

REGISTRO N° 20978

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 13 días del mes de diciembre de dos mil doce, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el juez doctor Alejandro W. Slokar como Presidente y las juezas doctoras Angela Ester Ledesma y Ana María Figueroa como Vocales, asistidos por la Secretaria, doctora María Jimena Monsalve, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la decisión obrante a fs. 318/vta. -cuyos fundamentos fueron agregados a fs. 320/329- de la presente causa n° 12.135 del registro de esta Sala, caratulada: "BRAVO MAMANI, Richard Wilfredo s/recurso de casación", representado el Ministerio Público Fiscal por el señor Fiscal General doctor Raúl Omar Pleé y la defensa por la señora Defensora Pública Oficial doctora Eleonora Devoto.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez doctor Alejandro W. Slokar y en segundo y tercer lugar las juezas doctoras Ana María Figueroa y Angela Ester Ledesma, respectivamente.

El señor juez doctor **Alejandro W. Slokar** dijo:

-I-

1°) Que por sentencia de fecha 20 de noviembre de 2009, cuyos fundamentos fueron leídos el día 27 de noviembre de 2009, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 28 de la Capital Federal, en la causa N° 3035 de su registro, condenó a Richard Wilfredo Bravo Mamani a la pena de doce años de prisión, por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por ser gravemente ultrajante para la víctima y por ser encargado de la guarda (arts. 12, 29 inc. 3°, 45 y 119, segundo párrafo, inc. b del Código Penal).

Contra esa decisión la defensa interpuso recurso de casación (fs. 331/348), que fue concedido (fs. 349/vta.) y mantenido (fs. 358).

2°) Con invocación del motivo formal del art. 456 del rito, el recurrente planteó en primer término la nulidad de la declaración de la damnificada en la cámara gesell, en razón de

que no fue notificada la defensa sobre la realización el acto.

Sostuvo la asistencia técnica que para la recepción del testimonio en los términos del art. 250 bis del digesto ritual debe asegurarse el derecho de defensa, notificando a aquella parte con el fin de que pueda controlar la producción de esa prueba. Postuló, en consecuencia, que se trata de una nulidad absoluta y que acarrea la invalidez de todo el proceso.

Se agravió también de la incorporación al juicio de las declaraciones prestadas por la niña denunciante, sosteniendo que el material probatorio remanente nunca pudo ser controlado por la defensa, que además se erige en el hilo conductor de la investigación y en la declaración de responsabilidad del imputado.

Refirió que, contrariamente a lo sostenido por el tribunal, la imposibilidad de interrogar o hacer interrogar a la menor no se soluciona con la comparecencia en el juicio de quienes realizaron la denuncia penal en nombre de la damnificada, ni de las profesionales que se entrevistaron con la niña y la posibilidad de interrogarlas, puesto que no podrían contestar sobre aquello que la ella no relató durante su testimonio. Señaló asimismo que los deponentes en la audiencia fueron testigos de oídas.

Sindicó también que corresponde examinar la validez del procedimiento de incorporación de la prueba de cámara gesell realizada por la niña frente al art. 8 inciso 2° letra F de la CADH y el art. 14 inciso 3° letra C del PIDCP, por cuanto estas disposiciones establecen el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos presentes en la audiencia principal, como también el de toda persona acusada de delito a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, y citó al efecto los precedentes "Benítez" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y "Unterpertinger v. Austria" del TEDH.

Así, afirmó que debe garantizarse al imputado, al menos en algún momento del procedimiento, el derecho de controlar las declaraciones de las personas que lo denuncian y la inmediación requerida por el derecho de defensa.

Por otra parte señaló que la prueba restante no habilita un juicio de certeza acerca de la culpabilidad del acusado, toda vez que siempre gira en torno de los dichos de la

menor, no controlado por la defensa.

En ese orden, sostuvo que las pruebas producidas en el debate no resultan suficientes para la condena del encartado, debido a que no hubo testigos y resulta por tanto imposible probar el hecho que se le atribuye. Postuló que la condena se fundó únicamente en el testimonio de la niña, que se encuentra contrapuesto con la firme negativa de Bravo Mamani. Sindicó que existen elementos que podrían poner en duda la materialidad de los hechos y la autoría por parte de su pupilo, debido a que -según su declaración- las verrugas de la niña se deben a que se las contagió la madre, con quien se bañaba y compartían la toalla. Destacó además que "tiene entendido según la abuela de M[...] que el padre de Lorena [madre de la damnificada] tendría esas mismas verrugas..." y concluyó que los traumas de la niña podían deberse a otras circunstancias de su vida.

Indicó, de otro lado, que el tribunal valoró erróneamente las pruebas y pronunció una sentencia arbitraria, puesto que no dio debida cuenta de la baja confiabilidad que revisten los testimonios de los niños, debido a su "falta de madurez moral y mental". Indicó que los infantes tienen gran facilidad para mentir y no se encuentran amenazados por las penas correspondientes al delito de falso testimonio, razón por la cual se debe desconfiar del contenido de sus dichos.

Por tal razón, se reclamó a esta instancia casatoria el examen de los elementos probatorios sobre los que viene sostenido el fallo condenatorio.

En estas condiciones, acusó la insuficiencia de la motivación del fallo condenatorio y reclamó que se declare su nulidad (arts. 123 y 404, inc. 2°, CPPN).

En cuanto a la determinación de la pena, consideró la defensa que la decisión es arbitraria, puesto que cuando se señaló la extensión del daño causado, los jueces refirieron a potenciales daños futuros. Refirió que los judicantes agravaron la reacción punitiva en razón del estado de abandono de la víctima, su falta de aseo y carencias en la nutrición y la afectividad. Sindicó que todo ello da cuenta de que los traumas pueden derivar de otras situaciones que la menor puede haber sufrido en su vida, tales como el abandono de la madre, el

vínculo con sus abuelos, la carencia de una familia constituida y la pérdida de un hermanito menor.

Se agravió también de la consideración que hiciera el tribunal en orden a la edad de la víctima, debido a que tal circunstancia fue tenida en cuenta ya por el legislador con el fin de fundamentar la tipicidad o el agravamiento de la conducta típica, y refirió que aquella consideración infringe la prohibición de doble valoración, derivada del principio *ne bis in idem*.

También invocó que no se meritó la difícil historia de vida del imputado y demás circunstancias atenuantes que surgen de su informe socioambiental. Refirió que si bien el *a quo* mencionó la falta de antecedentes al momento de determinar la sanción, no resulta claro si se valoró como atenuante y sindicó que no aparece justificado el alejamiento de la cuantificación punitiva respecto del mínimo, en atención a los fundamentos dados por el *a quo*. Por último, consideró que la pena impuesta es excesiva y desocializante.

**3°)** Durante el plazo del art. 465 del CPPN y en la oportunidad del art. 466 del mismo cuerpo legal, se presentó el Fiscal General doctor Raúl Omar Pleé (fs. 361/366vta.) y solicitó el rechazo del recurso de casación. Sostuvo que no corresponde la declaración de nulidad cuando tal sanción no se encuentra prevista legalmente y destacó que tampoco corresponde decretarla si ella no causó agravio a la parte que la solicita. Asimismo, señaló que no procede la nulidad en los casos en que el acto ha cumplido su finalidad.

Señaló que la defensa tuvo oportunidad de hacer comparecer a la niña y que omitió toda solicitud al momento de ofrecer prueba para el juicio oral y que, en cualquier caso, no demuestra que el testimonio de la menor haya sido dirimente, toda vez que existieron otras pruebas que dan sustento a la condena. En tal sentido, concluyó que el casacionista no demuestra más que su mera discrepancia en orden a la valoración de la prueba efectuada por el tribunal. Sindicó asimismo que se ha podido interrogar a las profesionales que entrevistaron a la niña y a quienes realizaron la denuncia del abuso, luego de descubrir la victimización que la niña había sufrido. Por tanto, consideró que la defensa ha podido interrogar a los

testigos de cargo.

En lo atinente al agravio referido a la arbitrariedad de la sentencia, sostuvo que la decisión del tribunal se encuentra adecuadamente fundada en las pruebas producidas y que su valoración pormenorizada permitió concluir que correspondía la condena del encartado.

Por último se refirió a los planteos defensasistas en orden a la mensuración punitiva y sostuvo que aquel extremo se encuentra adecuadamente fundado y que el recurso de la defensa no debe habilitar el control casatorio.

A su turno, la defensa oficial presentó el escrito glosado a fs. 367/370, donde reiteró los agravios contenidos en el recurso de casación.

4°) A fs. 380 se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 468 del CPPN, por lo que las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

**-II-**

Que el recurso de casación es admisible, toda vez que se trata de una impugnación dirigida contra la sentencia de condena que resulta recurrible en virtud de lo dispuesto por el art. 459 del rito, y en el escrito de interposición se han invocado agravios que podrían caer bajo el art. 456, inc. 2 del rito según los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal, Matías Eugenio" (Fallos: 328:3399) que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de ser revisado, o sea de agotar la revisión de lo revisable (cfr. considerando 5° del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11° del voto del juez Fayt, y considerando 12° del voto de la jueza Argibay).

**-III-**

Que el planteo que se ensaya en el primer segmento de la crítica contra el fallo condenatorio dictado por el *a quo*, impone examinar la validez de las declaraciones mediante el mecanismo de cámara gesell de la niña denunciante, atento la denunciada falta de notificación a la defensa, como también si -en las circunstancias de este proceso- la incorporación de los relatos brindados por la misma ha afectado el ejercicio del derecho de defensa.

A este respecto, el recurrente invoca los arts. 8.2, letra f, de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto comprende -entre los derechos de toda persona imputada de un delito- el "derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos", y referencia también el art. 14.3, letra e, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto reconoce a todo acusado de un delito el derecho "a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo". Las disposiciones citadas son pertinentes para la solución del caso, en tanto están comprendidas entre las garantías mínimas de un proceso equitativo en cuanto respecta a todo acusado de un delito.

Para analizar aquel planteo deviene necesario hacer previamente un sucinto repaso sobre las constancias de la causa que se vinculan de modo ineludible con esa cuestión.

Así, cabe observar en primer término que el juez de instrucción dispuso con fecha 25 de febrero de 2008, que se tome declaración testimonial a M.A.A. de conformidad con el procedimiento previsto en el art. 250 bis del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 14/vta.), el mismo día se produjo su detención (cfr. fs. 22/vta.) y se tomó declaración a la niña M.A.A. (fs. 41/44). También se desprende de las constancias causídicas que a fs. 63/70 se pronunció el auto de procesamiento, que fue impugnado sin invocación de la nulidad que ahora se impetra (*vid.* fs. 72/vta. y memorial de fs. 81/84), el que aparece confirmado por la alzada por auto interlocutorio de fs. 85/86vta. Asimismo a fs. 236 se dispuso la elevación a juicio sin oposición de la defensa en la oportunidad del art. 349 CPPN (fs. 235). Finalmente en la oportunidad del art. 454 del rito, omitió todo ofrecimiento de prueba y no se opuso a la ofrecida por el fiscal (*vid.* fs. 248/vta., 249 y 272).

Nótese en este sentido que en ningún momento de la etapa de instrucción la defensa se agravió respecto de esta materia, y en ninguna de aquellas oportunidades se efectuó la

más mínima referencia en torno a la falta de oportunidad real de confrontar los dichos de la damnificada.

Así, el planteo referido a la falta de notificación de la audiencia en la que se recibiría el testimonio de la menor se efectuó una vez abierto el debate oral y público, impetrando la nulidad de todo lo actuado e incluso sin solicitar que se citara a la niña al juicio para que pudiera ser interrogada. La decisión del planteo fue diferida y el tribunal -luego de oír a todos los testigos que comparecieron y de recibir toda la prueba ofrecida oportunamente- concluyó que la declaración en los términos del art. 250 bis del rito fue válida, y que la defensa tuvo oportunidad de controlar aquel testimonio y omitió hacerlo. El *a quo* consideró, a todo evento, que la defensa había tenido la oportunidad de interrogar a las profesionales que se entrevistaron con la damnificada y con los denunciantes y que, en atención a ello, no resulta dirimente el testimonio de la menor que no ha controlado. Sostuvo -en definitiva- que la incorporación indirecta de sus dichos al juicio no afectó el derecho de defensa en el caso concreto.

En tales condiciones, el presente no remite a un caso en el que no se haya ofrecido a la defensa -según se pretende- la oportunidad de interrogar o hacer interrogar a las testigos de cargo y, de tal manera, que el estado le haya privado a la parte de esa oportunidad. En efecto, de acuerdo a las circunstancias marcadas en los párrafos anteriores, desde el momento mismo en que quedó legitimado pasivamente en estas actuaciones, el imputado y su asistencia técnica tuvieron oportunidad real de confrontar la versión de la niña.

En este sentido, el derecho a la interrogación de las testigos de cargo se presenta como renunciable, de modo que no es admisible la censura en punto a que la falta de audición de la testigo en juicio lesiona el derecho de defensa cuando la misma defensa ha omitido los medios para ejercerlo, habiendo tenido la posibilidad de hacerlo (en tal sentido, ver, *mutatis mutandi*, TEDH, petición n° 34.209/96, "S.N. vs. Suecia", sentencia sobre el fondo, 2 de julio de 2002, §§ 49 y 50; Comisión Europea de Derechos Humanos petición n° 16696/90, "Baegen vs. Países Bajos", informe de 20 de octubre de 1994, § 78, también esta sala en Causa N° 8.660 "Rubisse, César Augusto

s/recurso de casación', reg. 19.968, rta. 23/5/2012; causa N° 8.017, "Sánchez Silveira, Antonio G. s/recurso de casación", rta. 26/9/12, reg. n° 20.483; Causa N° 13.286, "Díaz, Ángel Alejandro s/recurso de casación", reg. n° 20.355, rta. 24/8/2012; Causa N° 8580, "López, Jorge Hugo s/ recurso de casación e inconstitucionalidad", reg. n° 20.765, rta. 1/11/2012).

De otra banda, la invocación del precedente "Benítez" del máximo tribunal del país (Fallos: 329:5556) se dirige a que este órgano declare la nulidad de la sentencia por haber sido pronunciada sobre la base de pruebas que no se produjeron durante el debate. Sin embargo, la defensa omite dar relevancia a una diferencia sustancial entre los hechos de aquel precedente y el presente caso: En el caso "Benítez" los testimonios incorporados no habían sido controlados por la asistencia técnica durante la instrucción y aquella parte se opuso oportunamente a su incorporación. Por el contrario, en el presente caso la defensa consintió su incorporación sin solicitar la comparecencia de la niña, de tal suerte, el precedente invocado no es de estricta aplicación al caso por no resultar sustancialmente análogo.

De otro lado, y *ad abundantia*, se advierte que la defensa no demuestra afectación alguna a sus derechos respecto de la omisión de citar a la niña M.A.A. para que declare en el juicio oral. A este respecto se ha limitado a expresar que hubiera querido interrogarla sobre cuestiones que no dijo en su testimonio y otras invocaciones genéricas que no logran rebatir lo sostenido por el *a quo* en orden a que la posibilidad de preguntar a las profesionales y a otros testigos que declararon frente al tribunal, y ha permitido el efectivo ejercicio del derecho de defensa de manera adecuada y suficiente, sin que se advierta que la niña pueda aportar respuestas que se estimen dirimentes de acuerdo con las demás constancias del caso.

Asimismo, de la lectura de la sentencia se desprende que los testigos dieron cuenta de otros elementos de prueba que resultaron independientes del testimonio cuestionado. Así es, la denunciante, que declaró en el juicio, refirió que la niña le contó acerca de los abusos sólo después de sus preguntas al respecto, debido a que cuando la niña quedó a cargo de ella,



pudo observar que su ropa interior se encontraba manchada con sangre, que la niña solamente poseía dos bombachas que se encontraban rotas, que no solía usar ropa interior y que en la habitación que compartía la menor con el imputado solamente estaba desecha una de las dos camas. Luego de advertir todos estos indicios, la mujer decidió preguntarle a la niña si su padre la manoseaba y sólo entonces M.A.A. comenzó a contar acerca de los tocamientos, el dolor que le producían, las lastimaduras y las curaciones que le efectuaba Bravo Mamani. Al respecto también explicó la niña que ella no usaba ropa interior porque a su padre no le gustaba y explicó que sus prendas íntimas se encontraban rotas debido a que su padre las había roto, y refirió además que ella compartía el lecho con el encartado. Surge también de las constancias causídicas que la niña a los seis años de edad se encontraba infectada con sífilis, al igual que el propio encausado. Todos estos elementos objetivos resultan independientes del testimonio de la niña, que solamente contribuyó a confirmar las sospechas que tuvieron sus cuidadores a poco de haber quedado a cargo de la menor de edad, debido al abandono de la residencia que efectuara Bravo Mamani.

Descartada pues la justificación del concreto perjuicio en la censura ensayada, sólo corresponde memorar la constante jurisprudencia de este tribunal en orden a que no corresponde declarar la nulidad por la nulidad misma (Cfr. Causa n° 5184 "Carrasco, Claudio Adrián y otros s/casación", reg. N° 7063, rta. el 26/10/04; "Magarzo, Walter y otra s/recurso de casación", causa 5379, reg. N° 7423, rta. 14/3/05; "Barrionuevo, Marta Adelaida s/recurso de casación", causa n° 5257, reg. N° 6992, rta. 4/10/04; "Gómez, Gustavo Adrián s/recurso de casación", causa n° 11.141, reg. N° 19.885, rta. 26/4/2012, entre tantas otras).

Sobre la base de todo lo desarrollado, se concluye que la falta de notificación a la defensa en orden a la declaración de la víctima en cámara gessell no ha afectado el ejercicio de las facultades de defensa, por lo que -a ese respecto- el remedio no puede ser de recibo.

Que tampoco merece favorable acogida la pretensión del letrado recurrente acerca de la insuficiencia y contradicción de los elementos de prueba para atribuir al encartado la conducta de abuso sexual agravado y, en este punto, la falta de motivación de la sentencia condenatoria que ha sido dictada.

Sobre el extremo, la defensa sostiene que no se meritaban adecuadamente la contradicción entre la negación de la imputación que efectuara el encartado y los dichos de la niña, y también cuestionó la credibilidad del testimonio de la menor. Refirió que el tribunal no pudo haber llegado a una convicción suficiente sobre los hechos, debido a que no existieron testigos directos.

Sin embargo, se advierte del fallo que el tribunal contó con elementos bastantes para arribar a la convicción necesaria respecto de la materialidad de los hechos denunciados y la autoría responsable del imputado, por lo que -en suma- la crítica de la defensa no revela más que su disconformidad respecto de la valoración de la prueba que hicieron los jueces.

Ahora bien, teniendo presente que a falta de inmediación respecto de la prueba válidamente introducida al debate no puede examinarse más de lo que surge al respecto en la sentencia y en el acta del juicio de fs. 314/317vta., del cotejo de dichos componentes no resultan circunstancias que riñan, según se demanda, con los extremos que se tuvieron por acaecidos en el decisorio en crisis.

Sobre el planteo de la defensa, se advierte que el único relato que contradijo a los demás fue el del imputado. La asistencia técnica pretende que se reste todo valor al testimonio de la niña por el solo hecho de que no es mayor de edad y evoca infundados prejuicios en orden a que los niños "siempre mienten"; empero tal postura no puede tener acogida, puesto que pretende imponer rígidas reglas de valoración de la prueba que no guardan arraigo en el sistema vigente de libre valoración, de conformidad con la sana crítica racional que vincula a los jueces. Así, la propuesta defensiva no se presenta razonable debido a que no se basa ni en reglas lógicas ni de experiencia, habida cuenta que los niños, al igual que los adultos, suelen decir la verdad y en ocasiones mienten. Es

por tal razón que se encuentra a cargo de los judicantes la valoración de aquellos testimonios.

En efecto, como es conocido, no puede soslayarse que el art. 398 del ritual establece que los jueces tienen el deber de valorar las pruebas recibidas y los actos del debate conforme las reglas de la sana crítica y, asimismo, la obligación de reflejar esa valoración en la sentencia conforme los arts. 123 y 404 inc. 2 del mismo cuerpo legal, que constituyen una derivación de la garantía de defensa en juicio y del principio republicano (arts. 1°, 18 y 28 CN).

Es este método el que demanda que la valoración crítica de los elementos de prueba sea racional, lo que implica exigir que respete las leyes del pensamiento (lógicas) y -además- que sea completa, en la doble valencia de fundar todas y cada una de las conclusiones fácticas y de no omitir el análisis de los elementos de prueba incorporados, exigencias con las cuales se procura lograr que la decisión se baste a sí misma como explicación de las conclusiones del tribunal.

Desde esta perspectiva, los elementos probatorios no fueron considerados en la sentencia en forma aislada, sino que forman parte de un complejo entramado, donde el resultado final se construye a partir de una visión de conjunto con una adecuada correlación de los testimonios oídos en juicio y los datos periciales.

El tribunal valoró pormenorizadamente todas las probanzas y, en ese orden, se relevó especialmente la evidencia referida a las manchas de sangre, a que la niña no usara bombacha y que las que tenía se encontraran rotas, y a que la encargada del hotel en el que residían el imputado y la damnificada había advertido que solamente utilizaban una de las dos camas. Así, consideró que aquellos elementos corroboraban los dichos de la niña, y también observó que las dos profesionales que entrevistaron a la niña coincidieron en orden a la credibilidad del relato y a que ella se encontraba traumatizada en la esfera sexual. Asimismo señalaron las expertas que ella tenía fuerte rechazo por la figura paterna y que sus expresiones se vinculaban con conocimientos referidos a la sexualidad y a las partes del cuerpo de su padre que resultaban compatibles con la vivencia del abuso y no eran

propias de una niña de su edad. Por último, el *a quo* contestó el planteo de la defensa en orden a que la sífilis se explicaría por el contacto de la piel infectada del imputado con la mucosa de la niña y que, de conformidad con el informe médico, no es una vía razonable de contagio el contacto con un objeto que a su vez hubiera sido utilizado por alguien portador. Por último, se señaló que la víctima señaló únicamente a Bravo Mamani como quien había realizado los tocamientos que motivaron la imputación objeto de la presente causa.

Por fin, corresponde syndicar que la cita jurisprudencial del precedente "Vera Rojas" (Fallos: 320:1551) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en orden a que: "la prueba en los delitos contra la honestidad [actualmente integridad sexual], como en el presente caso, resulta de difícil recolección [...]. Ello no significa que resulte de imposible investigación, ni que pueda fragmentarse la prueba [...], quitándole sustento a lo que en su conjunto lo tiene. Todo lo contrario, habrá que valorar las pruebas teniendo en cuenta cada uno de los aspectos relevantes [...] para arribar a un fallo definitivo que sea comprensivo y abarcador de los elementos de juicio recolectados", lejos de favorecer su pretensión absolutoria, permite reafirmar que el tribunal ha realizado una valoración de la prueba adecuada a las particulares circunstancias del caso y a las características de los hechos sometidos a juicio.

De esta manera, las aseveraciones que expone el recurrente en pos de lograr hacer ceder la condena impuesta a su defendido no se condicen con los fundamentos que sostienen el veredicto, por lo que corresponde el rechazo del agravio también a este respecto.

-v-

Que, por último, la cuantificación punitiva resulta adecuada y su fundamentación resulta suficiente. Sobre el extremo la defensa indicó que los jueces no expresaron a qué se refieren con la magnitud del daño causado; sin embargo, de la sola lectura de la sentencia se advierte que los sentenciantes ponderan el daño psicológico y emocional causado, a más del estado de descuido y abandono que padecía la niña, su falta de

aseo, su inadecuada nutrición, la falta de escolarización y carencias afectivas, a la sazón profundizados por la victimización sexual. De la lectura de la sentencia se colige que la psicóloga del Cuerpo Médico Forense opinó que el daño en el psiquismo era extenso, que su recuperación no se encontraba garantizada y que sólo sería posible merced a una intensa contención y al tratamiento de la niña durante mucho tiempo. En efecto, se advierte que aquella profesional consideró que M.A.A. ya se encontraba resignada y en periodo de adaptación a la situación de abuso, situación que dificulta aún más la enmienda de aquellas vivencias traumáticas.

La defensa se agravia de la imputación a su pupilo en orden al estado de abandono de la niña y propone que aquel estado no debería ser reprochado a Bravo Mamani -al menos no en su totalidad- debido a que la madre de la niña tampoco había procurado su cuidado. Aquella invocación, a más de evocar estereotipos censurables vinculados a que las mujeres son quienes deben ser las exclusivas encargadas del cuidado de los niños, resultan contrarios a las obligaciones internacionales sobre derechos humanos contraídas por el estado argentino en orden su compromiso con: "a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en [...] funciones estereotipadas de hombres y mujeres b) Garantizar [...] el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos." (art. 5 CEDAW).

Por lo demás, surge claramente de la declaración del propio imputado y de los dichos de los testigos que él se encontraba a cargo de la niña de manera exclusiva y que había asumido aquella responsabilidad voluntariamente a partir de un acuerdo con la madre de la menor, de manera tal que se trataba de él como único garante de asegurar el bienestar de M.A.A.. Asimismo, no se advierte que el criterio de agravación resulte inadecuado, puesto que la conducta del imputado en orden a los abusos sexuales constituye un maltrato que resultó

intensificado por las condiciones de vida a las que sometía a la niña.

De otro lado, la defensa se agravia de la consideración de la edad de la menor como agravante en orden a la dosimetría punitiva, debido a que tal circunstancia ya ha sido meritada por el legislador con el fin de fundar el agravamiento de la conducta típica. Sin embargo, de las consideraciones del *a quo* se colige que se señaló que la niña contaba con solo siete años y que su desarrollo psíquico correspondía al de una nena mucho menor -de tres o cuatro años de edad-, de conformidad con lo dicho por las profesionales que se entrevistaron con ella.

En ese orden, corresponde sindicar que en el caso no hubo doble valoración, puesto que se enfatizó en que la niña era de muy corta edad. De tal suerte, no puede sostenerse la imposibilidad de meritarse esta circunstancia a título de agravante, puesto que resulta de toda evidencia que el impacto de un abuso sexual en la vida de una niña de siete años no puede resultar el mismo que el producido en una mayor, debido a que el desarrollo físico, mental, los conocimientos y la comprensión sobre la sexualidad resultan de una evolución continua; por tanto, el abuso sexual resulta más dañoso para una niña que no comprende lo que sucede, que se encuentra muy lejos de la edad de madurez sexual y que posee un desarrollo físico plenamente infantil y un estado de indefensión mucho más marcado que el de una víctima de mayor edad.

En efecto, sobre la regla invocada se ha dicho que: "es una cuestión de lógica jurídica y expresión del *ne bis in idem*, el principio según el cual cuando una circunstancia está contemplada en el tipo legal no debe ser tomada en cuenta para la cuantificación de la pena, lo que se conoce doctrinariamente como prohibición de doble desvaloración. Esta regla elemental impide que una circunstancia, cuando forma parte de la descripción típica en su determinación básica o cualificada, pueda ser considerada entre los criterios que agraven la pena, pues ya integra el desvalor del injusto que se reprocha. Con todo, cabe aclarar que no existe doble desvaloración cuando el mismo elemento se toma en cuenta en la cuantificación de la pena para particularizar su intensidad. Como es lógico, la

prohibición de doble desvaloración no se afecta cuando no se trata de una nueva desvaloración sino de la particularización o perfeccionamiento del grado de una única desvaloración" (Zaffaroni, E.R., *et al*, "Derecho Penal. Parte General", 2da ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, pp. 1046-1047).

Más aún: la misma doctrina citada por el recurrente para fundar su agravio referido a la doble valoración ejemplifica: "si un padre es autor del delito de corrupción de menores, su posición de padre de la víctima ya produce según la ley una agravación respecto del delito básico (arts. 125 y 125 *in fine* C.P.). Desde este punto, no debería volver a valorarse en la medición de la pena que se trata *justamente del padre*. Sin embargo, en términos comparativos, la corrupción cometida por un padre podría ser más grave que la cometida por otra persona encargada de la educación o guarda que, sin embargo, también está alcanzada por la agravante correspondiente. En esta medida, no habría una doble valoración si, al graduar la pena, se le atribuye a la calidad de padre una incidencia específica respecto de un 'guardador genérico' del menor" (Ziffer, Patricia S., "Lineamientos de la determinación judicial de la pena", Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 111-112).

Por último, el casacionista sostiene que el *a quo* omitió considerar diversas circunstancias atenuantes referidas a lo que surge de su informe socioambiental y en razón de la pérdida de un hijo. Sin embargo, no argumenta de qué manera tales extremos han incidido en el hecho en forma tal que deban imponer una aminoración de la reacción punitiva.

Resulta de toda evidencia que la invocación de la falta de antecedentes condenatorios favoreció al encartado como atenuante de la pena ya que se observa que el *a quo* meritó diversas circunstancias que imponían agravar la pena correspondiente a un hecho doblemente agravado e impusieron una pena que, si bien se alejaba del mínimo marcado por la moldura legal -entre 8 y 20 años-, ciertamente resulta sensiblemente aminorado respecto del máximo, de manera tal que no se omitió la consideración de elementos que favorecieran al imputado.

En definitiva, y a partir de todas las consideraciones expuestas, la dosimetría punitiva aparece como adecuadamente fundada y no se advierte la desproporcionalidad

denunciada, sino una mera discrepancia con el *quantum* determinado por el tribunal.

Sobre estas consideraciones, en la convicción de que el pronunciamiento puesto en crisis satisface suficientemente las exigencias del artículo 123 del rito, concluyo proponiendo al acuerdo que se rechace *in totum* el recurso de casación interpuesto y se confirme la sentencia de condena en todo cuanto ha sido motivo de recurso, sin costas.

Así lo voto.

La señora jueza doctora **Ana María Figueroa** dijo:

-I-

1º) Que comparto las consideraciones vertidas por el Juez Slokar en los puntos III, IV y V de su voto, por lo que acompañaré su decisorio rechazando el recurso impetrado.

2º) Concuerdo con el juez que lidera el acuerdo, que no corresponde que la declaración de la niña M.A.A. en Cámara Gesell sea nulificada, por falta de notificación de su realización al encartado, ya que no se advierte que en ningún momento de la etapa instructoria la defensa se agraviara por esta cuestión, como así tampoco solicitó en la etapa procesal oportuna que la víctima fuera citada al juicio oral a efectos de ser interrogada por la defensa.

En virtud del principio de trascendencia una de las exigencias fundamentales para que proceda la declaración de nulidad de un acto procesal es la existencia de un perjuicio concreto, o sea la limitación de un derecho del justiciable vinculado en forma inmediata al buen orden del proceso y en forma mediata, a las garantías que son su causa; por consiguiente tanto en el caso de una nulidad relativa como de una nulidad absoluta es menester la demostración de un perjuicio real y concreto (cfr. CSJN Fallos 323:929).

Sobre el particular cabe memorar que las nulidades procesales son de interpretación restrictiva, siendo condición esencial para que puedan declararse que la ley prevea expresamente esa sanción, que quien la pida tenga interés jurídico en la nulidad y además que no la haya consentido expresa o tácitamente. De esta forma resulta indiferente para una eventual declaración de nulidad la naturaleza de ésta, expresa, genérica, virtual o desde otro análisis absoluta o



relativa, ya que los principios de conservación y trascendencia, plasmado éste último en la antigua máxima "pas de nullité sans grief", impiden la aplicación de dicha sanción si el acto atacado logró su finalidad, y si no se verifica un perjuicio que deba ser reparado (cfr. Sala III, causas n° 2242 "Themba, Cecil Oupa s/rec. de casación" Reg. 209/2000 del 26/4/2000; n° 2471 "Antolín, Miguel Angel s/rec. de casación" Reg. 765/00 del 30/11/00; n° 3561 "Alincaastro, Jorge R. s/rec. de casación" Reg. 137/02 del 9/4/02; n° 3743 "Encinas Encinas, Edwin s/rec. de casación" Reg. 314/02 del 11/6/02; n° 4586 "Muñoz, Jorge L. s/rec. de casación" Reg. 762/03 del 15/12/03, n° 4859 "Alais, Julio A. y otros s/rec. de casación" Reg. 199/04 del 23/4/04, entre muchas otras).

Así las cosas, en la especie, la declaración de nulidad se llevaría a cabo en el sólo beneficio de la ley, desde que las formas procesales no constituyen un fin en sí mismas, vale decir no respondería a ningún fin práctico, real y positivo que efectivamente la justifique pues como se dijo no ha proyectado ninguna consecuencia perjudicial sobre la causa o el imputado.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido reiteradamente que "la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el solo interés formal de cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia." (in re "Castro Roberts, Óscar Alberto s/ Robo de Automotor en concurso real con tentativo de Robo -causa n° 8786- rta. el 15/11/88). Asimismo ha afirmado que la garantía de la defensa en juicio tiene desde antiguo carácter sustancial (Fallos 189:306 y 391; 192:240 y 308; 193:487 entre muchos otros) y por ello exige de parte de quien la invoca, la demostración del concreto perjuicio que pudo inferirle el presunto vicio de procedimiento y de la solución distinta que pudo alcanzarse en el fallo si no hubiese existido ese defecto (Fallos 298:279 y 498).

Por ello, considero debe rechazarse el recurso de casación de la defensa, con costas.

**3°)** La defensa se agravió argumentando que la sentencia en crisis no reúne los requisitos mínimos de

valoración, considerando que existe una fundamentación aparente, y no constituye una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación de las circunstancias probadas en la causa.

Sobre el particular corresponde rechazar la pretensión defensiva por entender que la sentencia en crisis ha valorado adecuadamente la prueba colectada, y ha realizado un razonamiento lógico adecuado en base a los elementos probatorios colectados, reuniendo de esta forma los requisitos de un acto jurisdiccional válido.

4°) En relación a la nulidad de la pena impuesta considero que las argumentaciones de la defensa se limitan a manifestar su desconformidad con el quantum de la sanción, sin lograr conmover la razonabilidad de dicho pronunciamiento.

Por todo lo expuesto, propicio al acuerdo el rechazo del recurso de casación deducido por la defensa del señor Richard Wilfredo Bravo Mamani, con costas.

5°) Corresponde en el caso realizar un análisis de la normativa constitucional y convencional aplicable.

5.1°) El Estado Nacional posee un orden de jerarquía normativa y ha asumido compromisos al ratificar tratados en materia de derechos humanos ante la comunidad internacional, los que deben respetarse en las normas del derecho interno, conforme artículos 18, 75 incisos 22 y 24 CN, leyes 22.278 y 26.061.

La aplicación del paradigma de los derechos humanos es la consecuencia del orden asignado al derecho convencional y su jerarquía constitucional, porque cuando el Estado asume la decisión política en un acto federal complejo, de suscribir tratados internacionales o regionales, en función de los artículos 27 y 31. 1 de la Convención de Viena del Derecho a los Tratados, éstos se deben interpretar de buena fe y asegurando su cumplimiento.

Cuando se analiza una incompatibilidad entre las normas convencionales con las de derecho interno, denunciando casos concretos de violaciones a los derechos humanos, como el presente, corresponde tomar medidas para solucionarlo en el ámbito de la respectiva competencia y a la luz del deber de prevención que incumbe al Estado.

Por esta razón todos los poderes del Estado en sus competencias ejecutivas, judiciales, legislativas y administrativas deben ajustar su accionar para el efectivo cumplimiento de los tratados, estando dentro de las atribuciones de los jueces la aplicación e interpretación del sistema jurídico y especialmente de sus normas convencionales y constitucionales.

5.2°) La Corte Suprema de Justicia de la Nación -CSJN- sostuvo que los jueces deben dictar *"... las decisiones que en el caso concreto sean requeridas para la salvaguarda de los derechos y libertades del menor y para la protección especial a que éste es acreedor, con arreglo a la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia"* -Causa 7537 "García Méndez, Emilio y otra" del 02/12/2008- G.147.XLIV (Rec. hecho).

También ha sostenido *"Que, consecuentemente, en la actualidad, el sistema jurídico de la justicia penal juvenil se encuentra configurado por la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, normas que resultan de ineludible consideración al momento de la imposición de penas por hechos cometidos por menores"* -Caso "Maldonado" M. 1022.XXXIX del 07/12/2005, considerando 34-, señalando la aplicación de un corpus iuris convencional de máxima jerarquía normativa.

5.3°) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 17 -OC 17- sobre *"Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño"* del 28 de agosto de 2002, analiza la Convención Americana sobre Derechos Humanos -CADH- y la Convención sobre los Derechos del Niño -CDN-. Sostiene el principio de la protección integral, basada en el **interés superior del niño**, afirmando que los niños son sujetos de derecho pleno -reconociendo los derechos humanos básicos y además los propios de su condición de niños- y su vínculo a la autoridad parental; por lo que corresponde la aplicación de las normas convencionales y las garantías del proceso penal, siendo además acreedores de protecciones especiales, de un plus en

razones de la edad, inmadurez, por su posición de desventaja, necesidades específicas, por lo que corresponde adoptarla en el presente caso.

Esta interpretación surge de su jurisprudencia en los siguientes procesos contenciosos "Caso Chitay Nech" -sentencia 25/05/2010, párrafo 45-; "Caso La Masacre de las Dos Erres" -sentencia 24/11/2009, párrafo 177, 181 y 195- "Caso Servellón García y otros" -sentencia 21/09/2006, párrafo 113-; "Caso de las Masacres de Ituango" -sentencia 01/06/2006, párrafo 106-; "Caso de la Masacre de Mapiripán" -sentencia 15/09/2005, párrafo 152-; "Caso Balderón García" -sentencia 06/04/2005, párrafo 244-; "Caso Instituto de Reeducción del Menor" -sentencia 02/09/2004, párrafo 147, 160-; "Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri" -sentencia 08/06/2004, párrafo 166-; "Caso de los Niños de la calle (Villagrán Morales)" -sentencia 19/11/1999, párrafo 146, 191/4- CIDH; Informe de Comisión IDH 41/99 "Caso 11491 Menores Detenidos en Honduras"; entre otros, donde se ha analizado y establecido el criterio de interpretación sobre el **interés superior del niño**; apropiaciones, sustracciones y retenciones de niños; vulnerabilidad de niños en situación de desamparo familiar y social; niños/as de pueblos originarios; niños en conflictos armados y sus límites para su reclutamiento; ejecuciones sumarias ante situación de riesgo social; situación de los migrantes -OC 18- alerta acerca del hecho que los niños y las mujeres podrían ser los más afectados; razzias, detenciones arbitrarias y capturas colectivas; niños privados de libertad señalando que el objetivo debe ser la reinserción social, laboral y familiar; castigos corporales declarando que no son admisibles; violencia de género y la aplicación de la Convención de Belem do Pará.

5.4°) Corresponde el análisis constitucional y convencional en la presente causa, recordando que a partir de la reforma de la Constitución Nacional en 1994, por imperio del poder constituyente en el artículo 75 inciso 22, se incorporan once instrumentos sobre derechos humanos que en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional, se establece un mecanismo para que con la mayoría agravada del poder constituido, en el futuro puedan adquirir la misma jerarquía

otros tratados y se establece el siguiente orden normativo: en primer lugar la Constitución Nacional, los tratados sobre derechos humanos enumerados en el artículo 75 inciso 22 y los que en el futuro adquirieran dicho rango por el Congreso de la Nación; en segundo lugar los demás tratados y concordatos, que tienen jerarquía superior a las leyes -artículo 75 incisos 22 y 24 de la Constitución Nacional- y en tercer lugar las leyes de la Nación, encontrándose en este orden el Código Penal, el Código Procesal Penal y las demás leyes internas.

Es necesario aclarar que cuando me refiero a niños, siempre lo hago en los términos convencionales: *"...se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad"* -artículo 1 CDN-

De nuestro sistema jurídico y de las relaciones de supremacía, resulta que las niñas, niños y adolescentes tienen todos los derechos convencionales y constitucionales, correspondiente a cualquier sujeto de derecho -adultos o niños- y que además disponen de un plus por su situación de vulnerabilidad en razón de la edad, por lo que deben ser sometidos a jurisdicción y trato especial, siempre se debe respetar el **"interés superior del niño"**, las garantías del debido proceso ya sea en el momento de la detención, en el desarrollo, en el cumplimiento de penas, con la imposición de medidas educativas o en internación, debiendo ser oído, tomándose en cuenta su opinión en el momento de tomar decisiones ya sean de índole judicial o administrativa, cuando les afecten a sus derechos, porque de lo contrario el Estado incurre en responsabilidad internacional por ante los organismos encargados del cumplimiento de dichos tratados.

Ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación -CSJN M.1022.XXXIX, en el recurso de hecho en el caso "Maldonado"-, en el considerando 11) que: *"...si algún efecto ha de asignársele a la Convención del Niño es, sin lugar a duda, que a ellos les alcanza el amparo de las garantías básicas del proceso penal"*. Reafirmando en el Considerando 22, que: *"En este sentido, cabe recordar que también el art. 12 de la Convención del Niño señala expresamente que "se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo*

*procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".*

Ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que: *"...corresponde a un incuestionable dato óptico que éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos"* -Considerando 37, del precedente "Maldonado"- . Por lo tanto, este dato no es menor a la hora de analizar la concreta situación de vulnerabilidad en que se encuentran los niños privados de libertad, analizando la finalidad de la pena, de acuerdo a lo establecido por los artículos 5 inciso 6) de la CADH y 10 inciso 3) del PIDCP, ambos con jerarquía constitucional conforme el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, que adhiere a la conocida teoría de la prevención especial positiva -más allá de las críticas que a ella puedan realizársele-, debe tenerse presente en éste caso.

La Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 17 -OC 17- del 28/08/2002, al someter la Comisión IDH a su interpretación los artículos 8 y 25, para establecer si las medidas especiales del artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH-, constituyen límites al arbitrio del Estado, en relación a los niños y su solicitud de determinación de criterios generales, ha resuelto sobre la definición de niño, en su considerando 38 en los siguientes términos *"El artículo 19 de la Convención Americana, que ordena adoptar medidas especiales de protección a favor de los niños, no define este concepto. El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño indica que "niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad"*.

Interpreta que los niños gozan de especiales derechos, derechos que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo, previstos en el sistema internacional de protección de derechos humanos, además de los derechos que tiene el imputado adulto, afirmando que *"... los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos -menores y adultos-*

*y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado" -punto 54 de la OC 17/02-.*

La Corte IDH entiende por "niño" a toda persona que no ha cumplido los 18 años de edad, considera que las garantías de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana deben aplicarse a la luz de la especialidad que la misma ha reconocido a los niños, en el sentido de "*proteger reforzadamente los derechos de los niños*", tal como sucede con otras situaciones especiales como son las consagradas en sus artículos 5.5 y 27 de la Convención, utilizando criterios amplios de interpretación. La aplicación de dichos artículos debe considerar los principios de **interés superior de los niños**, protección integral, justicia especializada, presunción de minoridad, principio de lesividad, confidencialidad y privacidad, formación integral y reinserción en la familia y la sociedad, así como la precisión acerca de la manera y condiciones en que los niños pueden acceder a esos recursos judiciales, tomando en cuenta que su capacidad de actuar no es plena, sino que está vinculada al ejercicio de la autoridad parental, y determinada por su grado de madurez emocional y capacidad de discernimiento.

El artículo 19 de la Convención Americana, obliga a los Estados a adecuar la normativa del derecho interno, para garantizar las medidas de protección que los niños requieran en su condición de tales, de manera que cualquier desarrollo legislativo que los Estados elaboren en torno a las medidas de protección de los niños, deben reconocer que los mismos son sujetos de derechos plenos, que deben realizarse dentro del concepto de protección integral, respetando el interés superior del niño, por lo que las medidas positivas que puedan tomarse en su beneficio, no pueden consagrar una potestad discrecional del Estado con respecto a esta franja etaria.

Los derechos reconocidos en los artículos 8 y 25 de la CADH, han sido contemplados y desarrollados en el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo relevantes para la solicitud de opinión los artículos 3, 9, 12.2, 16, 19, 20, 25 y 37 del mismo instrumento internacional.

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce la protección especial que el Estado debe brindar a los niños,

particularmente en materia de administración de justicia, y reconoce como prioridad, que los conflictos en los que haya niños involucrados se resuelvan, siempre que ello sea posible, sin acudir a la vía penal.

Corresponde aplicar la doctrina de la protección integral, estableciendo que con la Convención sobre los Derechos del Niño se abandonó la antigua doctrina de la situación irregular, que consideraba a los niños incapaces de asumir responsabilidad por sus acciones. Por ello, se constituían en objetos pasivos de la intervención "proteccionista" o represiva del Estado. Además, dicha doctrina creaba una distinción entre "niños", que tenían cubiertas sus necesidades básicas, y "menores", que eran miembros de la población infantil con sus necesidades básicas insatisfechas, y se encontraban por lo tanto, en una "situación irregular". Para este segundo grupo, el sistema tendía a judicializar e institucionalizar cualquier problema vinculado con su condición y edad, por lo que la figura del "juez tutelar" sobresalía como una forma de restituir las carencias del niño, el que muchas veces realizaba un ejercicio abusivo de la prisión preventiva y de otras modalidades de privación de la libertad.

La Convención sobre los Derechos del Niño -artículos 37 y 40-, junto con otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos, acogió la doctrina de la protección integral, que reconoce al niño su condición de sujeto de derecho y le confiere un papel principal en la construcción de su propio destino.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la Convención sobre los Derechos del Niño, a través del análisis de los artículos 8, 19 y 25 de la Convención Americana. En el caso de los "Niños de la Calle", en que se aplicó el artículo 19 de la Convención Americana, utilizó el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, como instrumento para fijar el alcance del concepto de "niño" -Caso Villagrán Morales y otros. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 188-, destacando la existencia de un "muy comprensivo corpus iuris de derecho internacional de protección de los derechos de los niños" (del cual forman parte la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención



Americana), que debe ser utilizado como fuente de derecho por el Tribunal para establecer "el contenido y los alcances" de las obligaciones que ha asumido el Estado a través del artículo 19 de la Convención Americana, en particular al precisar las "medidas de protección" a las que se hace referencia en el mencionado precepto..." -párrafo 194-.

Los niños integran un grupo que ha merecido el mayor interés de la comunidad internacional. El primer instrumento internacional relativo a aquéllos, fue la Declaración de Ginebra de 1924, adoptada por la Unión Internacional para la Protección de la Infancia. En ésta se reconoció que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, como un deber que se halla por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia. En el siglo XX se produjeron al menos 80 instrumentos internacionales aplicables, en diversa medida, a los niños. En el conjunto destacan la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1959), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores -Reglas de Beijing, 1985 o Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985, Quinta Parte, Tratamiento en establecimientos penitenciarios-, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad -Reglas de Tokio, 1990 o Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990- y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil -Directrices de Riad, 1990 o Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990-. En este mismo círculo de protección del niño, figuran el Convenio 138 y la Recomendación 146 de la Organización Internacional del Trabajo y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por las normas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, es preciso considerar el

principio 8 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como los artículos 13, 15 y 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", suscrito por la Asamblea General de la OEA, San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988 y en vigencia a partir de noviembre de 1999.

La Convención sobre los Derechos del Niño ha sido ratificada por casi todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, el gran número de adhesiones pone de manifiesto un amplio consenso internacional "*opinio iuris communis*" favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia.

El principio regulador de la normativa de los derechos del niño 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 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El artículo 3 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* dispone: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los **tribunales**, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el **interés superior del niño**. El mismo principio se reitera en los artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40, para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse 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.

En el considerando 61 de la OC 17 se afirma que "... es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño". En el 64: "la puntual observancia de obligaciones establecidas en el artículo 4 de la

Convención sobre los Derechos del Niño, que señala: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención". En el 95: "Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño".

En el 96: "Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento".

Corresponde señalar los siguientes puntos del decisorio de la OC 17 de la Corte IDH:

"1. Que de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, **los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección;**

2. Que la expresión "**interés superior del niño**", consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño;

3. Que el **principio de igualdad** recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los **niños**, los cuales **requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales**. Este trato debe **orientarse a la protección de los derechos e intereses** de los niños;

6. Que para la **atención a los niños**, el Estado debe valerse de **instituciones que dispongan de personal adecuado**, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas;

8. Que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan **disfrutar** ampliamente de todos sus **derechos**, entre ellos los **económicos, sociales y culturales**, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño;

9. Que los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la **protección a los niños contra malos tratos**, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones inter-individuales o con entes no estatales;

Ello determina que se deben adoptar respecto de la niña M.A.A. especiales medidas de protección tendiente a preservarla de malos tratos, vejámenes y otras conductas que le produzcan daños físicos o psíquicos, asegurándole los derechos conferidos por el orden constitucional y convencional señalado.

Por lo expuesto, en función de asumir en el orden interno la responsabilidad asumida internacionalmente al suscribir la Convención de los Derechos del Niño, corresponde confirmar la sentencia recurrida.

En virtud de lo antes indicado, propongo al Acuerdo:

I) **RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por la defensa de Richard Wilfredo Bravo Mamani, **CON COSTAS** (arts. 470, 471, a contrario sensu, 530, 531 y concordantes CPPN);

Tal es mi voto.

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

Sellada que se encuentra la suerte de este recurso por el voto coincidente de los colegas, por los fundamentos vertidos al votar en la causa 6304 "Branca, Carlos Alberto s/ recurso de casación", resuelta el 7 de junio de 2006, registro 571/06 de la Sala III de esta Cámara, adhiero a la solución propuesta en orden a las cuestiones tratadas en los puntos III

y IV por el juez que lidera el acuerdo.

Sin embargo, entiendo que la sentencia debe ser revocada en orden a la mensuración de la pena desde el momento en que no se han indicado qué circunstancias fueron tenidas como agravantes y cuáles como atenuantes (cfr., mi voto en la causa 5806 "Amarilla, Guillermo Santiago s/ recurso de casación", resuelta el 20 de octubre de 2005, registro 891/2005), sin costas.

Así es mi voto.

Por todo lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE:**

**RECHAZAR** el recurso de casación. **SIN COSTAS** (arts. 470, 471, *a contrario sensu*, 530 y cc. CPPN).

Regístrese, notifíquese y remítase al tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío.