

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 21603/06 STJ

SENTENCIA Nº: 187

PROCESADO: VALDEBENITO JUAN GABRIEL

DELITO: ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO - PRIVACIÓN
ILEGAL DE LA LIBERTAD EN CONCURSO REAL

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN (APELACIÓN PROCESAMIENTO Y
PRISIÓN PREVENTIVA)

VOCES:

FECHA: 20-11-06

FIRMANTES: BALLADINI – SODERO NIEVAS – LUTZ EN ABSTENCIÓN

//MA, de noviembre de 2006.

VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: “VALDEBENITO, Juan Gabriel;
TRONCOSO, Vicente Alberto; LEGUIZAMÓN, Julieta Yesica s/Abuso sexual y
promoción a la prostitución s/ Casación” (Expte.Nº 21603/06 STJ), puestas a despacho
para resolver, realizada la deliberación según constancia de fs. 57, y- - - - -

- - - - - CONSIDERANDO:- - - - - El señor
Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:- - - - -

-----1.- Mediante interlocutorio del 14 de julio de 2006, la Cámara Segunda en lo
Criminal de General Roca resolvió en lo pertinente confirmar el auto de procesamiento
y prisión preventiva de Juan Gabriel Valdebenito y de Vicente Alberto Troncoso como
autores del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado y coautores del delito de
privación ilegal de la libertad, en concurso real (arts. 45, 119 párrafos primero, tercero y
cuarto inc. d, 141 y 55 C.P.).- - - - -

-----2.- Contra lo decidido, los abogados defensores del primero de los nombrados,
doctores Marcelo Herzig Gorriarán y Favio Ever Prado Muñoz, dedujeron recurso de
casación, en cuyo subpunto III critican la denegatoria de la Cámara acerca de diferentes
planteos deducidos en la apelación.- -

----- Así, en relación con la nulidad de la primera declaración indagatoria prestada por
su pupilo, alegan que debe constar en el acta respectiva si era su voluntad declarar en
ausencia del defensor e infieren que si tal constancia no quedó es porque la situación
apuntada no le fue preguntada, de modo que se ha vulnerado el derecho de defensa en

juicio de su asistido por falta de abogado///2.- defensor en la indagatoria y el acto es nulo de nulidad absoluta. Además de ello hacen notar que en la segunda declaración indagatoria, ya asistido por un letrado, Valdebenito negó los hechos que se le imputaban y la prueba obrante en su contra. Señalan asimismo que, impetrada la nulidad de la primera declaración, el Juez de Instrucción convocó a una segunda, tratando de salvarla, cuando debió declararla nula, y aducen que no declarar implica dejar de utilizar una oportunidad de defensa, como ocurrió en la segunda indagatoria, por lo que se ha inobservado el art. 274 del rito.- - - - -

----- Posteriormente los defensores plantean una segunda nulidad respecto de las declaraciones indagatorias mencionadas supra (art. 277 íd.), en el sentido de que no se encuentra reprochada la conducta que luego se subsume en el art. 141 del Código Penal. Además, en un agravio que no puede sino calificarse de confuso, se oponen a que la Cámara no pueda modificar la tipificación de los hechos reprochados en la figura de rapto, por la ausencia de apelación del Ministerio Público Fiscal. Alegan también que el imputado tiene derecho a ser informado respecto del hecho reprochado y que es arbitrario sostener que el consentimiento de la menor para permanecer en la casa de Julieta Yesica Leguizamón fue viciado por el engaño, por promesa de dinero, regalos, ingesta de sustancia y posterior ocultamiento, y que si esto fuese así tampoco resultó detallado en la acusación.- - - - -

----- En su tercer agravio la parte recurrente critica haber sido excluida de la declaración prestada por la menor///3.- víctima y afirma que tal exclusión tenía fundamento en una ley sin vigencia al momento de los hechos -art. 234 bis introducido por la reforma mediante Ley 3995-, puesto que su aplicación se encontraba condicionada a la construcción, la existencia y el funcionamiento de la cámara Gessel y/o los registros de imagen y audio. Manifiesta que luego, introducido el recurso de reposición contra tal providencia, el magistrado instructor recién allí la rechaza fundando su decisión en el art. 193 del rito, cuando debió hacerlo desde el principio, por lo que la providencia del día 27 de abril de 2006 tiene fundamento jurídico “errático” e inexistente. Agregan que la audiencia testimonial de la supuesta víctima, a la cual se les vedó el acceso, era un acto irreproducible, puesto que no podrá practicarse de nuevo en las mismas condiciones de tiempo y lugar. Por ello, no pudieron controlar el acto como garantía del cumplimiento de las normas del debido proceso.- - - - -

----- Asimismo, entienden que ha sido merituada de modo absurdo y no se ha acreditado la materialidad -acceso carnal-, conforme con el certificado médico y la

posterior declaración testimonial del doctor Eduardo Vaira y la manifestación de la víctima, quien dice no recordar lo sucedido en el abuso sexual; y lo mismo alegan en cuanto a la autoría de su pupilo. Argumentan que la Cámara Criminal comete un error al sustentar su decisión en una categoría de probabilidad incierta e insuficiente para endilgarle un injusto a Juan Gabriel Valdebenito con el grado exigido por el art. 285 del Código Procesal Penal, por lo que éste debe ser sobreseído por aplicación del art. 305 de la misma ///4.- normativa. A continuación aducen una omisión de prueba esencial, toda vez que el peritaje médico efectuado por el Cuerpo Médico Forense el día 16 de junio de 2006 determina una “desfloración de himen de antigua data” en la menor María Belén, por lo que, de acuerdo con la fecha en que fue realizada y su relación con el hecho, habrían transcurrido cincuenta y tres días desde éste y no más de sesenta, como indica aquella conclusión. Además, señalan que la propia menor refiere haber mantenido contactos sexuales anteriores.- - - - -

----- Por último, la defensa se agravia por la denegatoria de la excarcelación impetrada toda vez que la Cámara la sustenta en que no se agregaron elementos que demuestren el desacierto de la presunción legal, cuando esto era un deber del a quo, quien no atendió el pedido expreso de la Agente Fiscal de recabar los informes del caso. Solicita entonces que se haga lugar a la excarcelación pedida, con exclusiva cuenta al Estado de la arbitraria e injusta detención dispuesta por el Juez de Instrucción.- - - - -

-----3.- Nulidad de la declaración indagatoria de fs. 6 y de sus actos consecuentes- - - - -
- - - - -

----- Entiendo que el agravio debe ser declarado inadmisibile toda vez que supone un desvío palmario de las constancias del expediente, pues, conforme consta en el acta que instrumenta dicha declaración, el magistrado informó al imputado del acto que se le recibiría y le hizo saber que le asistía el derecho de prestar declaración y expresar cuanto tuviera por conveniente en su descargo, en aclaración de los hechos, e indicar las pruebas que considerara oportunas, o///5.- bien abstenerse de declarar sin que ello significara presunción de culpabilidad, y que podía requerir la presencia de su defensor, ya designado en la causa y quien lo había asistido previamente.- - - - -

----- Como se desprende de lo anterior, el imputado había sido asesorado por su abogado defensor; se presentó a la audiencia y se le dijo que podía convocar al acto a dicho funcionario y, desarrollado el acto, se abstuvo de declarar, de modo que no advierto violación de forma alguna dado que la constancia expresa pretendida por la defensa es requerida en la medida en que el imputado declare, pero no cuando ocurre lo

contrario.- - - - -

----- En este sentido, si el imputado "... se abstiene de declarar el acto se convierte en una indagatoria formal, pues no tiene de tal más que su estructura. En vez si expone libremente sobre el hecho y responde al interrogatorio judicial -o solamente afronta uno de los tramos de la alternativa- el acto es una declaración indagatoria material" (D\Albora, Código Procesal Penal de la Nación, pág. 629).- - - - -

- - - - -

----- En tal sentido, según el art. 275 del código adjetivo, abstenerse de declarar es acudir al acto de la declaración indagatoria sólo formal, pero no se identifica con prestar declaración y sólo en este último supuesto es necesaria la constancia expresa de la voluntad del imputado de manifestarse en ausencia de su abogado (art. 274 C.P.P.).- -

----- A ello se suma que se produjo una segunda declaración indagatoria -ésta sí de tipo material-, la que no ha sido cuestionada por vicio formal alguno, en la que el imputado ///6.- manifestó -en presencia de su abogado defensor- que negaba el hecho imputado y la prueba mencionada. Esta declaración es también un acto procesal válido para arribar a la sentencia condenatoria, por lo que el agravio contra la primera, que era sólo formal, aparece -a todo evento- en el solo beneficio de la ley, ante la existencia de esta otra, con lo que la nulidad debe ser rechazada pues carece de uno de sus requisitos habilitantes, como es que el acto cuestionado traiga algún perjuicio a los intereses de quien la reclame.- - - - -

----- Va de suyo, asimismo, que argumentar sólo su oposición a los hechos y la prueba leída no permite reforzar una hipótesis alternativa a la resultante de su abstención de declarar, pues siempre el imputado se encuentra resguardado por el principio de inocencia y es a la acusación a quien le toca demostrar lo contrario, pero ninguna de sus manifestaciones puede ser entendida como conveniente a su descargo o aclaratoria de los hechos o de la prueba ofrecida.- - - - -

-----4.- Nulidad de ambas declaraciones indagatorias por ausencia de una descripción fáctica suficiente del hecho luego calificado como privación ilegal de la libertad- - -

----- El bien jurídico protegido por el art. 141 del Código Penal es la libertad física de las personas en un sentido amplio, esto es, la libertad de movimiento corporal y la de trasladarse de un lugar a otro. El delito subsiste con sólo imponer algún límite a la absoluta

libertad física del sujeto pasivo y puede cometerse mediante una acción comisiva, haciendo algo subjetiva y objetivamente encaminado ///7.- a privar de la libertad al

sujeto pasivo; por una comisión por omisión, no haciendo lo que estaba obligado a hacer en virtud de una situación preexistente, como no liberar a quien se había encerrado por su pedido y con su voluntaria autorización, luego de su solicitud de liberación, y por una simple omisión, omitiendo el deber impuesto por la ley de liberar a quien estaba privado de su libertad.- - - - -

----- Entre los requisitos para la intimación del imputado, el art. 227 del código de rito dice que, terminado el interrogatorio de identificación, el Juez informará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye. Este hecho debe contar con una descripción fáctica mínima -datos eficientes- para posibilitar tanto el ejercicio de la defensa del imputado como su subsunción en el tipo legal seleccionado.- - - - -

- - - - -

----- Expuesto supra un breve análisis jurídico del art. 141 de la ley sustantiva, para los fines de la resolución del agravio rescato que se trata del impedimento al sujeto pasivo de su libertad de movimiento y de trasladarse de un lugar a otro, y también que admite incluso la forma omisiva.

----- Señalado esto, destaco que, conforme los hechos reprochados, la menor María Belén Santillán -de once años de edad- había ingresado por indicación de Julieta Leguizamón a la casa de Vicente Alberto Troncoso, quien se encontraba junto a Juan Gabriel Valdebenito. Cerca de las 2.45 minutos su hermana Mónica Graciela Nahuelquir se retiró, porque no le gustó lo que ocurría -los coimputados tomaban cerveza, además de su hermana menor, y comenzaron a tocarse-. En tal ///8.- oportunidad Julieta Leguizamón le dijo que luego la llevaría a la casa y a la menor le pidió que se quedara y que le pagaría \$ 250 y le daría un regalo, para que le hiciera pata con el pibe. Al regresar a su casa Nahuelquir le avisó a su madre, y ésta a la policía, que, luego de ir al primero de los domicilios, se trasladó hasta la vivienda de Julieta Leguizamón, en la misma localidad. Una vez allí, luego de que la señora Calfullanca (madre de la menor) llamara insistentemente a la puerta, viendo que se prendían y apagaban luces en el interior de la vivienda y se advertía la presencia de personas, atendió Julieta Leguizamón y negó que la menor María Belén Santillán se encontrara en el interior. Tras la insistencia de Calfullanca y de la intervención policial, luego de unos treinta o cuarenta minutos, Leguizamón admitió la presencia de la menor en el interior de la vivienda, a quien habían encerrado en una de las habitaciones. Al salir ésta, se encontraba vestida, en posible estado de ebriedad, que luego se verificó en el hospital, como asimismo que había sido objeto de abuso sexual. En cuanto a lo sucedido dentro

de la vivienda, el reproche se establece en los siguientes términos: “Una vez que la menor nombrada habría ingresado a la vivienda de Julieta Leguizamón junto con Juan Gabriel Valdebenito y Vicente Alberto Troncoso, también se habrían encontrado allí tres varones más... Leguizamón le habría manifestado que se acostara con estos tres y que le iba a dar \$ 50 pero la menor no quiso. Que allí habría consumido cerveza y fumado un cigarro que tenía pintitas blancas y negras que le produjo que se durmiera en una de las habitaciones. Momento ///9.- en el cual la menor... habría sido abusada sexualmente por los aquí imputados... [C]uando llegó con la policía a la casa de Leguizamón, esta la habría dejado en una pieza encerrada, de la cual la dejó salir una media hora después”.- - - - -

----- De tal modo, son datos fácticos relevantes para el encuadramiento en la privación ilegal de la libertad que el recurrente, junto con otros coimputados, ingresara a una menor de once años de edad a determinado inmueble. La edad de por sí permite desechar toda posibilidad de consentimiento: “A diferencia de lo que ocurre en el delito de plagio, en esta figura el consentimiento del ofendido actúa como dirimente eficaz de la existencia del hecho, siempre que proceda de persona capacitada para darlo. En este punto, sin embargo es evidente que las normas de los artículos 146, 147, 148 y 149, introducen una modificación especial referente a la capacidad para consentir o no consentir en la privación de la libertad. De esas disposiciones es fuerza deducir la eficacia del consentimiento a partir de los quince años” (Soler, Derecho Penal Argentino, Tº IV, págs. 35/37).- - - - -

----- Además, según fue materia de reproche, a la menor se le habría servido cerveza ya en la primera casa, de lo que es dable colegir que su consentimiento para ir a la segunda no podría ser válido, pus su discernimiento, intención y libertad se encontrarían afectados.- - - - -

----- “Para que el consentimiento surta efectos desincriminatorios debe referirse a un hacer u omisión futuros de otra persona determinada y debe ser///10.- inequívocamente reconocible externamente, aunque sin acudir por ello a la rigurosidad de los criterios del Derecho civil sobre la declaración de voluntad. En lo que atañe a su eficacia, el titular del bien jurídico debe poseer al momento de otorgarlo capacidad natural de comprensión y discernimiento precisa para poder apreciar en lo esencial la importancia del abandono del interés protegido y el alcance del hecho. Debe estar, además, libre de vicios relativos a la voluntad. Este es justamente el punto central que suministra la pauta en cuyo mérito cabe afirmar que el tribunal ha resuelto de modo correcto -al menos

parcialmente- la cuestión planteada. En efecto, la eficacia del consentimiento queda excluida cuando no es consciente o libre, esto es, cuando ha sido obtenido mediante el empleo de engaño, violencia, intimidación o amenazas” (Sandro F. Abraldes y Federico Maulini, “Sobre la reglas jurídicas del denominado ‘caso de los doce apóstoles’”, en LLBA 2000:1419).- - - - -

----- Asimismo, también es materia de acusación que luego de los abusos sexuales y en un tiempo de aproximadamente treinta o cuarenta minutos que excede a aquéllos, desde el requerimiento de su madre y la comisión policial y luego de una inical negativa de Julieta Leguizamón, la menor permaneció encerrada hasta que su libación. En este sentido, debe recordarse que el recurrente junto a los otros coimputados también permanecía en la casa.- - - - -

----- Entonces, la privación de la libertad -su tiempo y el lugar de encierro- es un extremo de hecho que también consta en la acusación y, toda vez que la conducta de encerrar fue ///11.- atribuida a Julieta Leguizamón, también es posible hacerlo respecto del recurrente, de acuerdo con el art. 45 del Código Penal. Así, simplemente para desechar el agravio, en el entendimiento de que la acusación es suficiente para reprochar el delito de privación ilegal de la libertad, el recurrente es responsable junto con el resto de los partícipes de haber ingresado a la menor a la vivienda para atentar contra su integridad sexual, por lo que el encierro de la víctima luego del primer delito que integra el concurso real era perfectamente conteste con su interés -similar a los demás- de que aquellos atentados no se descubrieran, de lo que se deduce su orientación finalística hacia el mismo acontecimiento.- - - - -

----- Por lo demás, siempre mantuvo en el mismo proceso el dominio funcional del hecho, puesto que en todo momento estaba a su alcance la disponibilidad de la decisión sobre la consumación o el desistimiento del delito (Gustavo Eduardo Aboso, “La problemática del concurso de personas en el delito y la teoría del dominio del hecho (a propósito del denominado caso Cabezas)”, en LLBA 2000, pág. 126, y la cita 14, de Cerezo Mir, Derecho Penal. Parte General, pág. 136).-

----- En este sentido, la privación ilegítima de la libertad se independiza del delito contra la integridad sexual en todo lo que lo excede más allá de lo indispensable para su ejecución (“Cuando la inmovilización a que necesariamente queda reducida la víctima del delito de violación se extiende más allá de lo indispensable para la ejecución material del mismo -vgr. cuando se la deja atada o encerrada-, éste y la privación de la libertad concurren en ///12.- la forma prevista en el art. 55 del Cód. Penal”, SCBA en

“GIMÉNEZ”, del 29-09-81, en DJBA, 121-365) y el imputado pudo poner fin de inmediato al encierro o evitarlo, lo que no hizo, asumiendo en este supuesto una conducta omisiva apta también para la realización del tipo legal.- -

----- En virtud de lo expuesto, considero que la acusación contiene los extremos de hecho mínimos para ser subsumida en el tipo legal previsto por el art. 141 del Código Penal, sin perjuicio de la observación de la Cámara Criminal respecto de la figura del rapto (art. 130 C.P.), en tanto éste es ejecutado por quien sustrae o retiene con miras deshonestas a una mujer por medio de intimidación, fuerza o fraude -privación ilegítima de la libertad y elemento subjetivo específico: las miras deshonestas del agente-, toda vez que fue realizada al solo efecto declarativo.- - - - -

-----5. Arbitraria exclusión de la defensa en la prueba testimonial prestada por la víctima en sede instructoria- -

----- El art. 191 del Código Procesal Penal (derecho de asistencia y facultad judicial) establece que los defensores de las partes tendrán derecho a asistir a los registros domiciliarios, reconocimientos, reconstrucciones, peritajes e inspecciones, salvo lo dispuesto en el art. 202, siempre que por su naturaleza y características se deban considerar definitivos e irreproducibles, lo mismo que a las declaraciones de los testigos que por su enfermedad u otro impedimento sea presumible que no podrán concurrir al debate...”.- - - - -

----- Además, el art. 193 del código sustantivo (posibilidad de asistencia) dice: “El juez permitirá que los Defensores ///13.- asistan a los demás actos de la instrucción siempre que ello no ponga en peligro la consecución de los fines del proceso e impida una pronta y regular actuación. La resolución será irrecurrible”.- - - - -

----- La normativa mencionada confiere suficiente sustento a la legalidad de la producción de la prueba testimonial cuestionada, puesto que la contradicción en la etapa de instrucción, a diferencia de la del debate oral, no es plena.- - - - -

----- Tampoco es adecuado el desarrollo impugnativo de la defensa respecto de la definitividad o irreproducibilidad de la prueba testimonial, ya que -a todo evento- tales conceptos hacen referencia a determinada situación que presumiblemente impida a los declarantes manifestarse en el debate, nada de lo cual ha sido argumentado ni se advierte en autos. De tal modo el agravio -así planteado- es sólo conjetural e hipotético, lo que impide su habilitación en esta instancia.- - - - -

-----5.- Prueba de la materialidad y la autoría en el acceso carnal - - - - -

----- El juzgador meritúa que del informe médico policial de fs. 10 surge que, al momento del examen ginecológico luego del hecho, la víctima presentaba edema de vagina entre horas 2 y 6, con signos agudos de inflamación, y zona con eritema inflamatorio en el ano entre horas 10 y 2, posiblemente causada con elemento duro y romo. Posteriormente, en su declaración testimonial de fs. 93 y vta., el médico policial amplía que “considera que las lesiones fueron producidas por el roce con elemento duro y romo, no pudiendo precisar ///14.- penetración peneal, aunque puede ser compatible con la misma. Que al momento del examen la menor se encontraba en estado de ebriedad o intoxicación. Que la menor entredormida le dijo a preguntas del dicente, que no había tenido relaciones sexuales y no le hizo otra manifestación... Reitera que no puede precisar si hubo acceso carnal... (pues) puede haber penetración de otro elemento”.- - - - -

----- A lo anterior se suma la declaración espontánea del imputado traída al proceso por Alfredo Fabián Barría (fs. 22), Carlos Alberto Tacconi (fs. 23) y Luis Quevedo (fs. 23 vta., infra) en el sentido de que habría tenido relaciones sexuales con la menor, usando preservativo.- - - - -

----- Esta declaración espontánea, puesto que introduce dichos del imputado fuera de una declaración indagatoria, tiene una limitadísima validez indiciaria y necesita de un contexto de prueba que la justifique. En el sub examine, dicho contexto está dado por el propio informe médico que constata la agresión sexual con penetración -una de cuyas formas de ocurrencia es la carnal- e incluso la ausencia de lesiones, por la utilización de preservativos, tal como fue expuesto por el imputado. Ello es así en el entendimiento de que el auto de procesamiento, en orden al conocimiento de la imputación, no requiere certidumbre apodíctica por parte del juez acerca de los extremos requeridos para decretarlo, en tanto basta con la sola probabilidad (D’Albora, Código Procesal Penal de la Nación, pág. 635).- - - - -

----- A lo anterior agrego que el ingreso de este Superior Tribunal a la temática que nos ocupa debe transitar por el ///15.- estrecho andarivel según el cual una decisión que restrinja la libertad del imputado antes de la sentencia firme que defina su situación frente a la ley y a la sociedad tiene características equiparables a definitiva, atento a que una posterior intervención podría ser tardía por el perjuicio irreparable ocasionado.- - - - -

----- Ahora bien, dicho esto, es una carga para el defensor poner de manifiesto cómo, de ser correcta su argumentación, ésta debería provocar la libertad del imputado -único motivo que justifica la intervención de este Cuerpo-. Empero, en el caso no advierto motivación suficiente que permita suponer que el cambio de calificación pretendido (acceso carnal por cualquier vía -tercer párrafo art. 119 C.P.- o abuso gravemente ultrajante -segundo párrafo íd.-) lograría aquel objetivo, de lo que se colige que el agravio debe ser declarado inadmisibile por sus deficiencias formales.- - - -

-----6.- Denegatoria de la excarcelación- - - - -

----- Como fue referido supra, el recurso de casación se dirige contra el rechazo del recurso de apelación deducido por la defensa de Juan Gabriel Valdebenito respecto de diversas resoluciones en que se trataban planteos nulificatorios y del auto de procesamiento y prisión preventiva de fs. 165/180.- - - - -

----- Para la confirmación de lo actuado por el Juez de Instrucción y a tenor de la crítica expuesta, la Cámara Criminal se ocupa de individualizar los agravios referidos a los vicios formales de diversos actos procesales -declaraciones indagatorias, prueba testimonial, congruencia- y se ocupa de aquéllos vinculados con el mérito ///16.- de la prueba para la determinación de la autoría y la materialidad. De tal modo, dado que son éstos los agravios, la defensa no puede pretender introducir otros en la instancia extraordinaria, como los relativos a los fundamentos para el dictado de la medida cautelar, cuando siempre el cese de esta última estaba referido a la carencia de efectos procesales de actos viciados en sus formas y a la violación del principio de razón suficiente en la determinación de la materialidad y autoría de su pupilo, que es la temática sometida a discusión para quien intervino en grado de apelación y, por lo tanto, la que luego causa agravio susceptible de ser analizado por este Cuerpo.- - - -

----- Es que el Superior Tribunal de Justicia, "... en cumplimiento de elementales garantías constitucionales asume su competencia funcional de control de legalidad (concepto inclusivo del de logicidad o juicio de existencia, arts. 110, 369 y 370 C.P.P.) de los fallos de la instancia ordinaria a los puntos resistidos del decisorio condenatorio - tantum devolutum quantum appellatum.- - - - -

----- "Nuestro código de rito dice, respecto de la jurisdicción del Tribunal de Alzada, que '[e]l recurso atribuirá al Tribunal de Alzada el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los agravios... Cuando hubiera sido recurrida solamente por el imputado, o a su favor, la resolución no podrá ser modificada en su perjuicio' (art. 415)".- - - -

----- “Así, esta instancia se encuentra \signada por el principio dispositivo, donde el ejercicio de la jurisdicción está limitado por el alcance de los medios impugnativos y ///17.- por la motivación del agravio que afecta a la parte que resiste el pronunciamiento al que se atribuye injusticia o ilegalidad... No cabe dudar, entonces, que la competencia funcional del tribunal de alzada es restricta. La congruencia exige correspondencia entre la decisión y lo que es materia de la impugnación. El objeto se depura por los términos en que la impugnación se ha interpuesto y sustentado\’ (Norberto J. Iturralde, \’Disposiciones sobre los recursos en el Código Procesal Penal de la Nación\’, LL. T. 1995-C, Sec. doctrina, pág. 1256).- - - - -

----- “Este principio debe ser completado con el reconocimiento de las atribuciones de este Cuerpo -abierta su jurisdicción por el recurso- para ingresar al tratamiento de oficio ante el supuesto de nulidades absolutas en el proceso que culmina con la resolución en crisis, pero siempre en beneficio del reo que -de otro modo- vería conculcadas sus garantías constitucionales por la inacción de sus defensores, cuando -en rigor- debe pagar por lo que hizo y no por los errores de los letrados” (“KIELMAZ”, Se. 154/02).- - - - -

----- Tal criterio ha sido ratificado por la doctrina legal de este Superior Tribunal, que recoge el precedente “CASAL” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (del 20-09-05), en tanto la revisión propia del recurso de casación es sólo en la medida de los agravios y ante la advertencia de una crítica concreta y fundada del decisorio cuestionado.- - - -

----- Así, no puede venir ahora el señor defensor a plantear la ausencia de fundamentos de la prisión cautelar más que en los términos ya expuestos en su recurso de apelación cuyo ///18.- rechazo recurre o sumar agravios propios de su planteo excarcelatorio en el incidente respectivo, que no se corresponden con los efectuados en el principal.- - - - -

----- Tal cuestión ha quedado preclusa para estos actuados, sin perjuicio de entender, conforme el trámite que siga el proceso, que se trata de decisiones esencialmente revocables, en tanto no son definitivas en estricto sentido, sino que sus efectos sobre la libertad del imputado las hacen equiparables a tal.- - - - -

-----7.- En este orden de ideas, y luego de una revisión integral de la sentencia respecto de los puntos sometidos a discusión, considero que el recurso de casación no puede prosperar atento a las deficiencias formales apuntadas. Por tales razones, propongo al Acuerdo que sea declarado inadmisibile, con costas. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:- - - -

-----1.- Adhiero a la declaración de inadmisibilidad que se propicia y, en orden a nulidad de la primera declaración indagatoria, agrego que la negativa a declarar no tiene aptitud para perjudicar los intereses de la defensa, por lo que el agravio vinculado con el incumplimiento de las formas de dicho acto debe ser declarado inadmisibile por ausencia de tal requisito.- - - - -

----- En este sentido, la Corte Suprema ha sostenido que “... mediante la negativa declarar, el imputado concretó el ejercicio de la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, en el 8º, inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -de rango constitucional-, así como también en el art. 239 del Código de Procedimientos ///19.- en Materia Penal -ley 2372-.- - - - -

----- “Que, en tal sentido, es evidente que la eventual afectación de las garantías protegidas por la Constitución Nacional y las restantes normas mencionadas, sólo podría producirse si el imputado, al declarar, por omisión de ponerlo en conocimiento de sus derechos, hubiera confesado una conducta reprochable, susceptible de configurar una autoincriminación que conduzca a su condena en mérito a los hechos inconstitucionalmente admitidos (conf. ‘Miranda v. Arizona’, 384 U.S. 463, 1966). Desde esa perspectiva, sería un contrasentido lógico atribuir al silencio -estrategia de defensa libremente asumida en el caso- el carácter de declaración con aptitud para lesionar los derechos del imputado, puesto que -por definición- es una abstención de hablar, en un contexto legal en que esa actitud carece de efectos negativos para el imputado” (CSJN, “ACOSTA”, A. 63. XXXIV, del 04-05-00).- - - - -

- - -

-----2.- En punto al valor probatorio de las manifestaciones autoincriminatorias del imputado efectuadas en sede policial, además de ratificar la doctrina legal del Superior Tribunal expuesta supra, sumo que de las constancias del expediente surge con total evidencia -así lo han expuesto en declaración testimonial los agentes policiales que lo escucharon- que se trató de declaraciones plenamente espontáneas de un hecho -el acceso carnal con la menor- sobre el que ni siquiera era preguntado.- - - - -

----- De tal modo, se verifica la excepción a la regla general que niega valor convictivo a la confesión policial, tal como sostiene la Corte en el precedente “FRANCOMANO” ///20.- (Fallos 310:2385), donde establece: “Debe admitirse como única excepción al principio según el cual no se le puede otorgar ningún valor autoincriminatorio a una confesión policial rectificada posteriormente ante el juez de la causa, ni aún a título indiciario, aquellos casos donde los funcionarios policiales hubiesen observado estrictos

requisitos encaminados a asegurar la plena espontaneidad de las declaraciones del imputado”.- - - - -

-----3.- En torno a la capacidad para consentir su privación de libertad, es dable recordar que la víctima era una menor de once años de edad, impúber y por tanto incapaz absoluta (arts. 54 inc. 2º y 127 C.C.), por lo que su consentimiento nunca podría ser válido.- - - - -

-----4.- Respecto de la ausencia de la asesoría minoril para el imputado menor de diecinueve años de edad, además de lo dispuesto en los arts. 54 y 127 del Código Civil, están vinculados con el Ministerio de Menores los arts. 59, 61, 134, 147, 150, 272, 381, 491/494 del mismo cuerpo normativo. En el precedente “DIAZ” (Se. 166/06), este Tribunal sostuvo que las sanciones procesales obstaculizan la continuidad del proceso y demoran la dilucidación del conflicto -incluso contra los intereses del imputado en atención a su derecho de finalizar en un tiempo razonable con la incertidumbre que todo proceso penal abierto conlleva (art. 18 C.N.)-, por lo que debe ser considerada como la última ratio: “Elementales razones de seguridad y de orden permiten afirmar que toda declaración de nulidad, en sí misma, es disvaliosa y que sólo cabe llegar a ella en grado extremo y hartamente comprobado. Por ello, no puedo obviar los principios regulatorios de las //21.- nulidades: especificidad, trascendencia, actos propios, instrumentalidad de las formas y convalidación (conf. Carlos A. Ghersi, ‘Nulidades de los actos jurídicos’, ed. Universidad, 2005, págs. 429 y 444/445)”.- - - - -

----- En este orden de ideas, observo que en el sub examine el menor imputado resultó asistido por su abogado defensor en los actos procesales pertinentes y que la ausencia de actuación del asesor de menores ni siquiera fue mencionada como un cuestionamiento concreto y fundado en el recurso de casación en tratamiento, de modo que es dable interpretar -a todo evento- que la irregularidad procesal no trajo perjuicio alguno para los intereses del menor y no puede declararse una nulidad en el solo beneficio de la ley.- - -

----- Asimismo, resulta aplicable en autos la doctrina legal expuesta por el vocal preopinante en el sentido de que el control de legalidad de los fallos en la instancia extraordinaria es en la medida de los agravios, pues la revisión no puede ser por la totalidad, como lo sostiene la Corte Suprema en el precedente “CASAL”. Tampoco se verifica la afectación de garantías constitucionales que autorizarían a este Cuerpo a una actuación de oficio. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Luis A. Lutz 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 :

///22.-Primero: Declarar formalmente inadmisibile el recurso de

----- casación deducido a fs. 35/48 de las presentes actuaciones por los doctores Marcelo Herzig Gorriarán y Fabio Ever Prado Muñoz en representación de Juan Gabriel Valdebenito, con costas, y, atento a que ha sido revisado en forma integral, confirmar en todas sus partes el auto interlocutorio en crisis, dictado por la Cámara Segunda en lo Criminal de General Roca el 14 de julio del corriente.- - Segundo: Registrar, notificar y oportunamente devolver los

----- autos.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO STJ

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 14

SENTENCIA: 187

FOLIOS: 2718/2739

SECRETARÍA: 2