

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 21893/07 STJ

SENTENCIA Nº: 96

PROCESADO: M. L.M.

DELITO: ABUSO SEXUAL AGRAVADO

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 07-06-07

FIRMANTES: BALLADINI – LUTZ – SODERO NIEVAS EN ABSTENCIÓN

///MA, de junio de 2007.

VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: “M., L.M. s/Abuso sexual agravado por el vínculo s/ Casación” (Exppte.Nº 21893/07 STJ), puestas a despacho para resolver, y -

----- CONSIDERANDO:-----

----- Que la deliberación previa a la resolución (cuya constancia obra a fs. 338) ha concluido con el acuerdo de los señores Jueces que se transcribe a continuación.- - - El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:- - - -

-----1.- Antecedentes de la causa:- - - - -

-----1.1.- Mediante sentencia Nº 60/06 (fs. 274/290), la Sala B de la Cámara en lo Criminal de la Iª Circunscripción Judicial resolvió condenar a L.M.M. a la pena de tres años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado (arts. 119 inc. b en función del último párrafo C.P., y 498 y 499 C.P.P.).- - - - -

-----1.2.- Contra lo así decidido, la señora Defensora General doctora Marta Gloria Ghianni interpuso recurso de casación, que fue concedido por el tribunal de grado inferior.- - - - -

-----2.- Argumentos del recurso de casación:- - - - -

----- La recurrente sostiene que la sentencia resulta arbitraria y contraria al principio de congruencia y, por ende, violatoria de principios de raigambre constitucional, porque el tribunal concluyó que los testimonios de las hijas del encartado, M.A. y P.R. M., no ///2.- podían ser valorados en contra de aquél y, sin embargo, a posteriori tomó como testimonio de cargo los dichos de Y.M.S., madre de las citadas, basados exclusivamente

en el relato de su hija M. y todo lo supo por ésta. Agrega que se obtuvo información de manera indirecta, y por otros derroteros, de una testigo prohibida por el art. 226 del código de forma.- - - - -

----- Asimismo afirma que sólo quedan los dichos de la víctima S.M. que, como bien dijo el sentenciante, no contó los hechos pero contestó preguntas del tribunal en forma concisa, aclarando que el leve retardo mental no impidió que se tuviera conocimiento del hecho cometido en su contra. Refiere además que se entendió que la testigo no pudo dar un consentimiento válido y, sin embargo, se valoraron sus dichos como coherentes y se analizó en perjuicio de M. la circunstancia de que S. no quisiera vivir más con él y se fuera con la mamá (denunciante). Sobre este aspecto, señala que es imprescindible recordar que S. en un principio, y a pesar de las manifestaciones de la mamá respecto de otra situación de presunto abuso por parte del progenitor, se quedó a vivir con éste después de la separación, lo cual no demuestra que le haya tenido miedo y que haya estado en situación de sometimiento.- - - - -

-----3.- Análisis de la admisibilidad del recurso de casación:- - - - -
- - - - -

----- Este Tribunal de Casación viene sosteniendo en forma continua y reiterada que el análisis de admisibilidad del recurso de casación del tribunal de grado inferior debe///3.- responder a los nuevos parámetros fijados como garantía de la doble instancia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “CASAL” (C. 1757, XL., del 20-09-05) y ratificado en los fallos “MARTÍNEZ ARECO” (del 25-10-05), “BENÍTEZ” (del 28-02-06, LL del 03-05-06) y “DÍAZ” y “VILLAR” (del 04-07-06), cuya aplicabilidad en el ámbito provincial se desprende de los precedentes “SALTO” (del 07-03-06) y “KUTKO” (del 26-09-06), entre otros.- - - - -

----- Esta doctrina es conocida y citada por el Tribunal inferior. Sin embargo, el a quo declaró la admisibilidad formal del recurso con la afirmación de que la “defensora general fundamenta adecuadamente su recurso y, sin perjuicio de no compartir su criterio y en virtud que no puede ser el presente un acto de defensa de la resolución dictada por esta Sala, a la luz de la jurisprudencia citada se entiende que tiene su presentación entidad suficiente para considerarlo admisible al remedio intentado, en tanto cuestiona la valoración que de parte de la prueba ha realizado el tribunal de juicio” (fs. 329).- - - - -

----- De tal modo, la sentencia interlocutoria N° 9/07 incumple con la motivación prevista por el art. 110 del rito, en tanto dicha afirmación no justifica una habilitación

automática de la instancia extraordinaria de casación, por la sola interposición del recurso contra una sentencia definitiva o equiparable a tal.- - - - -

----- En razón de lo expuesto y en conformidad con la doctrina legal de este Superior Tribunal expuesta in re “ZACARÍAS” (Se. 138/05), el tribunal a quo debe evaluar la interposición de una crítica concreta y razonada a la///4.- legalidad de la decisión dictada. En tal tarea, el tribunal de grado inferior no puede sustraerse al mérito y a la consideración de la doctrina legal que resuelva la cuestión propuesta a discusión, pues conspiraría contra el debido proceso legal la habilitación de la instancia de agravios que manifiestamente no puedan prosperar. De igual modo, ante la presentación de planteos nulificatorios, el a quo debe hacer un somero análisis del cumplimiento de sus requisitos de admisibilidad, entre los que no pueden obviarse el interés que sustente el agravio y su temporaneidad.- - - - -

----- La consecuencia de lo anterior sería la declaración de nulidad de la admisión del recurso de casación, con el consecuente reenvío para su nuevo examen (sin perjuicio de otras medidas de carácter administrativo, conf. segundo párrafo del art. 43 e inc. g) del art. 78 Ley 2430 y normas ccdtes.), pero el principio de celeridad procesal antes mencionado hace necesario que este tribunal ingrese en el tratamiento de los agravios expuestos en el sub examine, no sin antes realizar un llamado a la reflexión a los señores magistrados en relación con el estricto cumplimiento de la citada doctrina de este Superior Tribunal.- - - - -

-----4.- Acusación:- - - - -

----- El a quo consideró que el hecho acaeció como fue descripto en la requisitoria fiscal, por lo que tuvo por probado que el día 24 de agosto de 2004, alrededor de las 17:00 horas, L.M.M. manoseó los pechos y metió las manos debajo del pantalón de su hija S.H.M., quien presenta un moderado retraso mental,///5.- mientras ésta se encontraba acostada, con la remera levantada y el pantalón desprendido, en la cama de su habitación, en el domicilio sito en Islas Malvinas 1694 de San Antonio Oeste (Río Negro).- - - - -

-----5.- Análisis de los argumentos del recurso de casación:

-----5.1.- La defensa cuestiona la valoración de la declaración de la concubina del imputado. En este punto, el a quo sostuvo que los testimonios de M.A. y P.R.M., hijas del imputado, no fueron valorados en contra del encartado por la expresa prohibición del art. 226 del Código Procesal Penal, porque no fueron víctimas (fs. 279/280). Luego aclaró que era cargoso el testimonio de Y.M.S., madre de la víctima S.H.M. (con

veintisiete años de edad al momento del hecho y con un moderado retraso mental desde los nueve) y de las testigos referidas anteriormente (M.A. y P.R.M.), por cuanto solo estuvo en concubinato con el imputado, de quien está separada desde antes de la denuncia (25-08-04), de forma que la ley procesal no la inhabilita para declarar en contra de él (fs. 281).- - - -

----- Ahora bien, la recurrente impugna la ponderación del testimonio de Y.M.S. porque está basado exclusivamente en un relato que le hizo su hija M., de modo tal que se ha obtenido información de manera indirecta de una testigo prohibida por el art. 226 del código de forma, agravio absolutamente ineficaz en cuanto pretende negar la posibilidad de valorar los dichos de la testigo.- -

----- Este Cuerpo ha sostenido la necesidad de ser cuidadosos con el análisis de las declaraciones y///6.- manifestaciones de un testigo indirecto o testigo “de oídas”, “pues adquiere la información por el dicho del otro. \El transmisor indirecto del elemento probatorio buscado en el proceso no será, pues, testigo en sentido propio, por cuanto sólo traerá al proceso lo que oyó decir acerca del hecho que se pretende acreditar. Esta cuestión tiene su importancia cuando ese dicho traído al proceso proviene de los mismos supuestos intervinientes en el hecho que se trata de averiguar: autor o víctima, en cuanto significaría, desde un aspecto, introducir por la vía de testigos una confesión extrajudicial. Esto acreditaría, cuando más, que se dijo tal cosa, pero no que ocurrió\ (Clariá Olmedo, \Tratado...\, Tº III, págs. 251/252)... Por lo anterior, el Superior Tribunal reconoce a esta clase de declaraciones una limitadísima validez indiciaria” (Se. 121/06, “RIQUELME”).- - - - -

----- En este orden de ideas, no hay obstáculo legal para valorar la declaración de Y.M.S., con la validez indiciaria limitadísima que caracteriza este tipo de pruebas y en el contexto de un conjunto probatorio del que resulta una unívoca y certera resolución sobre las circunstancias fácticas de lo realmente ocurrido y su autor.

-----5.2.- Como reseñé supra, la señora Defensora refiere además que se entendió que la testigo no pudo dar un consentimiento válido y, sin embargo, se valoraron sus dichos como coherentes.- - - - -

-----a) Este agravio su funda en la supuesta contradicción que se plantea al entender que la víctima no pudo consentir válidamente los hechos reprochados (tocamientos en partes pudendas) y analizar luego sus dichos como coherentes y ///7.- tomarlos como prueba de cargo.- - - - -

----- Sin embargo, la parte no expone una crítica razonada, seria y concreta sobre los

argumentos que desarrolló el sentenciante, lo que determina la ineficacia recursiva.- - -

----- En este sentido, cabe recordar que el juez de primer voto trató puntualmente la cuestión y tuvo en cuenta que la víctima, S.H.M., no narró los hechos, pero sí contestó preguntas del Tribunal de una manera concisa, dando a entender que tenía conocimiento perfecto de lo que le había sucedido con su padre, en qué lugar y de qué forma. Consideró asimismo el leve a moderado retardo mental diagnosticado a la nombrada, y afirmó que, sin embargo, de ninguna manera ello le impidió al Tribunal tener acceso directo al conocimiento del hecho cometido en su contra por su progenitor (fs. 282).- - -

- - - - -

----- Asimismo, el juez ponente señaló: “El testimonio de la víctima evidencia una posición de inferioridad y sometimiento hacia el padre que no me deja duda en punto a que no es posible pensar en algún grado de consentimiento a la acción del imputado. Digo esto en función de lo alegado por la defensa en el sentido de que no estaba determinada la incapacidad y que surgían dudas sobre el consentimiento de la víctima para que su padre la tocara. Al respecto, la impronta de la prueba testimonial producida en el debate se corrobora con otros elementos de convicción que cierran un cuadro probatorio cierto del injusto reprochado. Así, se cuenta con el informe de la Dra. Ilda Suzana Donoso, especialista en psiquiatría...”- - - - -

----- “Coincidentemente, el Cuerpo Médico Forense (fs. 46) ///8.- refiere el retraso mental moderado..., permanente e irreversible, patología que le impide fabular.- - - - -

----- “Evidentemente, el imputado M., valiéndose de una situación de convivencia, y prominencia que le daba su situación de padre, potenciada por el moderado retardo mental de su hija, le permitieron aprovecharse de la situación para abusar sexualmente de ella, en una acción penalmente reprochable, desde que lejos está la posibilidad de que su hija haya prestado el consentimiento a tal conducta. Cuando ante el Tribunal S. manifestó que no atinó a nada cuando su padre la tocó, agregó –y lo dijo claramente– que tenía miedo, se infiere sin mayor análisis, la violencia psicológica y moral impresa en su hija, el miedo, pues no es sino una emoción que no requiere de ninguna elaboración profunda ni superficial del pensamiento, y se tradujo incluso (en el momento de la declaración) en movimiento de su mandíbula que denotaban nerviosismo y ojos enrojecidos de una persona al borde del llanto... En definitiva, S. no puede ubicarse en el tiempo, no puede precisar cuándo sucedieron las cosas..., pero sí sabe y así lo ha transmitido, a la médica en su momento y al Tribunal en el debate, qué es lo que le sucedió y de qué manera ocurrió, la cual de ninguna manera admite el pretendido

consentimiento. Debo agregar que no es cierto que no esté determinada la incapacidad de S.M., como ya se vio, los informes técnicos revelan que padece un moderado retraso mental, pero no obstante, el mismo Servicio de Salud Mental de SAO ha dictaminado que la nombrada es capaz de expresar lo sucedido y que declararía ante el juez si su ///9.- padre no está presente” (fs. 282/285).- - - - -

----- La cita de las expresiones textuales vertidas en la sentencia en crisis pone en evidencia que se ha hecho un análisis cabal y adecuado de los extremos probatorios de autos, lo que permite descartar la contradicción que alega la defensa.- - - - -

- - - - -

----- Por último, carece de andamio el argumento defensivo que pretende demostrar la inexistencia de miedo y sometimiento de la víctima con base en el hecho de que vivía con su padre pese a que habría existido otra situación de abuso por parte del imputado, en virtud de que ni siquiera consta en qué fecha aproximada habría acaecido ese hecho (aunque parece ubicarse varios años atrás) y tampoco por qué motivos S. continuó viviendo con su padre cuando sus progenitores se separaron ni quién decidió dicha convivencia (fs. 281).- - - - -

-----b) Sin perjuicio de lo precedentemente expuesto y en función de lo declarado por la doctora Ilda Suzana Donoso en debate sobre el deseo sexual (“se encontraba presente en la víctima, y en función de su estado, es difícil discernir que con una persona sí y que con otra no, difícil entender que con su padre no”, citado a fs. 283), es dable recordar - mutatis mutandis- lo sostenido por este Superior Tribunal: “la modalidad típica del abuso sexual con acceso carnal previsto en el artículo 119 primer párrafo última parte del Código Penal -aprovecharse de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción- admite los supuestos de acceso cuando la persona ofendida se halle privada de razón o de sentido, según Breglia Arias y Gauna ///10.- (\‘Código Penal\’, Tº I, pág. 899; art. 119 inc. 2º C.P., previo a la reforma según Ley 25087, BO del 14-05-99).- - - - -

----- “En este orden de ideas, para determinar el alcance del concepto que califica a la víctima como privada de razón Jorge A. Sandro (\‘Violación (víctima privada de razón)\’, en \‘Doctrina Penal\’, Año 6, 512) dice que es \‘... en abstracto siempre el mismo hombre esencial quien desempeña los roles de ejecutor y víctima de los actos delictivos. Y en cualquier función típica ese hombre psíquicamente inalterado merece una consideración jurídica homogénea como ente racional, al menos si es que el legislador persigue una injerencia efectiva en la motivación de las conductas humanas

(criterio realista). Tal imperativo deriva igualmente -al margen de la pura ontología- de la necesaria coherencia normativa interna. El principio elemental de congruencia indica que un orden jurídico sistemático no puede atribuir estructura psíquica diversa a los sujetos activo y pasivo del delito, cuando participan de idéntica naturaleza vital\'. - - - -

----- “Entonces, es dable utilizar la estructura del artículo 34 inc. 1º del Código Penal para valorar los distintos estratos de la aptitud psíquica del delito, conforme la dogmática penal.- - - - -

----- “El primero está conformado por la capacidad psíquica de acción (voluntariedad del obrar); el segundo es la capacidad psíquica de acción típica (capacidad de conocimiento del tipo objetivo); luego la capacidad psíquica de justificación (conocimiento de las circunstancias///11.- objetivas permisivas) y, por último, la capacidad psíquica de culpabilidad (imputabilidad).- - - - -

----- “Dicho doctrinario, en la página 514 del comentario citado, continúa diciendo que la víctima \‘privada de razón\’ será quien \‘... ejecute voluntariamente el acto carnal, pero sin conocer, por insuficiencia o defecto psíquico de especial gravedad, la naturaleza fisiológica de la relación sexual; y a nivel ulterior quien, manteniendo esa capacidad, no pueda en cambio comprender su significado ético-social, como acto de realización física y espiritual vinculado con la perpetuación de la especie... No se trata, empero, de la intelección posible sobre la valoración moral del acto sino, más precisamente, de la capacidad para asumir un acto sexual responsable, diferenciándolo del ayuntamiento puramente instintivo limitado al desfogue pasional. De lo expuesto podrá inferirse que a la víctima «privada de razón» le faltará ya la capacidad de cognición e interpretación fáctica equivalente a la segunda etapa de la «capacidad psíquica del delito»; o ya, la capacidad valorativa comparable a la cuarta etapa de la estructura subjetiva delictual. En el primer caso, esa persona «no sabe lo que hace» (aunque lo hace voluntariamente); en el segundo «sabe lo que hace», pero es incapaz de enjuiciar axiológicamente su proceder o de internalizar la significación individual y social de la cópula. La tutela penal se funda, en la irrelevancia jurídica de la formación de voluntad propia del incapaz para entender el hecho fisiológico sexual o su sentido trascendente\’.- - - - -

----- “[...] Asimismo, el retraso mental constituye un grupo ///12.- de alteraciones psíquicas determinadas por un desarrollo intelectual insuficiente, y el leve (débiles mentales) se caracteriza por ser un trastorno que afecta \‘... sobre todo, la capacidad de abstracción, síntesis y comprensión. Las comparaciones y el

establecimiento de relaciones entre objetos y situaciones se ven dificultados, como por ejemplo relaciones de semejanza, oposición, sucesión, inclusión, exclusión. La falta de abstracción lleva a la identificación de los objetos por datos concretos sensoriales, más que por conceptos o ideas de clase o función. No comprenden, o comprenden mal, los conceptos éticos por lo abstracto de éstos, como el «deber», el «bien», el «honor»...\' (José María Martínez Ferreti, 'Breve guía diagnóstica y pronóstica de los retrasos mentales', Revista Argentina de Clínica Neuropsiquiátrica, en www.alcmeon.com.ar/8/30Ferreti.htm del 13-06-05), con lo que aparece cierta la determinación de que la menor con tal grado de retraso careciera de la posibilidad de comprender los valores ético-sociales de la propuesta sexual.- - - -

----- “En consecuencia -ausente esta capacidad de comprensión-, la tipicidad del acto sexual se resuelve mediante la teoría de la violencia presunta toda vez que aquélla es presupuesto necesario para ejercer resistencia y evitar el peligro: su voluntad carece de validez jurídica, por lo que es irrelevante la temática referida a la eventual pasividad de la víctima.- - - - -

----- “De tal modo, no se ampara la sola debilidad mental, sino que ésta -en el caso- importaba la imposibilidad psíquica de prestar un consentimiento válido. Ello está en ///13.- un total acuerdo con la redefinición del bien jurídico tutelado por la Ley 25087 en el sentido de que '\... [u]na percepción de las agresiones sexuales acorde con el estado actual de nuestra cultura debe considerar el crimen sexual estrictamente como una injuria a la integridad física y psíquica y a la libre decisión de la víctima, no una injuria a la pureza o castidad de ella, ni al honor de ningún varón...\' (inserción solicitada por el Diputado Cafferata Nores, artículo 1º, Antecedentes Parlamentarios, Año 1999, Nº 5, pág. 1614)” (Se. 95/05 STJRNSP).- - - - -

-----6.- Revisión integral de la sentencia de condena:- - -

----- En la interpretación del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación -motivos de procedencia del recurso de casación-, in re “CASAL” (C. 1757. XL, ya citada) la Corte Suprema sostiene la teoría del máximo rendimiento para asegurar el derecho del condenado a la revisión amplia de la sentencia destinada a lograr el control integral de una resolución jurisdiccional, en un examen que comprende las cuestiones de hecho y prueba conforme con los arts. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ver Se. 193/05 STJRNSP, entre muchas otras).- - - - -

----- Así, el fallo “CASAL” supone, en una interpretación amplia del recurso de

casación, una revisión integral de la sentencia en relación con los agravios planteados, con excepción del mérito propio de la inmediación del debate oral, aunque esto no importa la restricción de la totalidad de las conclusiones de la prueba testimonial en la medida en que sea posible analizar su razón suficiente. La motivación ///14.- de tales aspectos se encuentra entonces sujeta a control casatorio.- - - - -

----- Bajo tal línea de ideas y desechados los agravios recursivos, reitero que la sentencia en crisis contiene sólidos fundamentos sustentados en las declaraciones de Y.M.S., S.H.M.e Ilda Suzana Donoso, el mérito propio de la inmediación del debate oral (en especial el referido a la víctima), los informes de la doctora Donoso y del Servicio de Salud Mental del Hospital de San Antonio Oeste y el dictamen del Cuerpo Médico Forense.- - - - -

----- “Resulta oportuno traer a colación aquí lo expresado por Raúl Washington Abalos, quien afirma: ‘... La apreciación del testimonio queda sujeta a la valoración del Juez conforme a las reglas de la sana crítica, éste consiste en la eliminación de valores predeterminados de la prueba. El Juez saca conclusiones libremente, pero debe respetar las reglas del entendimiento humano: lógica, psicología y experiencia común. El Juez debe establecer cuándo el testimonio es verdadero, erróneo o mendaz, la apreciación de los sentidos en las personas es totalmente diferente, y por ello el tribunal debe tratar de armonizar los distintos medios probatorios para verificar cuáles elementos del testimonio son producto del error, de la mentira, o resultan verdaderos. Todo pertenece a la ciencia y experiencia del Juez, a su sagacidad y a su técnica, es soberano en la apreciación de la prueba... La recepción se produce por el Juez, pero después de ella la labor del magistrado es interpretar la declaración. Allí es donde el Juez debe ///15.- armonizar una serie de elementos para valorar adecuadamente el dicho del testigo. Se vale de la libre convicción o la sana crítica racional, que mueven en definitiva al juzgador a obrar de una u otra manera, contraria o no a lo que dice el testigo’ (‘Derecho Procesal Penal’, Tº II, pág. 495; citado en Se. 38/02 STJRNSP)” (Se. 108/06 STJRNSP).- - - - -

----- En el caso, la declaración de la víctima encuentra corroboración unívoca en la valoración del conjunto de indicios, respecto de lo cual la Cámara expuso un razonamiento que se ubica dentro de los parámetros de la logicidad, la experiencia y la psicología (sana crítica racional). Entonces, la concurrencia concordante de esta serie de indicios es razón suficiente para derivar en la conclusión del tribunal de grado inferior y no en otra (ver Gabriel E. Pérez Barberá, “La prueba de indicios según los distintos

sistemas de enjuiciamiento penal. Su repercusión en la casación por agravio formal”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, Nº 4 y 5, págs. 392 y ss., citado en Se. 37/06 SJTRNSP).- - - - -

-----7.- Intervención del Asesor de Menores e Incapaces:- -

----- El sentenciante tuvo por determinada la incapacidad de S.M., pero, al ser capaz de expresar lo sucedido, no consideró pertinente su representación por parte de la Asesora de Menores en función de la validez de sus actos conforme las disposiciones del Código Civil (Libro Primero, Título 10; ver fs. 285).- - - - -

----- Sin embargo, el a quo confunde la posibilidad de que la víctima preste declaración testimonial y su valoración ///16.- con la representación necesaria en virtud de su incapacidad.- - - - -

----- Al respecto, “nuestro código de rito en su art. 225 reconoce una suerte de capacidad testifical general según la cual podrán testificar ‘... los dementes... pues la enfermedad mental no siempre quita o altera toda facultad intelectual, y se puede localizar en determinados centros de la actividad psíquica, dejando más o menos inmunes a los demás...’ (ver Cafferata Nores, ‘La Prueba en el Proceso Penal’, pág. 90, y la cita nº 17: ‘... de la regla de la capacidad testifical amplia no están excluidos los niños, decrepitos, ebrios, sordos, mudos..., y ni siquiera los enfermos mentales, y... el juez tiene libertad para valorar después la credibilidad del testigo y su deposición...’). [...] La cita es pertinente pues confirma la postura del Tribunal de Casación en cuanto a que el demente puede proporcionar una correcta descripción del mundo externo pese a ser inimputable, y esto no varía por la circunstancia de concurrir al proceso en calidad de testigo o imputado” (Se. 27/01 STJRNSP).- - - - -

----- Por otra parte, una interpretación sistemática de la totalidad del ordenamiento jurídico, para evitar aquélla que ponga en contradicción unas normas con otras, demuestra que el inc. k) del art. 77 de la Ley 2430 no sólo admite la intervención de la Asesora de Menores e Incapaces como parte legítima para los supuestos de delitos de acción privada -los que tramitan por querella-, pues los deberes y atribuciones que se establecen son sólo ejemplificativos y no pueden restringir ni oponerse a los del principio general ///17.- de la norma, esto es, que los “... Asesores de Menores e Incapaces son parte legítima y esencial en todo asunto judicial en que se trate de la persona o intereses de menores e incapaces” (Se. 20/06 STJRNSP).- - - - -

----- Sin perjuicio de esto último, observo que en el sub examine la ausencia de intervención del Asesor de Menores e Incapaces no afectó derechos e intereses

concretos de la víctima incapaz.- - - - -

-----8.- Disfuncionalidad del Agente Fiscal:- - - - -

----- En el análisis integral de la presente causa advierto que la Cámara en lo Criminal, por auto interlocutorio del 28-03-06, expresó: “Atento a que en autos ya se ha dictado la nulidad de anteriores actos procesales..., el error en el que ha incurrido el Ministerio Público Fiscal, evidentemente al copiar informáticamente su requerimiento anterior, con el solo cambio de la fecha del hecho, sin la revisión adecuada del escrito, de sus fundamentos, de la motivación de tan importante acto procesal, provoca un dispendio procesal innecesario, una duración del proceso superior a la racional, una actividad jurisdiccional por el solo motivo de su falta de responsabilidad en el cumplimiento de la función”. En función de tales consideraciones, en la parte resolutive dispuso: “Primero: Declarar la nulidad del requerimiento de elevación a juicio... Segundo: Exhortar al Sr. Agente Fiscal Dr. Ricardo A. Falca, a mejorar en esmero y calidad el ejercicio de las funciones de Agente Fiscal, lo que implica un mayor compromiso funcional, en resguardo de los derechos de los justiciables y del eficaz accionar judicial” (fs. 172/174).- - - - - ///18.-- Lo anterior es conteste con la doctrina de este tribunal que, con cita de Carlos Parma (Código Penal Comentado, Tº I, pág. 299), ha sostenido que “\’el dictamen fiscal no puede ser infundado, arbitrario, repugnante a las reglas de la lógica o caprichoso. En tal supuesto el acto producido por el representante del Ministerio Público estaría inficionado por un vicio in procedendo que obligará al órgano jurisdiccional a expurgarlo del proceso, decretando su correspondiente invalidación... y ordenando se reproduzca un nuevo acto que reemplace al nulificado\’, STJ de Entre Ríos, Sala I, 07-02-01, \’M., R. y otros\’” (ver Se. 82/06 y Se. 178/06 STJRNSP).- - - - -

----- Entonces, de acuerdo con lo expuesto en el considerando 10 y lo resuelto por este Cuerpo en la Se. 178/06 STJRNSP, debe hacerse conocer la disfuncionalidad del Agente Fiscal a la señora Procuradora General para los fines que estime correspondan.- - - - -

-----9.- Conclusión:- - - - -

----- Conforme con las razones que anteceden, los argumentos invocados por la recurrente resultan insuficientes para admitir la instancia extraordinaria. En consecuencia, propongo al Acuerdo declarar la inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto a fs. 319/324 de los presentes autos por la señora Defensora General doctora Marta Gloria Ghianni en representación de L.M.M. y, luego de la

revisión integral de la sentencia N° 60/06 de la Sala B de la Cámara en lo Criminal de la Iª Circunscripción Judicial, confirmarla en todas sus partes.- - - - -

----- Asimismo, propicio que se realice un llamado a la///19.- reflexión a los señores magistrados en relación con el estricto cumplimiento de la doctrina de este Superior Tribunal y hacer conocer la disfuncionalidad del señor Agente Fiscal doctor Ricardo A. Falca a la señora Procuradora General para los fines que estime correspondan. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Luis A. Lutz dijo:- - -

----- Adhiero al criterio sustentado y a la solución propuesta por el vocal preopinante y VOTO EN IGUAL SENTIDO.- El señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:- - -

----- Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que me preceden en orden de votación, ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - -

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Declarar formalmente inadmisibile el recurso de

----- casación deducido a fs. 319/324 de las presentes actuaciones por la señora Defensora General doctora Marta Gloria Ghianni en representación de L.M.M. y, atento a que ha sido revisada en forma integral, confirmar en todas sus partes la Sentencia N° 60/06 de la Sala B de la Cámara en lo Criminal de la Iª Circunscripción Judicial.- -

Segundo: Llamar a la reflexión a los señores magistrados que

----- intervienen en esta causa respecto del estricto cumplimiento de la doctrina de este Superior Tribunal de Justicia sobre los requisitos del examen de admisibilidad.-

Tercero: Hacer conocer la disfuncionalidad del señor Agente Fiscal doctor Ricardo A. Falca a la señora Procuradora ///20.- General para los fines que estime correspondan.- -

- Cuarto: Registrar, notificar y oportunamente devolver los

----- autos.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO STJ

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 6

SENTENCIA: 96

FOLIOS: 1186/1205

SECRETARÍA: 2