omisión en los que se quebranta un deber en virtud de responsabilidad institucional son delitos de infracción de deber. En estos delitos no se trata de preservar un bien ajeno de los efectos del propio ámbito de organización, sino de garantizar la propia existencia del bien en general o bien contra determinados peligros, solidariamente. Fundamento de responsabilidad es la vinculación institucional con el bien; esta vinculación es siempre directa, o sea que su quebrantamiento se lleva a cabo siempre en concepto de autor. De este modo, se da también omisión en concepto de autor cuando el obligado no impide el delito de otra persona contra el bien, aun cuando este delito a su vez sólo constituya participación [...] De la responsabilidad directa por el bien se sigue también que no importa la tipicidad de un 'hecho principal'. Ejemplo: Los padres que no impiden que su hijo menor de edad, sujeto a su cuidado, cometa suicidio -atípico-, son autores -típicamente, en su persona- del delito

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HÉCTOR BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

contra la vida. Ello es así también en la intervención del obligado especialmente, mediante acción. Ejemplo: Si en el ejemplo acabado de señalar los padres proporcionan al hijo el medio para suicidarse, son autores no obstante la acción externa de participación, y ello incluso si no tienen más posibilidad de impedir que el hijo cometa el hecho que reteniéndole el medio (es decir, mediante omisión). De acuerdo con las mismas reglas, la autoría del delito de infracción de deber se sobrepone a la eventual participación mediante acción..." (Jakobs, "Derecho Penal...", ob. cit., p. 1028).

En definitiva, resulta imperioso que se extraigan testimonios de la presente causa para que se investigue la conducta de Teresa de Fátima Ferreira Daluz y su eventual responsabilidad en el presente suceso.

VIII.- Por último, también habré de efectuar algunas consideraciones en relación a la forma en que se iniciaron estas actuaciones, recuérdese, a raíz de la actuación prevencional ante el accionar de los vecinos de Ribles Rible que lo golpearon y expulsaron desnudo de la vivienda al enterarse de los abusos perpetrados a D.

Como ya he afirmado en la causa de la Sala II de esta Cámara, nro. 8987 "Galeano, Juan José s/ recurso de casación", reg. 1125, rta. el 14/8/13, no puede dejar de tenerse presente que, la función del derecho penal es la señalización de las conductas que resultan socialmente inaceptables, mediante la aplicación efectiva de la pena (Cfr. Jakobs, Günther, Derecho Penal, Madrid, 1995, pág. 13); y cuando esa función no se cumple, la sociedad reacciona reasumiendo la definición de lo inaceptable con manifestaciones de venganza privada, que tan repetidamente empiezan a verificarse en nuestro país, y que ciertamente constituyen en todos los casos, además de la hobbesiana vuelta al estado natural pre-jurídico -y con ello la derrota del derecho- incontrollables cercenamientos de bienes de mucha mayor valía que la exclusiva restricción de la libertad ambulatoria configurada por la pena; pero además, y consecuencia de mucha mayor trascendencia, la expresión de que

la venganza privada constituye un modelo socialmente legítimo, y con ello una inaceptable contribución jurisdiccional a la anomia social.

Es de mi interés poner de resalto, que tampoco conformará un satisfactorio cumplimiento con la positiva obligación estatal de seguridad, diseñar y ejecutar un sistema penal que tenga por finalidad la garantía de evitación -y de neutralización con pena frente a la infracción- de conductas que resulten socialmente inaceptables, si los integrantes de esa organización proceden con estructuras teóricas de imputación y procesales que hayan sido construidas en el decimonónico exclusivo sentido de limitación del Estado, olvidando la estructural función del mismo de aseguramiento de evitación de agresiones de los ciudadanos entre sí.

Como en toda cuestión constitucional, se encuentran en pugna el derecho que como garantía personal agota la posibilidad de persecución, impidiendo su reedición mediante la cosa juzgada por una parte; y la obligación de Seguridad Constitucionalmente estipulada, comprensiva del mandato de legalidad de la persecución, que le impone al Estado no solamente juzgar y condenar los ilícitos, sino también proceder al efecto, diseñando y ejecutando un procedimiento constitucionalmente legítimo.

Es que los ciudadanos poseen el derecho a la seguridad, que ha sido fundamentación histórica de la legitimación de los estados contemporáneos, y que en nuestro derecho deviene con claridad del mandato constitucional al estado de afianzar la justicia expresamente establecido en el preámbulo de la magna carta, pero además implícito en el espíritu de toda su normativa. Se trata del derecho a obtener del Estado una protección razonable contra las agresiones de los demás ciudadanos, correlato indispensable de la obligación ciudadana de proceder pacíficamente, y de la proscripción de la venganza privada. El Estado "[...] para proporcionar una seguridad

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLENCKO  
SECRETARIO DE CÁMARA

efectiva, en caso de conflicto debe realizar aportes positivos que garanticen la defensa frente a los peligros y para la protección jurídica. El estado no cumple con su tarea de seguridad solamente mediante la promulgación de leyes, sino mediante la ejecución eficaz de las mismas. Ello compete fundamentalmente a la administración y a la justicia" (Cfr. Isensee, Josef, El Derecho Constitucional a la Seguridad, Rubinzal Culzoni, 2014, pág. 42). Comprensiva de esa positiva obligación de seguridad, es la obligación del estado de organizar y administrar un sistema penal eficiente, y obviamente, del legal funcionamiento del mismo.

Esa obligación estatal se extiende desde la obligación de proveer de manera inmediata y urgente de Jueces elegidos mediante el procedimiento constitucional, frente a una vacante; hasta la imposición establecida a la Subsecretaría de Política Criminal de realizar el constante relevamiento de criminalidad en todos los órdenes, y la proyección y ejecución eficiente -en orden a esa información- de políticas criminales. En ambas hipótesis, presentadas sólo como ejemplos, el Estado ha resultado desde hace demasiado tiempo, incumplidor. Sobre lo primero, es pertinente revisar las recomendaciones dirigidas al Estado Argentino en el informe final del Comité de Expertos del MESICIC (Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción) aprobado en la sesión plenaria del 21 de Marzo de 2013; y en relación al incumplimiento de la obligación estatal de relevamiento por la Subsecretaría de Política Criminal, se presenta clarificador el prólogo mismo de la Investigación sobre Homicidios Dolosos del año 2011 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, elaborado por E. Raúl Zaffaroni.

IX.- Así las cosas, y en definitiva, voto entonces:

I.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de Marcos Carmelo Ribles Rible, sin costas (art. 530 y 532 -en función del art. 14 *in fine* de la ley 24.946 del C.P.P.N.).

II.- Hacer lugar, únicamente, al planteo de la defensa de DECLARAR INCONSTITUCIONAL el art. 12, segunda y tercera disposición, del C.P.

III.- Tener presente la reserva de caso federal.

El señor juez doctor Eduardo Rafael Riggi dijo:

I. Por compartir en lo sustancial los argumentos expuestos por el distinguido colega que nos precede en el orden de votación, doctor Juan Carlos Gemignani, adherimos a cuanto propone en orden a rechazar el recurso de casación impetrado por la Defensa Pública Oficial de Marcos Carmelo Ribles Rible, con costas (arts. 456 incisos 1° y 2°, 470 y 471 a contrario sensu, 530 y 531 del C.P.P.N.) y emitimos nuestro voto en idéntico sentido.

II. Solamente habremos de agregar respecto a los agravios introducidos por la Defensora Pública Oficial "Ad-Hoc" ante esta instancia, doctora Elisa Herrera, durante el término de oficina (arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del C.P.P.N.) y por la Defensora Pública Oficial, doctora Elena Devoto, en oportunidad de celebrarse la audiencia de informes prevista en los arts. 465, último párrafo y 468 del mismo cuerpo legal; que corresponde dejar sentado que hemos reiteradamente sostenido en la Sala III que la normativa del Código de forma -art. 463- es clara y precisa en cuanto a la ocasión en que deben invocarse los motivos por los cuales se recurre en casación y que no es otra que el momento de interposición del recurso. Esta norma a su vez se relaciona con el art. 466 *ibidem* que establece que en el término de oficina se podrán desarrollar o ampliar por escrito los fundamentos de los agravios preestablecidos, por lo que debe entenderse que el referido momento de la determinación de los puntos de impugnación es exclusivo y excluyente de todo otro trámite ulterior (Conf. causa n° 9 "Sokolovicz, Mario Rubén s/recurso de casación" Reg. 13/93 del 29/7/93; "Fernández, Luis Miguel o Catrilaf, Ricardo s/rec. de casación", reg. 727 del 3/7/06; n° 4632 "Nogales, Victor A. y

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

otra s/rec. de casación", reg. 421 del 3/4/07 y n° 7516 "Pour Pour, Juan Domingo s/rec. de casación", reg. 171 del 1/3/07; entre muchos otros de la Sala III).

Cabe destacar que esta postura, resulta en sustancia coincidente con las posiciones que han seguido otros integrantes de esta Cámara (ver, al respecto, los votos del doctor Luis M. García *in re* "Suárez, Carlos Alberto y otros s/recurso de casación", causa n° 8406, reg. 13.298, rta. el 8/10/08; "Yacobuzzio, Guillermo Eugenio s/recurso de casación", Reg. n° causa n° 9156, reg. 17.065, rta. el 6/9/10; "Gerstenkorn, Daniel Enrique s/recurso de casación", causa n° 8754, reg. 12.091 rta. el 14/7/08, de la Sala II; el voto del Dr. Gemigniani *in re* "Valdiviezo Cruz, María Isabel", causa n° 13.299, reg. 1222/12, rta. el 13/7/2012; y el voto de la doctora Ana María Figueroa *in re* "González Beatriz Yesica Yamila s/recurso de casación", causa n° 13.784, reg. 19.727, rta. 12/3/12, de la Sala II; entre otros).

A mayor abundamiento, no podemos dejar de mencionar lo dicho sobre el tópico en el voto de la Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctora Carmen M. Argibay, en la causa "M. 253 XLV, "Martínez Caballero, Osvaldo s/recurso extraordinario", del 9/12/09, en cuanto sostuvo, en lo que aquí interesa, que "...la Cámara Nacional de Casación Penal no se encuentra obligada (...) al tratamiento de los agravios introducidos tardíamente por las partes".

Si bien ello resultaría suficiente para descartar estos agravios, habremos de señalar que, en lo que refiere al cuestionamiento formulado sobre la constitucionalidad del artículo 12 del Código Penal durante el término de oficina (arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del C.P.P.N.), hemos tenido oportunidad de pronunciarnos al respecto *in re* "Mato Rodríguez, Gerardo s/recurso de casación", causa n° 5584 de la Sala III, reg. n° 550/05, rta. el 30/06/05, entre otras -a cuyos argumentos nos remitimos- correspondiendo por ello rechazar también aquí el recurso de casación. Así lo ha establecido el Máximo Tribunal en cuanto a que "...la inhabilitación absoluta

prevista en el art. 12 del Código Penal es una pena accesoria a la de reclusión o prisión impuestas por más de tres años, y, por lo tanto, inherente a una pena principal, a la que va necesariamente unida, aunque para su medida requiera en ciertos casos un expreso pronunciamiento. Por ello es que no puede aplicarse sola y en forma autónoma, sino que acompaña la imposición de una pena principal, de cuya existencia depende. Es, en consecuencia, una sanción que constituye un efecto necesario de determinadas penas..." (Fallos: 310:1026).

Por su parte, respecto a los dos nuevos agravios introducidos por la Defensa Pública Oficial, de manera subsidiaria a aquellos expuestos en el libelo recursivo, en oportunidad de celebrarse la audiencia de informes prevista en los arts. 465, último párrafo y 468 del C.P.P.N., habremos de señalar lo siguiente.

En primer lugar, la asistencia técnica del imputado consideró que debía anularse la pena impuesta —para el caso que este Tribunal confirmase la autoría y responsabilidad de su asistido—, por cuanto se había apartado del mínimo legal previsto para el delito en cuestión (art. 119, último párrafo del C.P.); pero advirtiendo que dicho mínimo no podía ser el de ocho (8) años, por cuanto existiría una incongruencia en el articulado, donde el legislador habría equiparado indebidamente el monto mínimo para el abuso sexual gravemente ultrajante y aquel cometido con acceso carnal, cuando son realizados "contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo" (art. 119, cuarto párrafo, inc. "f" del C.P.). Así, a su criterio, dicha equiparación afectaría los principios de culpabilidad y proporcionalidad, al haber incurrido el legislador en la supuesta incongruencia invocada.

Sin embargo, habremos de precisar que dicho planteo no puede prosperar por dos motivos.

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BIANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

El primero, atento que tal como ha sido reseñado en el voto del distinguido colega preopinante, a cuyos argumentos no remitimos, Marcos Carmelo Ribles Rible ha cometido dos abusos sexuales gravemente ultrajantes y un abuso sexual con acceso carnal (art. 119, segundo y tercer párrafos del C.P.); y en consecuencia, por estricta aplicación de las reglas previstas para el concurso real de delitos (art. 55 del C.P.), el mínimo de la escala penal aplicable, se conforma con el mínimo mayor. Por ello, siendo de aplicación el agravante previsto en el último párrafo del artículo 119 del Código Penal, en función del inciso f) del párrafo cuarto, el mínimo que corresponde merituar es el de ocho (8) años de prisión.

El segundo, por cuanto atento la gravedad del injusto penal por él cometido -esto es, tres hechos en concurso real-, el Tribunal se ha apartado sensiblemente del monto mínimo legal referido, atento que el nombrado ha sido condenado a la pena de nueve (9) años y seis (6) meses de prisión, motivo por el cual, deviene ajustada a derecho la aplicación del mínimo legalmente previsto para los delitos de marras, al no advertirse una arbitraria aplicación del derecho vigente conforme a las constancias de la causa.

Por su parte, respecto al segundo motivo introducido por el recurrente en la etapa procesal aludida, en orden a la supuesta pena natural que ya habría recibido su asistido (al presentar las lesiones que expusiera durante la audiencia), y que consecuentemente, deberían ponderarse como atenuantes para adecuar el *quantum* punitivo a aplicar a su defendido, cabe señalar que dicho agravio tampoco puede prosperar. Así, habremos de recordar que ya hemos tenido oportunidad de señalar que ello no resulta atendible en nuestro ordenamiento legal, toda vez que el código sustantivo argentino no prevé a lo largo de su articulado norma alguna que expresamente admita la posibilidad de considerar como atenuante, las lesiones que sufrió el imputado como consecuencia del hecho ilícito concreto (cfr. causa nº 12.882, "Cueva, Ariel Daniel y Denis, César Oscar s/recurso de casación", reg. nº 1272.12 de la Sala

III, rta. el 10/09/12). Más aún si, como en el caso sujeto a análisis, las pretendidas lesiones se habrían producido en una ocasión distinta al hecho aquí ventilado.

El señor juez **Gustavo M. Hornos** dijo:

I. Coincido en lo sustancial con las consideraciones efectuadas en el acápite I a VII de la primera ponencia que abre el acuerdo.

En efecto, no puede olvidarse que cierto es que en el caso del conocimiento judicial sobre los hechos, como especie del conocimiento empírico, la dificultad de obtener una verdad absoluta se ve limitada por diversos factores, como la imposibilidad del tribunal para acceder de modo directo a los hechos del pasado sobre los que debe decidir. Tarea que se complica aún más, en general, respecto de los hechos constitutivos de delitos contra la integridad sexual, cuya prueba, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación es de difícil recolección, máxime en un caso como el presente en que la víctima se trató de una menor de doce años de edad, que se encontraba conviviendo con el imputado, pasando incluso los días junto a él, por lo que, ante las circunstancias del lugar en donde se imputan como ocurridos los hechos: aprovechando momentos y sitios apartados de la vista de los demás, y la corta edad de la menor, adquieren fundamental importancia, sumado a sus testimonios, los estudios psicológicos y psiquiátricos efectuados por los peritos sobre la menor víctima y sobre el imputado (cfr.: Fallos 320:1551). Además del resto de los elementos de prueba que permitan corroborar o desechar la veracidad de los dichos de cada uno.

En tal dirección, y especialmente en relación al tipo de delitos de abuso sexual de menores, que se cometen en la mayoría de los casos fuera de la vista de terceros testigos y, en muchas ocasiones, sin dejar rastros físicos, no puede soslayarse la importancia del relato de la menor y las pericias psicológicas efectuadas, justamente, sobre ella, así como toda

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

otra prueba que, como se dijo, conduzca a evaluar la verdad de su relato (cfr.: mi voto en la causa nro. 2382, "BARILE, Héctor Claudio s/recurso de casación", Reg. Nro. 41/2001, de la Sala III de esta Cámara, rta. el 20/2/01; y causa nro. 5899: "RUBIO, Pablo Martín s/rec. de casación", Reg. Nro. 5899, rta. el 7/7/06; entre otras).

En el caso, la certeza acerca de la comisión por parte del imputado de los hechos por los cuales ha sido condenado, fue fundadamente concluida por el tribunal "a quo" en base a una razonable evaluación del plexo probatorio arrimado al juicio. En tal sentido, y especialmente, se ponderó la forma en que la víctima prestó un contundente testimonio en la cámara Gesell referida a los concretos actos a los que el imputado la sometía, los harto elocuentes gráficos efectuados por la niña damnificada que lucen agregados a fs. 445, la prueba testimonial analizada, particularmente la declaración de la psicóloga Karina Vaggiano en cuanto a que la niña tenía conocimientos de sexualidad no acordes a su edad, precisando saber lo que significaba una "paja" o una "bucal", acompañando los términos con gestualidad (manos sobre la nuca), las referencias al semen, etc.; como así también lo expuesto por María Amelia Grecco, psicóloga del Cuerpo Médico Forense, en cuanto a que la menor se refirió a varias situaciones de abuso, su estado de vulnerabilidad y que por la calidad del relato, eran hechos vivenciales, en donde no había indicadores de inducción, precisando que demostraba información sexual, vocabulario y temáticas inadecuadas para su edad, expresando vivencia sobre esos hechos que evidenciaban credibilidad.

A todo ello se aduna la ponderación de los dichos del principal de la P.F.A., Julio Raúl Hermidas relativos al contexto en que se produjo de la detención de encausado, quien concurrió al domicilio de la damnificada y relató que allí se había presentado un hombre desnudo y golpeado que dijo que lo habían expulsado de su vivienda; que comenzó a salir gente del lugar que comentaba que este hombre había abusado de una nena y que no era la primera vez que lo hacía, por lo que lo habían

sacado a los golpes; y que ingresaron a una pieza donde vieron a la niña en cuclillas en un rincón llorando. Y, asimismo, la valoración del contundente testimonio de George Bruno Sánchez Andrade, vecino de la víctima, quien manifestó que ese día la víctima le dijo que el imputado le pegaba y la obligaba a hacerle sexo oral, le obligaba a "hacerles petes".

En idéntico sentido se pronunció la madre de la damnificada que agregó que su hija le contó que la agarraba, la hacía acostar a su lado, que le tocaba el pene, "que le hiciera una bucal, que era para que le hiciera una limpieza [...] hasta que él acabara en su boca".

A la luz de lo expuesto, corresponde señalar que de la lectura del fallo en estudio se evidencia el respeto a las normas que gobiernan el pensamiento humano, es decir las leyes de la lógica —principios de identidad, tercero excluido, contradicción y razón suficiente— de la psicología, del sentido y de la experiencia común, no vislumbrándose un apartamiento de las reglas de la sana crítica racional.

Así, la prueba señalada y valorada —obtenida en condiciones de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción—, resulta suficiente para tener por acreditado adecuadamente que RIBLES RIBLE abusó sexualmente de la menor, en al menos dos oportunidades, y en las condiciones descriptas en el fallo pronunciado.

En tal sentido, entiendo que resulta correcta la subsunción legal y la pena impuesta a RIBLES RIBLE en cuanto fue considerado autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante reiterado —por lo menos en dos oportunidades— en concurso real con abuso sexual con acceso carnal, todos ellos agravados por haber sido cometidos contra una menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente, condenándolo a la pena de nueve (9) años y seis (6) meses de prisión, accesorias legales y costas (arts. 29, inc. 3º, 45, 55, 119, párrafos segundo, tercero y

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

cuarto, en función del inc. f), del C.P. y 403 y 531 del C.P.P.N.).

II. En lo que respecta al artículo 119 del Código Penal, incorporado a dicho ordenamiento legal en su actual redacción por la ley 25.087, corresponde recordar que en su párrafo tercero establece que: "La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía". Ya he tenido oportunidad de pronunciarme en la causa nro. 3391, "CHAVEZ, Víctor Hugo s/recurso de casación" (Reg. Nro. 4781, rta. el 4/4/03 de esta Sala IV), y es claro cuál ha sido el objetivo del legislador al efectuar la reforma toda vez que resulta prístino que la "fellatio in ore" ha quedado comprendida en el tercer párrafo del art. 119 del C.P., al haberse hecho referencia expresa al "acceso carnal por cualquier vía"; constituyendo uno de los accesos carnales típicos del delito de violación. Y esa fue la interpretación que he sostenido aún antes de la reforma mencionada.

Cabe concluir entonces que no ha existido en el caso una errónea aplicación de la mencionada disposición (cfr., C.F.C.P., Sala IV, causa nro. 220/2013, "ORTIZ, Cristian Daniel s/recurso de casación", Reg. Nro. 1747/14.4, rta. el 2/9/2014, y en igual sentido el precedente de la Sala I de esta Cámara: causa nro. 3614 "SENILLOSA, Omar Ricardo y otro s/recurso de casación", Reg. Nro. 4649, rta. el 11/10/01).

III. 1. La Defensa Pública Oficial durante el término previsto por los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del Código Procesal Penal de la Nación, plantea la inconstitucionalidad de la segunda y tercera disposición del art. 12 del C.P. en cuanto entiende que la imposición de las accesorias legales que esa norma contempla transgrede el derecho a la integridad personal y dignidad inherente al ser humano (arts. 10 del P.I.D.C. y P.; art. 5.6 de la C.A.D.H. y arts. 18 y 75, inc. 22, de la C.N.).

Al respecto, corresponde señalar, en primer término, que el tratamiento de los agravios planteados durante el término de oficina resulta admisible en función del máximo

esfuerzo impuesto a esta Cámara Federal de Casación Penal por la vigente doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (causa n°1757. XL, "Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa", del 20 de septiembre de 2005) y, en particular, por lo resuelto por nuestro más alto Tribunal en "Recurso de hecho deducido por Ricardo Catrilaf en la causa Catrilaf, Ricardo o Fernández, Luis Miguel s/causa n° 6799" (C.1240. XLII; del 26 de junio de 2007), "Concha, Alejandro Daniel" (C. 1240. XLIII, resuelta 20/08/2008) y "Rodríguez, Héctor Gabriel" (R. 764. XLIV, rta. 09/03/2010). Y a la luz de la plena vigencia que cabe otorgarle al derecho al recurso y del derecho de defensa (art. 8.2. de la C.A.D.H. y 14.3 del P.I.D.C.yP.).

Liminarmente, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley" (Fallos 226:688; 242:73; 285:369; 300:241, 1087; 310:1162; 312:122, 809,1437; 314:424, entre muchos otros) y que "el acierto o error, el mérito o la conveniencia, de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse. Sólo casos que trascienden ese ámbito de

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces" (Fallos 310:642; 312:1681; 320:1166, 2298).

También ha sostenido el Máximo Tribunal en el caso "Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus" (Fallos 328:1146), que "corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias", y que no debe verse en ello "una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. [...] Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad... No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución, y, en el presente caso, se trata nada menos que del derecho a la vida y a la integridad física de las personas" (confr. consid. 27 del voto mayoritario).

2. El art. 12 del Código Penal establece que "La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces" (el subrayado me pertenece).

Explica Zaffaroni que aquélla norma encuentra su origen en el art. 101 del código Tejedor que disponía que la pena de presidio llevaba consigo la inhabilitación absoluta

para cargos públicos por el tiempo de la condena y por la mitad más. En el código de 1886 se repitió la previsión en el inc. 1° del art. 63, intercalando "y para el ejercicio de los derechos políticos, activos y pasivos". Las fuentes de esta disposición se remontan a la muerte civil que preveía el libro 2°, título 18 de la Partida Cuarta, el art. 18 del código francés, según la reforma de 1832, el art. 16 del código napolitano, el art. 53 del código español de 1822 y el art. 7 del código de Baviera. Tejedor siguió al código español de 1850, cuyo art. 52 había atenuado la muerte civil (cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Derecho Penal, Parte General, 2da. Edición, Ediar, Buenos Aires, pág. 981).

En tal sentido, el autor refiere que *"la incapacidad civil (art. 12, segunda parte) tiene el carácter de pena accesoria y no mera consecuencia accesoria de la pena, porque la privación efectiva de la libertad no necesariamente la implica, es decir, el penado no está factiblemente imposibilitado de ejercer los derechos que el art. 12 cancela. Por otro lado, si el encierro mismo determina la incapacidad, no tendría mucho sentido una previsión legal que regulara lo que es obvio. Por ello es sustancialmente una medida represiva con los caracteres de una pena accesoria a la principal de la condena"* (ob. cit. pág. 985).

En idéntico sentido y a partir de un análisis histórico surge que, hasta el proyecto de 1891 se le asignaba la nominación de "pena" ya sea de un modo expreso o implícito, sin embargo a partir del proyecto de 1906 se excluyó esta denominación.

La exposición de motivos de la Comisión Especial de Diputados señaló que *"la Privación de derechos civiles no es una pena sino un accesorio indispensable, que no tiene objeto represivo sino tutelar, desde que subsana un estado de incapacidad"* (Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1978, tomo II,

*Cámara Federal de Casación Penal*

pág. 400, nota Nro. 6).

  
HERNAN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

En idéntico sentido, señala Nuñez que "el artículo 12, segunda disposición, del Código Penal establece incapacidades civiles accesorias de las condenas penales. Estas incapacidades tienen carácter civil, porque su finalidad no es, esencialmente, la de castigar al delincuente para que no recaiga en el delito, sino la de suplir su incapacidad de hecho producida por el encierro" y más adelante que "la tesis que ve la razón de las incapacidades de ese artículo en las restricciones que para la libre acción civil del penado emanan de su encierro encuentra plena corroboración en los artículos 11 y 13 del Código. Estos artículos por el solo hecho del cese de ese encierro, le restituyen al condenado el gobierno de sus bienes y la libre acción civil a los efectos de su subsistencia" (Tratado de Derecho Penal, Editorial Marcos Lerner, Córdoba, 1987, Tomo II, pág. 447/448).

La postura que sostiene la tesis de la incapacidad de hecho resultaba congruente con la postura que he tenido oportunidad de sostener en cuanto a que el fin de la norma del art. 12 del Código Penal "... es el de auxiliar al condenado a una pena privativa de la libertad frente a su imposibilidad de ejercer determinados actos ante los que se encuentra en situación desventajosa por su encierro".

Sin embargo, en base a recientes reflexiones advertí que la norma del art. 12 del C.P. se encuentra en crisis frente a la irreversible evolución y el avance en el reconocimiento de los derechos de las personas privadas de su libertad así como de la evolución de la realidad carcelaria y que el punto debía ser objeto de una detenida reflexión judicial (cfr. causa Nro. 1198 caratulada "González, Mario s/recurso de casación", Reg. Nro. 1862.14.4, rta. el 15/9/14).

Es que un cambio de la perspectiva de abordaje de las cuestiones penitenciarias impone mirar tras los muros desde la óptica de la efectiva vigencia de los derechos y no ya desde las prohibiciones.

3. Ahora bien, a fin de analizar la cuestión

sometida a estudio en esta oportunidad -inconstitucionalidad del art. 12, segunda y tercera disposición, del C.P.- procuraré una interpretación de dimensión sustancial, que tenga en cuenta el conjunto de derechos y valores vigentes en la actualidad, la evolución y el cambio de paradigma operado en materia de derechos de las personas privadas de su libertad, así como el desarrollo y especificación de las garantías y derechos reconocidos por la reforma de 1994, que otorgó jerarquía constitucional a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

En primer lugar, creo conveniente recordar que las personas privadas de su libertad son sujetos de derecho y conservan todos los derechos que no fueran afectados por la sentencia de condena o por la ley o reglamentaciones que en consecuencia se dicten (principio constitucional de legalidad, art. 18 C.N.).

En un Estado de Derecho, su poder se encuentra limitado por las normas jurídicas sin que subsista razón para alterar este principio en el caso de las personas sometidas a una medida privativa de la libertad.

En este sentido, se ha afirmado que *"El ingreso a una prisión (...) no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional"* (cfr. Fallos: 318:1894, considerando 9º del voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano).

Nuestro más alto Tribunal ha dicho que *"Ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana, aunque su conducta haya sido reprobada y se encuentre cumpliendo una pena privativa de la libertad"* (Fallos: 313:1262, disidencia del juez Fayt) y que *"... toda situación de privación de libertad impone al juez o funcionario que la autorice el deber de garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos del detenido no afectados*

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

por la medida de que se trate..." (Fallos: 322:2735).

Es que toda persona privada de libertad debe ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, amparada no sólo por el art. 18 de la C.N. sino también por los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 C.N.) tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre - art. XXV -, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - art. 10 -, la Convención Americana sobre Derechos Humanos - art. 5 - y reconocida en documentos internacionales orientadores, como los "Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos", adoptados por la Asamblea General de la Naciones Unidas (Resolución 45/11 del 14 de noviembre de 1990 - Principio 24 -) y las "Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos" adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente (Resolución 663C y 2076 del Consejo Económico y Social - arts. 22 a 26 -.

Asimismo, se afirmó que "Los prisioneros son, no obstante ello, "personas" titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso..." (318:1894).

También señaló nuestro Máximo Tribunal que la dignidad humana implica que las personas penalmente condenadas son titulares de todos los derechos constitucionales cuya restricción no derive necesariamente de la privación de la libertad (Fallos: 318:1894 y 334:1216).

Es que el Estado asume una posición de garante respecto de las personas privadas de su libertad -en virtud de la especial relación de sujeción- en la que debe asegurar y respetar los derechos humanos básicos y fundamentales.

En tal sentido, se ha afirmado que "el Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad, y que como tal, asume deberes específicos de respeto y garantía de los derechos fundamentales

de estas personas... para el logro de los fines esenciales de la pena privativa de libertad: la reforma y readaptación social de los condenados" (CIDH, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, OEA, Ser. L-V-II, Doc. 64, 31 de diciembre de 2011, párrafo 8).

Sabido es que los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos, incorporados con jerarquía constitucional desde 1994 (art. 75, inc. 22) no son absolutos y en tal sentido, se encuentran sujetos a las reglamentaciones establecidas por la ley.

Sin embargo, esa reglamentación debe realizarse conforme lo prescripto en el art. 28 de la Constitución Nacional en cuanto establece que "*Los principios, garantías y derechos reconocidos... no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*" (art. 28 de la C.N.).

En particular, el alcance de la facultad del Estado de limitar derechos fundamentales reconocidos a las personas privadas de su libertad cuando éstos se contraponen con intereses estatales ha sido objeto de tratamiento por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en un caso en el que se analizaba la legitimidad del Estado para requisar a las mujeres que concurrían a visitar a una persona privada de libertad en un establecimiento carcelario.

La Comisión IDH estableció que "*... hay ciertos aspectos de la vida de las personas, especialmente ciertos atributos inviolables de la persona humana que están más allá de la esfera de la acción del Estado y no puede ser legítimamente menoscabados*" (Informe 38/96, Caso 10.506 "Arenas" o "X e Y", del 15 de octubre de 1996).

Allí, la Comisión IDH fijó estándares a partir de los cuales es posible extraer criterios útiles para determinar el alcance de la facultad estatal para limitar los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad.

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

Así, luego de establecer que toda restricción del Estado a los derechos reconocidos por la Convención debe surgir de una ley emitida por el Poder Legislativo (principio de legalidad), exigió que esa restricción a un derecho fuera razonable y proporcional al interés que la justifica.

En lo que al examen del principio de razonabilidad respecta, la Comisión estableció que la "... restricción a los derechos humanos debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo" y que "La razonabilidad y proporcionalidad de una medida se puede determinar únicamente por la vía del examen de un caso específico" (Caso "Arenas" o "X e Y").

Debo destacar, haciendo un alto en el desarrollo precedente, que tal como he señalado al expedirme en la causa nº 14.116 caratulada "Betolli, José Tadeo Luis y otros s/recurso de casación", Reg. Nro. 16.491.13.4, rta. el día 10/09/2013; entre otras, la reforma constitucional de 1994 incluyó - con esa jerarquía - a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (art. 75, inc. 22, de la C.N.) "en las condiciones de su vigencia", es decir, teniendo en cuenta las recomendaciones y decisiones de órganos de interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales, en el marco de sus competencias (cfr. C.S.J.N.: causa "Girolodi", Fallos: 318:514, considerando 11; Fallos: 319:1840, considerando 8; Fallos: 327:3312, considerando 11).

Esta postura ha sido aplicada en numerosas oportunidades por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al considerar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. "Simón", Fallos: 326:2805, voto del juez Petracchi, Fallos: 315:1492; 318:514; 321:2031; 323:4008).

Incluso en el último tiempo, nuestra Corte local ha tenido oportunidad de expedirse puntualmente sobre el valor

interpretativo de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "C. 568. XLIV y C. 594. XLIV. Recursos de Hecho Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional -- Ministerio de Relaciones Exteriores -- Provincia del Chubut" (sentencia del 6 de agosto de 2013) en el que sus integrantes han profundizado el examen sobre el valor e incuestionable relevancia que cabe asignarle a los informes finales de la Comisión I.D.H. emitidos en razón del artículo 51 de la CADH.

La trascendencia de la interpretación de la Comisión Interamericana respecto de la Convención ha sido, también, reconocida en el plano internacional. Así, con referencia al valor de los informes o recomendaciones de la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que: "... la Comisión... es un órgano competente junto con la Corte "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes", por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes (caso Loayza Tamayo, supra 50, párrafos 80 y 81)". Ello, pese a reconocer que "... de acuerdo con el criterio ya establecido (Caso Loayza Tamayo, supra 50, párrafo 82)... la infracción del artículo 51.2 de la Convención no puede plantearse en un caso que, como el presente, ha sido sometido a consideración de la Corte, por cuanto no existe el informe señalado en dicho artículo" - (Caso Blake vs. Guatemala, Sentencia sobre el fondo del 24 de enero de 1998, párrafo 108).

En el precedente al que se remite, (Loayza Tamayo), la Corte IDH, también había establecido que "... en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE SALA

de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función "promover la observancia y defensa de los derechos humanos" en el hemisferio (Carta de la OEA, artículo 52 y 111)" - caso Loayza Tamayo vs. Perú, sentencia sobre el fondo del 17 de septiembre de 1997, parágrafo 80 -.

Entonces, la medida que limita un derecho debe ajustarse a lo estrictamente necesario para el logro del objetivo que justificó la restricción, y en tal sentido, debe ser absolutamente necesaria a ese efecto; por otro lado no debe existir otra posibilidad de obtenerlo con una restricción menor de derechos.

Es decir que las restricciones a los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados internacionales deben provenir de una ley, en sentido formal, y además esa reglamentación debe ser razonable y necesaria, conforme los estándares internacionales reseñados.

A partir de un detenido análisis de la norma del art. 12 del C.P. advierto que la suspensión de la privación de la patria potestad y de la administración y disposición de los bienes por actos entre vivos, con el consiguiente sometimiento impuesto por el Estado a la curatela por el tiempo que dure la condena, se traduce en una limitación o restricción de derechos que se presenta anacrónica frente a una realidad carcelaria que se encuentra en apertura gradual y transformación desde los puntos de vista político, social y, en particular, tecnológico y comunicacional.

En tal sentido, la original finalidad tutelar que se afirma respecto de la disposición contenida en la segunda y tercera disposición del art. 12 del Código Penal ya no puede ser considerada un fin razonable para restringir el ejercicio de la patria potestad y de la administración y disposición de los bienes por actos entre vivos.

En efecto, la suspensión del derecho de ejercer la

patria potestad genera en una reducción en los vínculos y lazos del condenado con el medio libre, ocasionando perjuicios adicionales que dificultan el regreso al medio libre y afectan, de ese modo, el principio resocializador de la ejecución de la pena.

Que similar afección resulta de la restricción al derecho de administración y disposición de los bienes por actos entre vivos, que importa también un agravamiento de la pena que no parece compatible con los principios de rango constitucional analizados. Los mencionados derechos gozan de protección dentro del plexo de derechos y garantías que integran el bloque de constitucionalidad federal (art. 75, inc. 22 C.N.) los derechos civiles que reconocen y amparan los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, los que se alinean con los garantizados por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -arts. XVII y XXIII-, la Declaración Universal de Derechos Humanos -art. 17, ptos. 1 y 2-, la Convención Americana sobre Derechos Humanos -art. 21, ptos. 1 y 2 y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales -arts. 3 y 4-; referidos a la libre disposición de la propiedad privada, y al derecho de servirse de los bienes y gozarlos conforme a un ejercicio regular; el que no puede ser alterado arbitrariamente (art. 28 C.N.).

En este sentido, la doctrina judicial vigente y la legislación moderna procuran el fortalecimiento paulatino de esos vínculos ya sean familiares, sociales o laborales.

A tal punto, que se ha considerado que su impedimento puede constituir un agravamiento de las condiciones de detención (cfr. en tal sentido causas nº 592/13 caratulada "Lefipán, Walter Roberto s/ recurso de casación", Reg. Nro. 1397/13, rta. del 9/08/2013 y nº FBB 4214/2014/2/1/CFC2 "Cuenca, José María y otro", Reg. Nº 1608/2014.4, del 15/8/14, entre muchos).

Se ha dicho que "... el ideal resocializador como su

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

*finalidad, exige que se oriente la ejecución de las medidas de encierro en forma tal que el encierro carcelario provoque la menor cantidad posible de efectos nocivos a la persona privada de su libertad" (Salt, Marcos G.: Los derechos de los reclusos en Argentina en Rivera Beiras/Salt "Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina", Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, pág. 187).*

El derecho a un trato digno y humano reconocido a las personas privadas de su libertad no sólo encuentra soporte en nuestra Constitución Nacional desde 1853 – art. 18 C.N., “[l]as cárceles de la Nación será sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”–, sino que tiene su origen en el derecho romano y fue recibido en el derecho patrio por vía de las Partidas de Alfonso el Sabio (LEVAGGI, Abelardo, Análisis histórico de la cláusula sobre cárceles de la Constitución, L.L. 8/10/2002 – Suplemento de la Universidad del Salvador –, p. 1). La ley de Partidas declara: “la cárcel non es dada para escarmentar los yerros, más para guardar los presos tan solamente en ella, fasta que sean juzgados” (Partida Séptima, Título XXXI, Ley IV,).

El art. 18 de la Constitución de 1853 recoge de manera sustancialmente idéntica el texto del art. 170 de la Constitución de 1826, que a su vez reproducía el texto del art. CXVII de la Constitución de 1819, la que a su vez tenía su fuente en el art. 6 del Decreto de Seguridad Individual de 23 de noviembre de 1811, cuyo texto declaraba “Siendo las cárceles para seguridad y no para castigo de los reos, toda medida que a pretexto de precaución, sólo sirva para mortificarlos, será castigada rigurosamente”.

Así, el constituyente estableció de manera expresa el principio de humanidad en la ejecución de las medidas privativas de la libertad que debe regir como pauta de orientación de toda la actividad de los órganos estatales que

intervienen en la Ejecución, y ese principio tiene consecuencias prácticas, pues impone al Estado la obligación de brindar a las personas que priva de libertad determinadas condiciones de trato que, de no cumplirse, tornan al encierro ilegítimo.

En este contexto, debe resaltarse el fuerte impacto que en las fuentes del derecho argentino y en la evolución del pensamiento jurídico sobre el tópico tuvo la reforma constitucional de 1994 que incrementó el ámbito de regulación de las condiciones de la ejecución de la pena privativa de la libertad y de la situación jurídica de las personas privadas de libertad con la incorporación al texto de los pactos internacionales de derecho humanos a los que otorgó jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22). Estos tratados amplían el conjunto de garantías procesales y profundizan el alcance de los derechos relativos al debido proceso legal contenido de la cláusula del art 18: derecho a condiciones carcelarias adecuadas y dignas, expresado en las normas referidas al derecho a un trato digno (arts. 5.2. CADH, 7 PIDCyP, art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre); prohibición de la imposición de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (arts. 5 CADH, 7 PIDCyP, 2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes).

Por su parte, el art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que *"Toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respecto debido a la dignidad inherente al ser humano"* y que *"El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados"* (art. 10.3). En idéntico sentido, el art. 5 de la C.A.D.H. establece que *"Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados"*.

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

Las Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos establecen en su apartado 60 que: "El régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto éstas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona".

Corresponde destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Verbitsky", antes citado, estableció que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención.

En este sentido se ha dicho que "...entendemos que las normas que consagran al ideal resocializador como fin de la ejecución de las penas deben ser interpretadas de conformidad con los principios y los límites del derecho penal del Estado de derecho, conforme al modelo de intervención penal que surge de una interpretación sistemática de las normas constitucionales y de los pactos internacionales de derechos humanos. Así, el ideal resocializador erigido como fin de la ejecución sólo puede significar una obligación impuesta al Estado ("derecho", por lo tanto, de las personas privadas de libertad) de proporcionar al condenado, dentro del marco del encierro carcelario, las condiciones necesarias para un desarrollo personal adecuado que favorezca su integración a la vida social al recobrar la libertad... De esta manera, el fin de resocialización, como derecho de las personas privadas de libertad frente al Estado, no puede ser utilizado jamás para restringir o limitar un derecho o facultad de las personas privadas de su libertad. Antes bien, con esta concepción, el principio de resocialización influye positivamente en los distintos aspectos del régimen penitenciario y actúa como criterio de interpretación en el sentido de que sea más favorable para el cumplimiento de la obligación del Estado de favorecer las posibilidades de los internos de desarrollar una vida normal" (Salt, Marcos G., ob. cit., p. 177).

Se trata de la Humanización del Poder.

En tal sentido, se debe garantizar que la persona condenada mantenga sus relaciones con el mundo exterior en la mayor extensión posible, asegurando el ejercicio de los derechos y obligaciones, inherentes al ser humano. Para ello, se le deben otorgar herramientas que permitan cumplir con el ideal resocializador de la ejecución de la pena y no restringir sus derechos.

Así, advierto que la norma del art. 12 del C.P. afecta la continuidad de los lazos familiares y sociales y el contacto fluido del interno con el mundo exterior, así como el ejercicio de sus derechos de contenido patrimonial, en tanto lo sitúan en plano de desigualdad con respecto a los demás sujetos de derecho, impidiéndole cumplir adecuadamente con las obligaciones inherentes a la patria potestad y de actuar en un plano de igualdad frente a terceros en la administración y disposición de sus bienes por actos entre vivos, sometiéndolo de manera forzada al régimen de la curatela. Ello, genera un efecto estigmatizante, apartado de la finalidad resocializadora de la ejecución de la pena.

Los contactos con el mundo exterior y el mantenimiento y fortalecimiento de las relaciones familiares se vislumbran como una de las principales formas de cumplir con la resocialización de los condenados.

Por otro lado, el carácter genérico de la norma y su aplicación automática en tanto y en cuanto se constate una situación objetiva, esto es: la imposición de una condena superior a los tres años, impide u obstaculiza una reflexión particular del caso que permita evaluar la concreta vulneración a los derechos humanos que en el caso su aplicación concreta pudiera generar.

A su vez, la referida normativa -que se arroga la aplicación de medidas que, de resultar necesario, deberían canalizarse en ámbito ajenos al derecho penal-, lejos de

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA

reflejar una mera consecuencia de la condena con efectos tutelares, instituye una pena accesoria, de exclusiva índole moralista, infantilizante y paternalista, contrario al Estado de Derecho:

La norma prevista en el art. 12 del C.P. también menoscaba el principio de intrascendencia de la pena establecido en el art. 5.3 de la C.A.D.H. que expresa: "*La pena no puede trascender a la persona del delincuente*".

Es que la pena tiene carácter personal y, en tal sentido, es que se prohíbe que sus consecuencias se trasladen a otras personas ajenas al sistema penal.

De acuerdo con el principio enunciado, entiendo que las incapacidades civiles impuestas por el art. 12 del C.P. en cuanto suspenden el ejercicio de los derechos y deberes emergentes de la patria potestad hacen extensible las consecuencias de la pena impuesta al condenado a todo el entorno familiar en tanto impide que los padres puedan decidir sobre la crianza de sus hijos de acuerdo al proyecto de vida que aquéllos elijan.

En esta inteligencia, resulta destacable que el Estado tiene el deber de proteger a la familia (art. 14 bis, C.N., y art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos), pues aquella es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado, mediante la adopción de medidas apropiadas para otorgar plena efectividad a ese derecho.

Además, la privación del ejercicio de los derechos y deberes que corresponden a los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos para su protección y formación integral en razón de la patria potestad (art. 264 del Código Civil) menoscaba el interés superior del niño (art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño), el que ha sido definido como el que se funda en "*la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno*

aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances y de la Convención sobre los Derechos del Niño" (cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva 17/2002, del 28 de agosto de 2002).

En idéntico sentido, la ley 26.061 reconoce el interés superior del niño, niña y adolescente como la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos y garantías, estableciendo específicamente que dicho principio rige en materia de patria potestad.

Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "(1)a consideración rectora del interés superior del niño que establece la Convención sobre los Derechos del Niño, lejos de erigirse en una habilitación para prescindir de toda norma jurídica superior, constituye una pauta cierta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales de todas las instancias llamadas al juzgamiento de los casos, incluyendo obviamente, a la Corte cuando procede a la hermenéutica de los textos constitucionales" (Fallos: 324:975).

En este sentido, las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos debe ceñirse al interés superior del niño, a fin de otorgarle efectividad a los derechos reconocidos por la Convención referida.

Asimismo, los pactos internacionales de derechos humanos imponen que los Estados adopten —como deber positivo— políticas destinadas a asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos allí reconocidos.

En dicha inteligencia, el Comité de Derechos Humanos ha resaltado que la plena vigencia de los derechos de los niños requiere no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los

*Cámara Federal de Casación Penal*

  
HERNÁN BLANCO  
SECRETARIO DE ...

derechos. Esto implica la adopción de medidas de carácter económico, social y cultural, entre otras, y en igual medida, el resguardo del rol preponderante de la familia en la protección del niño mediante el arbitrio de medios que promuevan la unidad familiar.

En el sentido que aquí se viene discutiendo una posible y eventual excepción por aplicación del principio general podría darse cuando el efectivo ejercicio de esa patria potestad se presentara como una afectación siquiera posible de ese interés superior del niño, cuya protección se erige como eje central del análisis.

Por todo lo expuesto, advierto que la norma contenida en el art. 12, segunda y tercera disposición, del C.P. viola los principios de resocialización de la ejecución de la pena, el principio de intrascendencia de la pena, el principio de razonabilidad y el interés superior del niño, y, por ello, corresponde declarar su inconstitucionalidad.

En virtud de todo ello, propicio al acuerdo:

I. **Rechazar** el recurso de casación interpuesto por la defensa de Marcos Carmelo RIBLES RIBLE, sin costas (arts. 530 y 531 *in fine* del C.P.P.N.)

II. **Hacer lugar parcialmente** a los planteos efectuados por Defensora Pública Oficial en su presentación de fs. 639/643vta.; **declarando la inconstitucionalidad** del art. 12, segunda y tercera disposición, del Código Penal y en consecuencia, dejar sin efecto la condena dictada en cuanto a la imposición de las accesorias dispuestas en el art. 12, segunda y tercera disposición, del C.P.

III. **Tener presente** la reserva del caso federal efectuado por la parte.

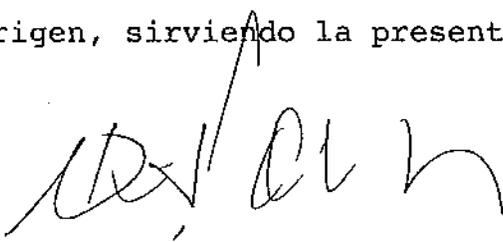
Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal **RESUELVE:**

I.- **RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por el defensor oficial de Marcos Carmelo Ribles Rible, Dr. Lucas Tassara, a fs. 560/590, por mayoría, sin costas (arts. 470, 471 -a contrario sensu-, 530 y ss., del C.P.P.N.).

II.- Por mayoría, **HACER LUGAR PARCIALMENTE** a los planteos efectuados por Defensora Publica Oficial en su presentación de fs. 639/643vta.; **declarando la inconstitucionalidad** del art. 12, segunda y tercera disposición, del Código Penal y en consecuencia, dejar sin efecto la condena dictada en cuanto a la imposición de las accesorias dispuestas en el art. 12, segunda y tercera disposición, del C.P.

III.- **TENER PRESENTE** la reserva de caso federal.

Regístrese, notifíquese y oportunamente comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada 15/13, CSJN) a través de la Secretaría de Jurisprudencia de esta Cámara. Remítase la causa al Tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío.



GUSTAVO M. HORNOS



JUAN CARLOS GEMIGNANI



EDUARDO RAFAEL RIGGI

Ante mí:



HERIBÁN BLANCO  
SECRETARIO DE CÁMARA