



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 226/2012/TO1/CNC1

Reg. n° 646/2015

En la ciudad de Buenos Aires, a los 12 días del mes de noviembre del año dos mil quince, se reúne la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Gustavo A. Bruzzone, Luis M García y Horacio L. Días, asistidos por el secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 309/316 por el abogado Hugo Julián San Román, letrado defensor de confianza de Felipe Agustín Ramos Albitres; en la presente causa n° 226/2012, registro n° 4377 del TOC n° 2, caratulada “Ramos Albitres, Felipe Agustín s/abuso sexual agravado”, de la que **RESULTA**:

I. Con fecha 19 de mayo de 2015, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 2 de esta ciudad resolvió, en lo que aquí interesa: “**CONDENAR a FELIPE AGUSTIN RAMOS ALBITREZ**, de las demás condiciones personales obrantes en autos y en esta causa n° 4377, a la pena de **DOCE AÑOS DE PRISION**, accesorias legales y costas, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito continuado de abuso sexual con acceso carnal, agravado por haber sido cometido por un ascendiente, encargado de la guarda, contra una menor de dieciocho años y aprovechando la situación de convivencia preexistente (arts. 5, 12, 29, inc. 3°, 45 y 119 párrafos primero y cuarto, este último incisos b) y f), del Código Penal de la Nación)”.

II. Contra esa sentencia interpuso recurso de casación el abogado Hugo Julián San Román, a cargo de la asistencia técnica de Ramos Albitres, el que fue concedido por el *a quo* a fs. 317 y mantenido en esta instancia por la parte a fs. 322.

El recurrente canalizó sus agravios por la vía de los incs. 1° y 2° del art. 456, CPPN, indicando que el tribunal de juicio habría efectuado una errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Respecto de esta cuestión el recurrente, al concluir el apartado III “antecedentes”, señala como agravios “*la valoración de la prueba en lo concerniente a los hechos y la errónea aplicación de la normativa referente a la determinación de la pena por omisión del cómputo de atenuantes (arts. 40 y 41, CP)*”.

Pero al concretar su “petitorio”, solicita, en primer lugar, que se declare admisible su “*recurso de inaplicabilidad de ley*” y, luego, que se case el pronunciamiento del TOC n° 2 y “*se declare mal aplicados los agravantes cuestionados y se reduzca la pena al mínimo previsto en la escala penal y/o se cambie la calificación legal correspondiente al delito por los que se condenó*” a su asistido, básicamente, por no haberse contemplado como atenuantes que es primario y se encuentra enfermo de cáncer.

III. Puestos los autos en la Oficina Judicial por el término de diez días (art. 465, 4° párrafo y 466, CPPN), se presentó el recurrente a ampliar fundamentos mediante el escrito agregado a fs. 328/335, y que reitera a fs. 337/344.

El pasado 1° de octubre, se celebró la audiencia prevista por el art. 465 y 468 CPPN, a la que sólo compareció el fiscal Leonardo Filippini, en representación de ese Ministerio Público, quien escuetamente manifestó que, contrariamente a lo que se sostenía en el recurso de la defensa, el tribunal sentenciante sí había tenido en cuenta las atenuantes a la hora de determinar la pena.

IV. Finalizada la audiencia el tribunal pasó a deliberar, en uso de la facultad que le otorga el art. 469, CPPN, de todo lo cual se dejó constancia en el expediente. Efectuada la deliberación y conforme lo allí decidido, el tribunal resolvió del siguiente modo.

CONSIDERANDO:

El juez **Gustavo A. Bruzzone** dijo:

Como fuera anunciada, la primera cuestión se vincula con la acreditación de la imputación en la forma en que fue valorada la prueba por el tribunal sentenciante para concluir condenando al acusado,



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 226/2012/TO1/CNC1

lo que nos remite, aunque no lo mencione el recurrente, a lo resuelto por la Corte en el fallo “**Casal**”¹. En este recurso se advierte la amplitud con la que se pueden plantear estas cuestiones y hasta dónde se puede avanzar en el análisis de revisión que mayor rendimiento nos permita. Esta es un área sobre la que debemos seguir trabajando y reflexionando, porque la apertura que nos propone una interpretación extrema de las consecuencias de la doctrina sentada en el precedente mencionado –que se comparte en esencia, por la necesidad de revisión amplia de una condena, tanto del derecho como de los hechos–, conduce a un desquicio logístico en materia recursiva debido a que, a efectos de atender en los tiempos procesales previstos, a la amplitud de toda clase de discusión sobre la acreditación de los hechos, los “*recursos humanos jueces*” con los que se cuenta son insuficientes, máxime cuando este tribunal, y la CFCP, fueron pensados con una determinada dotación de magistrados que esa decisión, por sus efectos, ha puesto en crisis.

Atendiendo a ese reclamo de máximo rendimiento en la revisión del fallo, en este caso, lo que la actual defensa del imputado cuestiona ahora, en su recurso, es en primeras líneas la manera en que fue defendido en el juicio por su anterior asistencia letrada, transcribiendo su alegato en el juicio al responder a la acusación (art. 393, CPPN) –que también se reproduce en la sentencia en estudio–, concluyendo, en la parte correspondiente de su recurso, en que habría estado “*indefenso*”. No explica de qué forma ello se produjo, o con base en qué medida no solicitada o argumento no introducido ello fue así. Del escrito de impugnación ante este tribunal, no surge cómo es que se habría ejercido indebidamente o negligentemente su defensa técnica o de qué manera el tribunal no habría asegurado que ello no fuera así o el fiscal, como garante de la legalidad, advertido. Lo sostiene sin fundarlo en mayores argumentos que su aseveración. Salvo en la crítica reiterada de que el tribunal no habría tenido en cuenta al momento de mensurar la pena, como atenuantes, que se trata de un primario y que padece cáncer, pero del escrito no se desprenden mayores críticas para explicar por qué

¹ Fallos: 328:3399

la imputación no estaría acreditada y cuál fue el déficit en el razonamiento de los jueces.

Es sobre el final de su recurso donde el cuestionamiento a la valoración probatoria, aunque genérico, se hace más claro al sostener que *“las manifestaciones que volcó en la denuncia la víctima dando, lujo de detalles de las aberraciones que contó, que no coinciden con la enfermedad que tiene el padre (cáncer Terminal), sin haber aportado ningún testigo en las actuaciones, solamente con sus dichos que parecen más una película, que hechos reales considero que la misma tiene una frondosa imaginación y encontró en esta denuncia la venganza perfecta para su padre que nunca conoció en su país de origen y espero el tiempo necesario para tomar una determinación donde Ramos Arbitres no pudiera tener forma de defenderse ya que toda esta denuncia se sostuvo con su versión inventada y encontró soporte en algunas pericias psicológicas, es por ello S.S. que la defensa sostiene mediante los informes de los médicos forenses con respecto al Sr. Felipe Ramos Arbitres fs. 89 a 94, que el imputado haya podido efectuar lo que manifestó la víctima Aixa Aritel Ramos Manducan (AARM, así en adelante o A y, a su vez, forma en que debe ser citada ante una eventual publicación del fallo), sería como pedirle a un vehículo que se quedó sin combustible que su motor marche.”*

Si bien el defensor no extrae consecuencia expresas de lo que dice, a mi criterio, lo que el abogado San Román está planteando en este párrafo final de su escrito es, por un lado, y con bastante claridad, que los dichos del *testigo único* (la denunciante víctima), no serían suficientes para fundar una condena y, por otro, que la imputación no se podría sostener por razones que irían en contra de criterios científicos ya que, un hombre que padece la enfermedad que se encuentra acreditado tiene el acusado, no podría haber llevado a cabo los hechos que la sentencia le atribuye: básicamente actos de acceso carnal.

La entidad probatoria de los dichos de la testigo/víctima

Comencemos por el primero de los agravios. En su alegato en la audiencia de debate, su anterior defensora, la abogada Vilches,



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 226/2012/TO1/CNC1

había destacado que no se debía dar crédito a los exclusivos dichos de la denunciante, planteándolo de la siguiente forma:

“Señores miembros del tribunal, el relato de la señorita A cargado de emotividad nos ha impactado a todos, pero no por eso debe ser totalmente creíble. La chica incurre en diversas contradicciones. En primer lugar, entiendo que no es una chica sumisa, que es una de las consecuencias del estado postraumático descritas por el Dr. Cabello, este excelente perito. Es una chica que siempre ha dominado la situación en la casa. Tal es el relato que ha presentado aquí la testigo Eladia María Almirón, que ha sido pasada por alto por el señor fiscal general ya que no ha sido mencionada por él en su alegato. Esta señora hizo alusión a una escena de violencia ocurrida en la casa, donde la chica pequeñita del matrimonio salió a pedir ayuda. Cuando ella va al domicilio de Ramos Albitres, se encuentra con Aixa sujetando de los pelos a la madrastra. Que el señor Ramos Albitres estaba allí recién operado y quería intervenir para separarlas, pero no pudo y esta señora tiene que intervenir en este hecho, pero la señora Almirón en todo momento habló de una chica que era muy violenta, no compatibles con una vida en sociedad de una familia normal. Lo característico o importante es que no hay ningún indicio objetivo que avale la versión de A, no hay una constancia médica que pueda decir de los supuestos golpes que recibió, de las marcas que habría sufrido. La madrastra tampoco lo advirtió, aun viviendo con ellos pudo advertir este estado de golpes, la chica pudo haber acudido a sus pares en el colegio, a sus maestros, a la directora, a pesar de que ella dijo que no tenía familia acá tenía toda la familia paterna que también era familia de ella, simplemente acudió a una tía que por motivos desconocidos no creyó en lo que estaba diciendo o no pudo ayudarla. Esta chica, según dijo el Dr. Cabello, tendría que presentar como consecuencia de ese estado postraumático una retracción a la vida afectiva y a la vida social, y temor a relacionarse con pares varones, cosas que no se dan en el presente caso. Tan es así que ella llevaba a otros compañeros de estudio

a su domicilio, se pudo relacionar con este chico con el que está viviendo ahora los fines de semana, y mantenía una relación con un novio, relación que creo que sigue manteniendo, es decir, no presentó ningún temor a relacionarse con sus pares varones. Yo entiendo que no resulta creíble esto a pesar que ella ha sido sometida a distintos estudios psicológicos, y si bien fueron realizados por profesionales importantes, si partieron de una premisa equivocada o no verdadera, tampoco sus conclusiones pueden ser verdaderas. Y acá quiero mencionar un caso, que es el caso del padre estricto, un caso del año 2008, de un padre que había sido acusado por su hija de haber cometido abusos sexuales y ella fue sometida a distintos análisis de peritos importantes y llegaron a la conclusión de que no pudieron determinar si ella decía o no la verdad, el acusado estuvo veinte meses preso, y después de ello ya en el juicio la chica se arrepintió y dijo que habían sido todas mentiras las que había dicho a pesar de haber llegado a concluir los peritos que ella no mentía, y fue absuelto el imputado. Esto quiere decir que es muy difícil llegar a saber cuál es la verdad en estos casos, en los que ocurren puertas adentro, y sólo tenemos las versiones de dos personas, una de ellas mi asistido que es una persona muy enferma, y yo lo que solicito es que, en base en estas dudas, dudas ciertas, voy a pedir la absolución de mi asistido. Para el supuesto en que esto no prospere y se arriba al dictado de una sentencia condenatoria, pido que la prisión pueda ser domiciliaria en virtud de que padece una enfermedad terminal. Es todo”. (sin resaltados en el original)

En la sentencia, y por la forma en que se desarrolló el debate, se dio por probada la imputación en el voto del colega Boano, que lidera el acuerdo, donde haciéndose cargo de lo alegado por la defensa, consideró que no rebatían los argumentos brindados por el fiscal en la audiencia, ya que “apoyándose en los dichos de su asistido en la indagatoria, sostuvo que si bien Ramos había sido un padre por demás exigente, la única fuente de conocimiento de los hechos provenía



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 226/2012/TO1/CNC1

de la presunta damnificada y dado que no se contaba con prueba independiente que permitiera corroborar lo acontecido, su cliente debía ser absuelto.”

Respecto de ello el tribunal dijo:

“En la deliberación, tal como se anticipó con el veredicto, el Tribunal se inclinó por la hipótesis desarrollada por el acusador público. En efecto, en primer término se ponderó que el relato efectuado por la víctima se mantuvo inalterable desde el primer momento en que ella decidió dar a conocer qué era lo que sucedía en la casa paterna cuando la compañera de su padre se retiraba de ese domicilio de la calle Potosí. AARM produjo la misma versión, con variantes mínimas, en todas las oportunidades que declaró. Así sucedió ante las integrantes de la Brigada Móvil de Atención a la Víctima de Violencia Sexual; ante los profesionales de la Oficina de Violencia Doméstica dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Otro tanto aconteció cuando fue entrevistada por los especialistas del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional (Dr. Cabello y Lic. Mac Gregor). Y, finalmente, ante el Tribunal donde no sólo se pudo apreciar la circunstancia a la que vengo haciendo mención sino la carga emocional con la que la joven se expresaba sobre las vivencias que había protagonizado desde los dieciséis hasta los dieciocho años cuando pudo retirarse de la casa paterna. Quedó patente la naturalización de la violencia que tan precisamente describiera la Lic. Aumann durante su declaración, la ubicación en un mismo plano de los castigos físicos, violencia verbal y acometimientos de índole sexual de distintas maneras.”

La valoración efectuada se justificó de la siguiente manera:

“En este orden de ideas resulta altamente significativo, conforme la experiencia extraída de casos similares ventilados en los estrados del Tribunal que integro en forma permanente, el momento y la manera en que la víctima da a conocer qué es lo que la ha tenido como involuntaria protagonista; ello normalmente ocurre cuando la víctima, de alguna manera, logra apartarse de la esfera de custodia, de influencia del victimario. Asimismo, la develación se produce con una

persona que le merece confianza, que le brinda sensación de seguridad. Una vez roto el dique que la contenía, la víctima logra formular un relato como el que brindara AAR durante la audiencia.”

La verosimilitud que los jueces advirtieron del relato de la víctima no fue el único elemento que tomaron en consideración, sino la opinión de los expertos que la examinaron.

“En efecto, además de las características propias del relato concretado por la damnificada, se contó con la opinión de los profesionales del Cuerpo Médico que se expidieron por su verosimilitud, fundados, cada uno desde su especialidad, en los detalles significativos que volcaron en los dictámenes sobre los que fueron interrogados en la audiencia. El Dr. Cabello sostuvo (fs.39): “...Consideraciones Médico Legales. ... del examen psiquiátrico psicológico realizado, es posible advertir que la actora se encuentra afectada por signos y síntomas compatibles con el denominado ‘Estrés Postraumático’, acorde con la clasificación de las enfermedades mentales DSM IV R. Estado psíquico, que a la fecha le otorga a sus relatos, visos de credibilidad respecto al infortunio denunciado, descartando por dichos motivos algún tipo de mendacidad utilitaria o intento de simulación...”. En las conclusiones el profesional afirmó: “...es dable señalar que la actora se encuentra afectada por un trastorno por Estrés Postraumático, concomitante a un síndrome depresivo que le otorga categoría de veracidad a su discurso y por ende al relato de los hechos obrantes en autos...”. En tanto el Lic. Mac Gregor,(...) sostuvo que el relato de AAR resultaba verosímil.”

La crítica que su defensora en el juicio había efectuado no se compadece, precisamente, con la indicación efectuada por el Dr. Cabello respecto de que, efectivamente, se habían detectado síntomas compatibles con el denominado estrés postraumático.

De esta forma concluyen en que no fue sólo por los dichos de la denunciante que llegaron a esa conclusión, sino también por el aval de su verosimilitud que efectuaron los expertos.

“Por lo tanto, desde las dos vertientes, la del propio relato de la damnificada y el análisis que de ella y sus dichos fueran



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 226/2012/TO1/CNC1

materializados por los expertos, se puede concluir que se ha logrado una reconstrucción de lo sucedido a la joven (...), no sólo en lo atinente a los ataques contra su integridad sexual, sino también a que ello fue posible por el estado de violencia, física y verbal del que fue objeto por parte de su padre durante la convivencia iniciada cuando ella contaba con once años de edad.”

Al relato de la víctima, considerada verosímil por los expertos, los jueces agregaron el siguiente razonamiento:

“Desde otro ángulo, agrade a la razón imaginar que la damnificada hubiera sostenido la versión conocida de la manera en que lo hizo, desde el inicio de las actuaciones hasta el presente, cuando no se avizora motivo alguno que pudiera justificar que perseverara en tal comportamiento que, por los motivos antes desarrollados, se ha considerado verosímil.”

Por último quisiera destacar, como fuera consignado en la sentencia, que frente a la versión brindada ante el tribunal por la denunciante, y al haberse reintegrado el imputado a la sala, uno de sus integrantes *“consideró pertinente interrogarlo sobre su eventual deseo de formular alguna manifestación en presencia de ella”*, declinando Ramos Albitres esa propuesta.

La defensa, como ya fuera dicho, nos plantea, aunque sin mayor desarrollo, el problema recurrente de los dichos contrapuestos entre un testigo único que formula una imputación y el acusado que la niega, donde el tribunal –luego de escuchar a ambos, y con posterioridad a que el imputado haya declinado la propuesta de confrontar en la audiencia, frente a los jueces, con su hija– consideró que tenía entidad la versión acusatoria frente a la de descargo; es decir otorgaron *mayor peso* a los dichos de la denunciante/testigo que a los del imputado. Para llegar a esa conclusión tuvieron, por un lado, por corroborada la versión de la denunciante por lo sostenido en el debate por los expertos que la examinaron y que fueron examinados por las partes, llegando al estado mental de certeza al que deben arribar jueces sentenciantes, que en el caso se fundó, conforme lo propuesto por la fiscalía, en la solidez de la

prueba relevada en el juicio, su concatenación y coherencia y, en la percepción que tuvieron de las declaraciones que se prestaron en la audiencia, especialmente en la confrontación de lo declarado por la víctima y la actitud asumida por el autor en el juicio. Podemos concluir en que los colegas de la instancia, para arribar a la decisión que se cuestiona, intermediación mediante y conforme reglas de la experiencia general, han llevado a cabo un análisis integral de los informes y declaraciones de cada uno de los expertos que, en su conjunto, aportan una respuesta coherente a los planteos de la defensa, sin que el cuadro cargoso construido en contra del acusado se vea afectado como propone su defensa.

¿Es científicamente posible que el acusado haya cometido el delito que se le imputa?

Sin perjuicio de que la cuestión nunca se planteó, como dijimos más arriba, su actual defensa pareciera intentar poner en duda que el autor haya podido *físicamente* llevar a cabo los hechos que se le atribuyen. La frase de la que se desprende esa inquietud es donde se sostiene que “los informes de los médicos forenses con respecto al Sr. Felipe Ramos Arbitres fs. 89 a 94,” darían cuenta de que el imputado no habría podido efectuar lo que la víctima relató que le hizo, diciendo “*sería como pedirle a un vehículo que se quedó sin combustible que su motor marche.*”

Lo primero que se debe señalar es que en ningún momento al ejercer su defensa material o a través de su asistencia técnica, salvo la frase transcrita, se puso en crisis que Ramos Albitrez no pudiera haber llevado a cabo los actos de abuso con acceso carnal que se le atribuyen. La circunstancia objetiva de que se encuentre enfermo de cáncer de recto (ver la documentación aportada a fs.68/80) no significa que no pueda tener relaciones sexuales y la circunstancia de que la enfermedad pudiera tener incidencia “*en el plano psicosexual en el hoy es la anhedonia (falta de deseo, disminución de la libido)*”, como se consignó en el informe de la Lic. Norma G. Miotto (cfr. en particular fs. 93), no significa otra cosa que eso: que puede haber una disminución del deseo



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 226/2012/TO1/CNC1

sexual frente al tratamiento de quimioterapia u operaciones por las que atravesó, pero no que no pudiera llevar a cabo la conducta reprochada.

Por otra parte, en la versión de cargo se señala esta circunstancia, en el sentido de que hubo momentos en que los requerimientos sexuales mermaron producto de la enfermedad y su tratamiento, pero no que no se pudieron llevar a cabo. Y, por último, se debe señalar que en las dos oportunidades en que el tribunal oral que intervino se planteó la necesidad de establecer cuál era su estado de salud frente a la enfermedad que padece, tanto para establecer si podía comparecer al juicio (cfr. fs. 181/197), como cuando se solicitó que su detención, luego de la condena, se efectuara en prisión domiciliaria (donde se aclaró que no se trata de un enfermo terminal, cfr. fs. 6/9 del incidente de “prisión domiciliaria”) la cuestión sobre la imposibilidad física de cometer el delito atribuido no se planteó o sugirió de alguna manera como evidente o posible.

Asimismo, se puede indicar que el tribunal, aunque no en forma directa, tuvo también en cuenta las circunstancias apuntadas cuando señaló que *“(f)inalmente debo destacar que no se alegaron ni demostraron circunstancias que desplazaran la antijuridicidad ni causas que disminuyeran o anularan la responsabilidad. Para ello se ha tenido particularmente en consideración los informes psiquiátricos (ver fs. 186/189) y psicológico (fs. 91/93).”* De haber existido la imposibilidad de que se hubieran llevado a cabo las conductas reprochadas ello hubiera sido advertido o señalado, lo que no ocurrió.

De esta forma también debemos descartar este planteo, por tratarse de una alegación carente de sostén.

Descartados de esta forma los agravios que se relacionan con su intervención en el hecho, corresponde analizar la cuestión central que plantea el recurso, en el sentido de que no se habrían valorado atenuantes que determinarían la necesidad de reducir la pena impuesta.

Agravio vinculado a la determinación de la pena

Más allá del análisis efectuado de los argumentos volcados en el recurso, lo cierto es que pese a mencionar como agravio lo

concerniente a la valoración arbitraria de la prueba, el recurso, como ya se desarrolló, carece de un desarrollo crítico autónomo en cuanto a la acreditación de la imputación central –el abuso sexual que durante un tiempo prolongado habría tenido con su hija menor de edad–, toda vez que la crítica pareciera ceñirse a no haber contemplado, como atenuantes para disminuir la pena aplicada, la ausencia de antecedentes y la grave enfermedad que padece el autor: cáncer. En este sentido y respecto de la enfermedad que padece, ya se explicó que, concluyendo el recurso pareciera insinuarse que, por la enfermedad que padece hace varios años, el autor no podría haber llevado a cabo los hechos que se le atribuyen por una imposibilidad física, lo que ya fue analizado. Por lo demás la crítica se apoyaría en generalidades, salvo para insistir en que no se contempló que es primario y se encuentra gravemente enfermo, lo que debió incidir en una disminución de pena.

Cuando la fiscalía acusó señaló que: *“(C)on el grado de certeza exigido para esta etapa procesal, que Felipe Agustín Ramos Albitres entre el mes de abril de 2010 y el 27 de diciembre de 2011, abusó sexualmente de su hija AARM. Dicho abuso fue vía vaginal, anal y bucal. Al comienzo lo hizo con una frecuencia de dos o tres veces por semana, esto durante el primer año para después hacerlo en forma más espaciada en el segundo año. Todo esto ocurrió en el domicilio donde convivían, sito en la calle Potosí 4088, 1º piso, departamento “C” de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Todo ello ocurrió entre los 16 y los 18 años de la víctima y mediando abuso de una relación de autoridad y de poder intimidatorio del imputado hacia la nombrada. Hay que aclarar que, durante todo este período, el imputado tenía la guarda de la víctima y que vivía en el domicilio mencionado. Asimismo se tiene por acreditado que uno de estos hechos ocurrió en un hotel alojamiento cuya ubicación no puede ser precisada, pero que esto ocurrió dentro del lapso que acabo de precisar.”* (sin resaltado en el original)



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 226/2012/TO1/CNC1

El fiscal Gamallo, luego de relevar toda la prueba producida en el juicio, y de apoyarse en el relato de la víctima para describir la situación global, más que los hechos en concreto atribuidos, que no obstante mencionó alguno de ellos puntualmente, agregó para concretar su pedido de pena lo siguiente:

“Desde el punto de vista subjetivo no hay duda que Ramos Albitres conocía lo que hacía y quería hacer lo que hacía, es decir, conocía que era el padre, la convivencia, conocía los abusos y los golpes. Fue un plan, el plan fue que una vez que la tuviera dominada sería suya. Desde el punto de vista de los permisos no hay ninguno, no hay error, no hay elementos que permitan disminuir la culpabilidad, y nos queda merituar la magnitud del reproche.”

Luego de ello explicó que: *“Lo primero que voy a tener en cuenta es lo que duró todo esto, dos años, un año y diez meses; la violencia física ejercida, ya que el tipo penal exige un dominio por intimidación, no necesariamente tiene que ser física, pero acá no sólo hubo violencia física, sino que hubo situaciones que en otro contexto lo hubiéramos calificado como vejaciones, esto de colocarla desnuda en una ducha, pegarle con un cinturón, pegarle con un fierro, pegarle con un palo, pegarle puntapiés... agravan el injusto en cuando a la magnitud de la entidad de la intimidación para lograr perpetrar los abusos. Por eso lo tengo en cuenta para valorar el reproche, no se trata de una doble valoración. También valoro negativamente la situación de vulnerabilidad de A, no sólo por la edad sino porque él sabía que estaba sola y que nadie podía defenderla. El lugar donde ocurrieron los hechos, A nos decía que no quería volver a la casa porque era el lugar donde ocurrieron los abusos, lo mismo que pasó con el sillón en la casa sustituta, ella llegaba a su casa y sabía que era el lugar donde le pegaban y la abusaban.”*

Y como atenuante, dijo: *“(L)o único que puedo valorar es la enfermedad que está padeciendo el imputado, el cáncer. No encuentro otro atenuante para disminuir el reproche al aquí imputado.”*

“En definitiva, agregó, “en mérito a los hechos y la calificación legal solicito entonces se condene a Felipe Agustín Ramos Albitres, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual cometido por un ascendiente, con acceso carnal, mediando una situación de abuso coactivo o intimidatorio, una relación de autoridad y de poder, de manera reiterada, y que se le imponga la pena de dieciocho (18) años de prisión, accesorias legales y costas. Todo queda normado bajo la órbita legal los arts. 119 párrafos primero y cuarto incisos “b” y “f” del Código Penal.”

Como surge de la acusación, para establecer el monto de dieciocho años de prisión que solicitó como pena, la fiscalía pareciera estar planteando *un hecho*, que abarcaría la situación vivida en el espacio de tiempo señalado dentro del domicilio donde convivían, a excepción de la oportunidad en la que habría accedido carnalmente en un hotel alojamiento, sin mencionar en cuántas oportunidades ello habría ocurrido o qué reglas de concurso de delitos se debe aplicar. Pareciera que los hechos subsiguientes a la primera oportunidad, que sí es descripta con detalle en el transcurso de su alegato, constituyen una consecuencia de la decisión inicial (*“del plan”*), que el autor aprovecha a raíz de la situación delictiva generada desde el primero de ellos, luego de haberla sometido a malos tratos durante varios años para llegar a dominar su voluntad y abusarla sexualmente en forma reiterada por casi dos años.

Más allá de los cuestionamientos que esta forma de acusar podría haber representado para la defensa desde el punto de vista procesal, por la aparente indeterminación que ello conlleva, lo cierto es que no fue criticado ni por la asistencia letrada que intervino en el juicio ni por su actual letrado, toda vez que el tribunal cuando condenó lo hizo sin apartarse de la propuesta de la fiscalía, permitiendo ejercer con plenitud el derecho de defensa. Estas situaciones de vida, clandestinas y ocultas en su mayoría, al descubrirse luego de algunos años son, generalmente, similares a las que se producen en el contexto de una relación de pareja estable, con horarios y rutinas que impide, por su



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 226/2012/TO1/CNC1

habitualidad y prolongación en el tiempo, establecer con exactitud cuántos hechos (criminales) fueron cometidos.

El primer voto se hizo cargo de la acusación de la siguiente manera:

*“Llegado el momento de otorgar significación jurídica a la conducta comprobada **no tengo duda que nos hallamos ante el delito continuado de abuso sexual con acceso carnal doblemente agravado por haber sido cometido por un ascendiente encargado de la guarda y por haber sido perpetrado contra una persona menor de dieciocho años aprovechando de la situación de convivencia preexistente** (119 párrafos primero y cuarto, este último incs. “b” y “f” del Código Penal de la Nación).”* (sin resaltado en el original)

“En efecto”, aclaró el colega Boano, “desde mi punto de vista se advierte sin dificultad, fundamentalmente desde el aspecto subjetivo, que el autor una vez conseguido su propósito inicial, mantuvo su designio en el tiempo concretando conductas de naturaleza semejante y vulnerando en definitiva el mismo precepto legal. Es decir que, tal como resulta de la prueba analizada antes, se han producido pluralidad de acciones, un único precepto penal ha sido quebrantado y el autor siempre tuvo idéntica intención.”

Sobre esa base el marco penal de aplicación era de 8 a 20 años de prisión, imponiéndose la pena privativa de la libertad de doce (12) años, que se aparta en su favor en seis años de lo solicitado por el fiscal.

Y no fue cuestionado en ese sentido, porque la utilización de la teoría del “delito continuado”, en la generalidad de casos como el presente, es requerida por las defensas, ya que representa una morigeración en el quantum de la pena, debido a que las reglas del concurso real –que serían de aplicación al caso- y que hubieran permitido establecer la escala penal en el máximo previsto en el art. 55, CP, es decir: 50 años, no fueron utilizadas ni por la fiscalía al acusar ni por el tribunal al condenar, y no explicaron por qué no lo hacían.

Contrariamente a lo sostenido en el marco del recurso, con esa requisitoria como tope, los jueces sí consideraron, implícitamente, las circunstancias atenuantes que la defensa alega que no fueron tenidas en cuenta en el marco del tipo penal construido, conforme lo establecido en los arts. 40 y 41, CP.

En consecuencia, la interpretación global del caso en estudio permite sostener que la pena aplicada se impuso sobre la base de una discutible interpretación que favoreció al acusado, y donde la fiscalía expresamente consideró su enfermedad; asimismo, la condición de primario respecto de este delito, por su prolongación en el tiempo, a los efectos de la disminución de la pena por razones preventivo especiales, cede frente a la entidad de reproche adecuado a la intensidad de su culpabilidad, por tratarse de su padre biológico y ser el encargado de su guarda.

Por lo expuesto considero que este agravio también debe ser rechazado, de manera que el recurso debe ser rechazado en toda su extensión, con costas a la vencida.

El juez **Luis M. García** dijo:

1.- Cuando se trata, como en el caso, del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de condena, esta Cámara debe seguir el estándar fijado por la Corte Suprema en el caso de Fallos: 328:3399 (“*Casal, Matías Eduardo*”), que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de ser revisado, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. 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), con la salvedad de que la jurisdicción de revisión quedará circunscripta a los agravios presentados y no implicará una revisión global de oficio de la sentencia (art. 445 CPPN; *vide* también consid. 12, párrafo 5, del voto de la jueza Argibay en el caso citado).



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 226/2012/TO1/CNC1

Esta comprensión me conduce a concordar sólo en parte con el juez de primer voto en cuanto al alcance de la jurisdicción abierta por el recurso de casación de fs. 309/316.

Entiendo que el recurrente sólo ha impugnado de manera nítida el capítulo de la sentencia cuyos fundamentos obran a fs. 274/302. Se queja de que el *a quo* tuvo por acreditado que el imputado estaba afectado por una grave enfermedad pero omitió darle relevancia a ésta como atenuante de la pena, y se queja también de que no computó la ausencia de antecedentes penales, y el “buen concepto” que merecería el imputado. Del escrito de interposición del recurso no transpira ningún otro agravio o queja concreta que trasunte un error de la sentencia, ya sea en la reconstrucción de los hechos probados, sea en la aplicación del derecho a esos hechos, más allá de ciertos comentarios descontextualizados, en los que se insinúan ora una incapacidad física del acusado para realizar alguna de las acciones que se le han atribuido, ora suspicacias sobre la confiabilidad de los dichos de la víctima. Estas cuestiones insinuadas incidentalmente en el escrito de interposición, no aparecen orientadas a una crítica o refutación puntual y concreta de algún aspecto de la decisión de mérito, y por ende, no son indicativas de algún posible error concreto de juicio del tribunal. El escrito de fs. 328/335, presentado en el término de oficina, con el título “Desarrolla recurso de casación por inaplicabilidad de ley” no ofrece en rigor ninguna ampliación de fundamentos del o los motivos de agravio, pues constituye un reproducción literal del de interposición del recurso de casación, al que se ha agregado ahora una reproducción de fichas de jurisprudencia sobre el alcance de la revisión en casación en punto a la determinación y medida de la pena. Por razones que no se explican, el abogado del condenado ha presentado un segundo escrito idéntico al anterior en su tenor (fs. 337/344).

De modo que -a mi juicio- a aquél único agravio debe ceñirse la revisión de la sentencia de condena.

Sentado lo anterior, admisible el recurso en cuanto concierne a la determinación de la pena impuesta al condenado, la revisión no debe

restringirse al control de arbitrariedad de la sentencia. Como he señalado antes de ahora, el art. 456 CPPN que enuncia los motivos admisibles de casación, debe ser leído de un modo que no frustre el derecho establecido en favor del condenado en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que resulta complementario de los derechos y garantías enumerados en la primera parte de la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22, CN) en cuanto enuncia que "toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley". Me remito a las consideraciones de mi voto en el caso "*Delucchi, Diego Abel*" (Sala I, causa n° 66788/2013, rta. 04/11/15, reg. n° 620/2015) que doy aquí por reproducidas por razón de brevedad.

2.- En la sentencia de fs. 274/302 el tribunal de juicio ha tenido por probado que "entre los meses de abril de 2010 y diciembre de 2011 [A.A.R.M] fue accedida carnalmente por Felipe Agustín Ramos Albitres en múltiples oportunidades y de diferentes maneras [...] mientras la joven residía en el inmueble ubicado en Potosí 4088, piso 1°, Depto "C" [de esta ciudad]". Según se estableció en la sentencia los hechos ocurrieron desde que la niña tenía dieciséis años hasta que alcanzó los dieciocho de edad, y consistieron en que el imputado, padre de la niña, "la accedía vía vaginal, la obligaba a practicar sexo oral y también la penetraba vía anal".

Al momento de establecer la significación jurídica el *a quo* ha declarado que esos hechos eran calificables como "delito continuado de abuso sexual con acceso carnal doblemente agravado por haber sido cometido por un ascendiente encargado de la guarda y por haber sido perpetrado contra una persona menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente". Citó el art. 119, párrafos primero y cuarto, e incisos b y f, todos del Código Penal (confr. fs. 300 vta. de los fundamentos de la sentencia).

El Tribunal no tiene habilitada su jurisdicción para examinar la corrección de la sentencia en punto a la ley que el *a quo* ha declarado



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 226/2012/TO1/CNC1

aplicable, porque la defensa del imputado ha consentido esa calificación (arg. art. 445, párrafo tercero, CPPN). Partiendo de esta decisión judicial alcanzada por el principio procesal de preclusión y la prohibición de *reformatio in pejus*, la escala penal aplicable se determina por referencia a los arts. 45 y 119, párrafos primero y cuarto, incs. b y c, del Código Penal, constituida por un mínimo de ocho y un máximo de veinte años de prisión.

En el marco de esa escala, en la sentencia se ha impuesto a Felipe Agustín Ramos Albitres la pena de doce años de prisión más accesorias legales.

Al determinar la medida de la pena, el *a quo* consideró que, por aplicación de las pautas de los arts. 40 y 41 CP, era pertinente relevar como circunstancias agravantes “el contexto de violencia en el que se vio sumergida la damnificada desde corta edad hasta que abandonó la casa paterna; la violencia verbal y física empleada por el autor ciertamente constituyó un medio idóneo para lograr modelar y vencer a voluntad cualquier resistencia que la joven pudiera haber ensayado ante sus avances”. Agregó que “las circunstancias vitales en las que se desarrolló la adolescencia de [A.A.R] fueron un factor determinante para lo que concluyó resultando un ataque a su integridad sexual”. Dio también peso agravante al “plazo durante el cual el autor desplegó su acción que se superpuso con la misma o mayor violencia verbal y física que ya empleaba antes de los distintos accesos a los que sometió a su hija”. También ponderó “las potenciales secuelas que deberá afrontar la damnificada”, que estimó de extensión incierta, a cuyo efecto dio relevancia a las informaciones de un informe de un perito médico forense y de un informe de una psicóloga forense.

En otro orden se declaró en la sentencia que sólo se encontraba como atenuante que A.A.R. “ingresó a la vida de su padre alrededor de los once años de edad, casi sin ninguna experiencia de convivencia previa lo que podría haber influido en la manera en que aquél se vinculó emocional y afectivamente con una niña que no crió”.

Ninguno de los criterios aplicados ha sido objeto de un intento de crítica o refutación por el recurrente. Éste se ha ceñido a quejarse de que el *a quo* habría omitido computar como atenuantes las condiciones de salud del imputado, la inexistencia de antecedentes y el concepto que merece el imputado, en estos términos: “El tribunal de mérito no tuvo en cuenta la modalidad del hecho el valor que pueda tener la ausencia de antecedentes y el buen concepto ni el echo [SIC] que por la enfermedad que padece Ramos Arbitres [SIC] (cáncer Terminal) lo tomara como atenuantes [...] El error no reside en que el tribunal le haya asignado más valor a la circunstancia agravante de la modalidad del hecho, sino que a las dos circunstancias diminuentes, no les otorgó ningún valor, pues de haber obrado así hubiese computado expresamente a estas últimas, sino que computó como agravante la modalidad del hecho y descartó las atenuantes acreditadas debido al mayor peso de la primera”.

Según su tesis “si existen y están probadas circunstancias atenuantes y agravantes todas deben ser computadas, con total independencia de la mayor o menor incidencia que cada una de ellas tenga posteriormente en la individualización de la pena. Es decir, puede suceder que las atenuantes y agravantes se neutralicen entre sí, pero una vez que han sido computadas y valoradas, no previamente. [...] si existían dos circunstancias atenuantes (falta de antecedentes y buen concepto) y una circunstancia agravante (modalidad del hecho), es evidente que ambas se han incidido entre sí. Es decir, por poco que sea, las atenuantes han debido disminuir el valor de la agravante, pero ocurre que al haber sido descartadas, dicho diminuyente no se reflejó en la pena, pues sólo se computó el agravante [...]”. Concluye de ese modo que el *a quo* incurrió en errónea aplicación de los arts. 40 y 41 CP, “al no computar como atenuante la ausencia de antecedentes y su enfermedad Terminal y el buen concepto, por lo cual corresponde casar la sentencia y disminuir la sanción penal”.

Sentado que la defensa no se agravia de que el *a quo* hubiese incurrido en algún error sobre el alcance del art. 41 CP al identificar los elementos que calificó como agravantes y que se agravia de lo que



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 226/2012/TO1/CNC1

considera una omisión de valoración de elementos atenuantes, entiendo imputándosele una omisión dos son las cuestiones a tratar.

Primero, si ha el *a quo* ha omitido la consideración o respuesta de argumentos que la defensa hubiese propuesto en el alegato final. Segundo, si debe asignarse algún peso a los elementos que la defensa pretende son “atenuantes” en la fijación de la medida de la pena.

En cuanto a lo primero observo que según surge del acta de la audiencia el representante del Ministerio Público, al requerir la imposición de una pena de dieciocho años de prisión, había dado relevancia a la enfermedad que padece el imputado en estos términos: “como atenuante lo único que puedo valorar es la enfermedad que está padeciendo el imputado, el cáncer. No encuentro otro atenuante para disminuir el reproche al aquí imputado” (confr. acta del debate, fs. 254 vta.).

A su turno, la defensora que entonces asistía al imputado, al contestar la acusación había pedido su absolución. En subsidio, sin discutir ningún aspecto del requerimiento de pena de la fiscalía, se había ceñido a expresar que “para el supuesto en que esto no prospere y se arriba al dictado de una sentencia condenatoria, pido que la prisión pueda ser domiciliaria en virtud de que padece una enfermedad terminal” (confr. acta, fs. 256).

Estas constataciones permiten concluir que el tribunal de juicio no fue llamado -ni por la fiscalía, ni por la defensa- a pronunciarse sobre la relevancia que pudiese tener para la fijación de la medida de la pena a imponer el hecho de que el imputado no registrase antecedentes penales o mereciese un “buen concepto”. No está justificada pues la queja en punto a que habría omitido considerar esos aspectos al momento de graduar la pena, porque toda omisión presupone un deber de considerar esos aspectos. Por lo demás, la pertinencia y relevancia para la determinación de la medida de la pena debería ser manifiestamente evidente para poder sostener, de modo consistente, que el *a quo* incurrió en una omisión flagrante de un punto relevante para la decisión.

La Defensa sostiene que la inexistencia de “antecedentes penales” y el “buen concepto” que afirma merece el imputado, tienen, desde un punto de vista normativo, una incidencia “atenuante”. No presenta sin embargo, siquiera mínimamente un desarrollo de esa tesis.

Cuando el art. 41, inc. 1, CP, se refiere a la extensión del daño y peligro causados como elementos a tener en cuenta en la medición de la pena, está indicando que la medida de la culpabilidad, o del reproche, si se prefiere, está condicionada, entre otras, por la menor o mayor extensión del daño, y no por la existencia misma de un daño, y que la medida del peligro al que el agente ha expuesto a otras personas con su obrar culpable, es relevante en la medición de la culpabilidad, o de la reprochabilidad, si se prefiere, y no la creación misma del peligro. En otros términos, se ha señalado que está fuera de cuestión que “la gravedad de un hecho depende también de la medida del padecimiento que o de qué intervención en los bienes jurídicos le ha inferido [el agente] al afectado” (STRATENWERTH, Günter, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Strafen und Maßnahmen*, 2ª. ed. Stämpfli & Cie. AG, Berna, 2006, p. 182, nro. 19, traducción no autorizada).

Los hechos que se han tenido por probados y atribuido a Felipe Agustín Ramos Albitres no serían más graves -en el sentido de capacidad dañina- porque él registrase eventualmente condenas por algún delito. La extensión o intensidad de la afectación a la integridad sexual de una niña -su hija- no es mayor o menor porque registrase o no condenas, de tal manera, la inexistencia de otras condenas no afecta ni el injusto objetivo, ni el reproche por ese injusto objetivo.

La existencia de condenas anteriores es un dato relacional de la vida anterior del agente y no un elemento de la acción o sus circunstancias, y por ende, no pertenece al ámbito de protección de la norma que prohíbe los abusos sexuales en general, y prohíbe más gravemente abusos sexuales sobre hijos o personas cuya guarda ha sido confiada al agente.

Por cierto, no se trata de que la conducción de vida del sujeto no pueda ser tomada en cuenta bajo ninguna circunstancia al momento de



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 226/2012/TO1/CNC1

establecer la pena en el caso concreto. Se trata de que la pena debe establecerse según la medida del injusto, y de que el injusto no es menos grave porque el agente no registre condenas. Antes de ahora me he ocupado de la interpretación del art. 41 CP y del limitado campo en el que es legítimo y compatible con un derecho penal construido alrededor de la culpabilidad por el injusto la consideración de la existencia de condenas anteriores (confr. mi voto como juez subrogante en la ex Cámara Nacional de Casación Penal, *in re "De las Toscas, José Luis s./recurso de casación"*, Sala II, causa n° 9108, rta. 14/07/2008, Reg. n° 12.095). Allí destacué que el art. 41 del Código Penal indica a los jueces que para la determinación de la pena deben tomar en cuenta circunstancias que se refieren al hecho (inc. 1), y circunstancias que se refieran al autor o agente (inc. 2). Que las primeras comprenden -aunque no de modo exhaustivo- los elementos objetivos del injusto del que el autor ha sido hallado culpable, a saber, la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y peligro causados y que el art. 41, inc. 1, hace referencia no ya al injusto sino a su grado (confr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, 2a. Edic., EDIAR, Buenos Aires, 2002, p. 1047). En otros términos, significa que "el ilícito culpable no sólo constituye el presupuesto de la punibilidad de la conducta, sino también la base para la graduación de su gravedad" (vide ZIFFER, Patricia, comentarios a los arts. 40 y 41 en BAIGÚN, David / ZAFFARONI, Eugenio R. (Directores), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, 2a. ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 80).

Por definición, las disposiciones penales que conminan los delitos con penas divisibles establecen un marco penal de relativa amplitud dentro del cual están en principio comprendidos todos los modos posibles en que una conducta humana satisface el supuesto de hecho objetivo y subjetivo de la ley penal y se hace reprochable de ello. La gravedad del injusto y de la culpabilidad se determina en el momento de medición de la pena, examinando el modo y circunstancias concretas en

que esa persona ha satisfecho el supuesto de hecho de la ley penal, y el modo concreto en que se ha hecho reprochable de ello. Al respecto se señala que si bien los conceptos de injusto y culpabilidad vienen dados por la teoría del delito existe una diferencia de perspectiva, ya que mientras a los fines de la imputación lo que interesa es si concurren sus presupuestos, lo que se considera en el ámbito de la medición de la pena, dado que se trata de nociones mensurables, es su intensidad (RIGHI, Esteban, *Teoría de la pena*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 223).

Así, cuando el art. art. 41, inc. 1, C.P., se refiere a la extensión del daño y peligro causados como elementos a tener en cuenta en la medición de la pena, está indicando que la medida de la culpabilidad, o del reproche, si se prefiere, está influenciada, entre otras, por la menor o mayor extensión del daño, y no por la existencia misma de un daño, y que la medida del peligro al que el agente ha expuesto a otras personas con su obrar culpable, es relevante en la medición de la culpabilidad, o de la reprochabilidad, si se prefiere, y no la creación misma del peligro.

También relevé en esa sentencia que el art. 41, inc. 2, CP indica tomar en cuenta para la medición de la pena a imponer al agente, “las reincidencias en que hubiera incurrido”. Se señala en doctrina que la exposición de motivos del Proyecto de Código Penal de 1891 aclara el alcance del uso de este término, comprensivo tanto de la reincidencia en su sentido técnico, como también en el de reiteración (DE LA RUA, Jorge, *Código Penal Argentino. Parte General*, 2a. Edic., Depalma, Buenos Aires, 1997, nota a los arts. 40 y 41, nros. 111 y 114, ps. 709/710).

En general se ha entendido que las circunstancias enunciadas en el inciso 2, del art. 41 CP “tienen relevancia en relación al juicio que el juzgador debe formular: mayor o menor peligrosidad del autor” entendida como la peligrosidad como “pronóstico respecto del obrar futuro del condenado después de cumplida la pena”, de modo que “en el sistema del Código vigente la graduación de la pena atiende exclusivamente a la peligrosidad o capacidad delictiva, esto es,



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 226/2012/TO1/CNC1

probabilidad de que el individuo vuelva a delinquir” (DE LA RUA, *op. cit.*, nota a los arts. 40 y 41, nros. 146, 151 y 152, ps. 717/719).

Sin embargo entendí que esta visión es susceptible de ser contradicha desde el punto de vista sistemático y puesta en crisis desde el punto de vista constitucional. Desde el punto de vista sistemático, porque el código adopta el sistema de doble vía de penas y medidas de seguridad, establece un sistema de atribución subjetiva de responsabilidad penal que no reposa en la peligrosidad y pone estrictos límites a las penas divisibles, que sólo permiten graduar la peligrosidad del agente en el marco legal previsto para el hecho “culpable”. Por lo demás, en general, y prescindiendo de cuál debería ser el alcance de la controvertida disposición del art. 44 CP, cuya aplicación aquí no está en juego, la falta de peligrosidad del agente no exime de la punibilidad. Desde el punto de vista constitucional una pena medida según la peligrosidad del agente no supera la confrontación con el art. 18 CN que predica que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior “al hecho” del proceso. De suerte tal que la pena y su medida están condicionadas por el hecho y no por la peligrosidad del agente.

Ello conduce a interpretar el inc. 2 del art. 41 CP por vía de una visión superadora de sus antecedentes históricos, de un modo compatible con el art. 18 CN. Así concluí conforme a esa inteligencia, cabe interpretar que el art. 41 establece en general pautas que atienden a la magnitud del injusto y de la culpabilidad, y que la peligrosidad no es ya fundamento de medición de la pena, sino simplemente un correctivo de la pena medida según el injusto y la culpabilidad, en el sentido de que no permitiría la aplicación de una superior al límite fijado por éstas, pero si, una menor cuando la falta de o mínima peligrosidad disminuye las necesidades preventivo especiales. Por cierto, bajo ciertas condiciones, la constatación de que el agente ha sido condenado por otros hechos cometidos con anterioridad, puede constituir un elemento a tener en cuenta para estimar las necesidades preventivo especiales en el marco del art. 41, inc. 2, CP pero nunca una autorización para sobrepasar la gravedad del injusto y la culpabilidad por el hecho. En cualquier caso,

no basta sin embargo con la invocación de la existencia o inexistencia de condenas anteriores, sino que es necesario que se haga explícita cuál es la relevancia que éstas o su inexistencia tienen para la determinación de la peligrosidad, entendida como riesgo de reiteración.

Estas consideraciones son aplicables *mutatis mutandis* para examinar las pretensiones de la defensa en este caso. Constatado que el imputado no ha sido condenado antes de ahora, es necesario demostrar por qué estaría justificado tomar esa constatación como morigeración de la pena por razón de menores necesidades preventivas, con una argumentación que tome en concreto en cuenta la naturaleza del delito de que se trata. En otros términos, sería necesario demostrar por qué el hecho de que el imputado no hubiese sido condenado antes de ahora por abusar de una hija, o de una niña de su parentesco, o de una puesta bajo su guarda, ese dato sería pertinente para disminuir la medida de la pena por consideraciones preventivas. Esto no aparece siquiera insinuado por la defensa.

El recurrente tampoco ha presentado una exposición mínimamente consistente en punto a qué objeto se refiere cuando afirma que el imputado gozaría de “buen concepto”, ni qué relación tendría ese “concepto” con alguno de los incisos del art. 41 CP. De modo que, además de que ninguna alegación en ese sentido se había hecho al contestar la acusación, el remedio está en este punto absolutamente infundado y es inidóneo para demostrar el error jurídico que se le asigna a la decisión recurrida (art. 463 CPPN). Más aún, ni siquiera atisba cuál es la fuente de prueba a partir de la cual el tribunal podría haber conocido el concepto que merece el imputado.

Queda finalmente por considerar si el tribunal omitió dar relevancia en la medición de la pena a la enfermedad que padece el imputado, y en su caso, cuál sería su relevancia.

Desde la perspectiva del art. 41 CP la situación de salud del imputado no está expresamente contemplada como elemento relevante para la fijación de la medida de la pena. Si bien el inciso 2 indica tomar en consideración las “condiciones personales” del sujeto, su relevancia



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 226/2012/TO1/CNC1

está orientada a razones preventivas, pues atiende a esas condiciones “que demuestren su mayor o menor peligrosidad”. Sin embargo, los tribunales podrían tomar en cuenta el estado de salud del agente desde una perspectiva constitucional, cuando la una pena privativa de libertad respecto de una persona gravemente enferma pudiese, en el estadio de la ejecución, aparecer desproporcionada, o incluso tornarse en una reacción cruel o inhumana.

Es un hecho en general aceptado que una misma magnitud de pena no afecta de la misma manera a cada sujeto castigado, tanto desde el punto de vista de la culpabilidad como del de la prevención, y también que debe tomarse en cuenta la dureza con que la pena afectará al autor, de modo que no sobrepase el reproche de culpabilidad (confr. MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl Heinz / ZIPF, Heinz, "Derecho Penal, Parte General", 7a. edic., Buenos Aires 1995, tomo II, p. 764 y ss.).

Al fijar una pena de larga duración es pertinente contemplar no sólo las privaciones inherentes a su ejecución, sino las mortificaciones adicionales que podría inferirse están implicadas por el hecho de que padezca de un estado de salud gravemente debilitado, o una enfermedad grave o gravísima que afecte seriamente su vida en prisión. Si puede inferirse que el deterioro del estado de salud del condenado alcanza un grado que la ejecución de la prisión sea más penosa que en el caso de una persona totalmente sana ello podría ser tenido en cuenta al establecer la duración de la pena, computando el serio sufrimiento adicional que acarrearía, de modo que evitar que en definitiva la pena -en su ejecución- exceda de hecho el reproche merecido por el injusto culpable cometido.

Al pedir la imposición de una pena de dieciocho años de prisión el representante del Ministerio Público había asignado relevancia atenuante a la enfermedad padecida por el imputado. La defensa no hizo ninguna consideración específica en su alegato, pero pidió que si el imputado fuese condenado la pena se ejecutara con prisión domiciliaria. El *a quo* le impuso la pena sensiblemente menor de doce años de prisión, y tampoco hizo una consideración específica de la situación de salud del imputado. Sin perjuicio de ello, adelantó que habrían de “implementarse

las medidas necesarias para atender al eventual arresto domiciliario impetrado por la Defensa” (fs. 301 vta., y así lo ordenó en la parte dispositiva de la sentencia para que se requiriese “la información pertinente con el objeto de dar respuesta a dicha solicitud, teniendo en cuenta el estado de salud del causante conforme la información que ya obra en el legajo” (fs. 302).

Observo que según se ha dejado constancia en el acta del debate, que el juez que presidía había dispuesto la incorporación por lectura y/o exhibición del resto de las medidas de prueba oportunamente ofrecidas por las partes y ordenadas por el tribunal” (fs. 247 vta.). Aunque no se ha identificado concretamente cada elemento introducido en la audiencia, puede inferirse de la providencia de prueba que se han incorporado -en lo que al tema en examen concierne- el resumen de historia clínica de fs. 79, y las copias de indicaciones médicas de fs. 75/77 que documentan tratamiento oncológico e intervención quirúrgica del imputado en junio de 2001, las hojas de epicrisis de internación e intervención quirúrgica por tumor vegetacional en recto, en el período 31 de mayo al 3 de junio de 2011, de fs. 68/72, y el estudio endoscópico de 3 de febrero de 2012, de fs. 73. A ello se agrega que, aunque no incorporado formalmente como elemento para considerar en la audiencia, el día fijado para su apertura, el Tribunal había considerado necesario hacer examinar al imputado por un médico forense, para determinar si estaba en condiciones de comparecer al juicio (fs. 190), y éste se había expedido sugiriendo su internación en el hospital público donde había sido tratado, por causa de antecedentes recientes de sangrado intestinal, a los fines de su evaluación (fs. 195/197).

Esos son los únicos elementos que el tribunal de juicio tuvo a su disposición en la audiencia el 7 de abril de 2015 y las sucesivas. Los primeros, remotos en el tiempo, de una antigüedad de entre catorce y tres años, respectivamente, y el último sin un diagnóstico concreto actualizado. En síntesis, ninguno de ellos confirma la alegación de la defensa en punto a que el imputado estuviese cursando un cáncer en estado terminal al momento de la decisión sobre la acusación. Por ello



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 226/2012/TO1/CNC1

concluyo que no asiste razón al recurrente en cuanto se queja de que el *a quo* habría omitido considerar esa alegación al fijar la pena.

Por lo demás, ninguno de esos elementos permitía tampoco establecer, de modo concreto y puntual, que la situación de salud existente al momento de la sentencia, más allá de la persistencia de la enfermedad, tornase a la pena de prisión como una mortificación desproporcionada o incluso cruel o inhumana. Máxime cuando la ley establece modos alternativos de ejecución de la pena en los arts. 10, incs. a y b, CP, y 33 y 33 de la ley 24.660, para ciertos casos de enfermedad grave, y de hecho la defensa ha promovido esa modalidad alternativa y el tribunal tiene jurisdicción para decidir la petición, a la luz de todas las informaciones que puedan recabarse sobre el actual estado de salud del imputado.

Por estas razones, concuro al resultado que propone el juez Bruzzone en el punto de su voto, y doy el mío en el mismo sentido.

El juez **Horacio L. Días** dijo:

Adhiero al voto del juez Bruzzone.-

Como mérito del acuerdo que antecede, la **Sala I** de la **Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional** de la Capital Federal, **RESUELVE**:

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa de **Felipe Agustín Ramos Albitrez**, con costas (arts. 456, 465, 468, 469, 470 *a contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; Lex 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Gustavo A. Bruzzone
Días

Luis M. García

Horacio L.

Ante mí:

Santiago López
Secretario de Cámara