



SENTENCIA N° diez /2022.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los **cuatro días del mes de Marzo de dos mil veintidós**, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación conformada por la Jueza LILIANA DEIUB y los Jueces FERNANDO ZVILLING y FEDERICO SOMMER, presididos por el tercer Juez nombrado, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en **Legajo MPFJU N° 32.903 Año 2020**, caratulado: "**B....., A.... E..... S/ ABUSO SEXUAL SIMPLE**", seguido contra **A... E..... B.....**, titular del D.N.I. N°, con domicilio real en calle del barrio de la ciudad de Cutral Có, nacido en el día, hijo de y, de estado civil soltero, con instrucción; cuyos demás datos obran en el respectivo legajo.

ANTECEDENTES:

I.- Por sentencia dictada el 4 de Noviembre del año dos mil veintiuno, el Tribunal de Juicio integrado por las Juezas Carolina González y Patricia Lupica Cristo y el Juez Nazareno Eulogio, declaró a A... E..... B....., autor material y penalmente responsable del delito de Abuso Sexual Gravemente Ultrajante, agravado por el aprovechamiento de la convivencia preexistente con una menor de 18 años de edad, Dos (2) Hechos en Concurso Real,

en carácter de autor artículos 119 1er., 2do y 4to. Párrafo Inc. F, 45 y 55 todos del Código Penal; por los hechos perpetrados el primero en fecha indeterminada pero entre el 04 de noviembre de 2012 y el 04 de noviembre de 2017, y el segundo el día 22 de junio de 2020, ambos en perjuicio de la niña S..... A..... M..... V....., en la Ciudad de San Martín de los Andes.-

El mismo Tribunal en fecha 14 de Diciembre del año dos mil veintiuno, resolvió CONDENAR a A.... E..... B..... a la pena de NUEVE (9) AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, accesorias legales y costas, por el delito de Abuso Sexual Gravemente Ultrajante, agravado por el aprovechamiento de la convivencia preexistente con una menor de 18 años de edad, Dos (2) Hechos en Concurso Real, en carácter de autor artículos 119 1er., 2do y 4to. Párrafo Inc. F, 45 y 55 todos del Código Penal; por los hechos perpetrados en perjuicio de la niña S.... A..... M.... V....., en la ciudad de San Martín de los Andes, con más las accesorias legales -art. 12 del CP-, y las costas del proceso, Art. 268 y 270 del Código Procesal Penal.

En contra de la sentencia condenatoria, la Defensa técnica dedujo Impugnación (art. 242 del C.P.P.N.), celebrándose la audiencia prevista en el

artículo 245 C.P.P.N., el día 16 de Febrero pasado, oportunidad en que el impugnante, expuso los fundamentos de su recurso.

De la audiencia mencionada participaron por la Fiscalía el Dr. Fernando Rubio, por la Querrela Institucional el Dr. José Luis Espinar, y por la Asistencia Técnica el Dr. Federico Diorio representando a su asistido A... E..... B..... que se encontraba presente en la sala de audiencias de la ciudad de San Martín de los Andes.

II.- Que por aplicación de lo dispuesto en el art. 245 del ritual se celebró la audiencia oral en donde las partes litigantes produjeron sus respectivas posiciones sobre la materia debatida.

A.- En primer término expuso su presentación la parte impugnante representada por el Dr. Diorio quien luego de escuchar que las partes acusadoras no se oponían a la admisibilidad formal, sostuvo que su asistido A..... E.... B..... fue condenado en fecha 14 de diciembre 2021 a la pena de NUEVE (9) AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, por considerarlo autor del delito de Abuso Sexual Gravemente Ultrajante, agravado por el aprovechamiento de la convivencia preexistente con una menor de 18 años de edad, Dos (2) Hechos en Concurso Real, en carácter de autor en los términos de los artículos 119

1er., 2do y 4to. Párrafo Inc. F, 45 y 55 del Código Penal. Estos hechos habrían sucedido: el primero en fecha indeterminada pero entre el 04 de noviembre de 2012 y el 04 de noviembre de 2017, y el segundo el día 22 de junio de 2020, ambos en perjuicio de la niña S..... A.... M..... V..., en la Ciudad de San Martín de los Andes.

Mencionó que su defendido fue asistido durante la investigación previa por la defensa oficial hasta el debate donde se declaró su responsabilidad. En la audiencia de control de acusación y en la oportunidad de ofrecimiento de pruebas, su asistido se vio afectado en su derecho de defensa ya que tuvo discrepancias con el defensor público en la estrategia de defensa. Su defensor le recomendó que debería aceptar un acuerdo pleno de responsabilidad y pena, manifestando B... que no lo iba a hacer ya que tenía testigos y prueba en virtud a que sostenía su inocencia.

Que la defensa oficial, en el término que expresa el Art. 166 del código procesal, no realizó ofrecimiento de prueba alguno, pese a que el Sr. B.... quería y tenía testigos para ofrecer. Pero la defensa le manifestó que ya era tarde que tendría que haber ofrecido antes la prueba. Esa prueba consistía en boletines de asistencia, certificados de cursos, y como testigos quería

proponer a la directora del Centro de Educación Media N° 1 de General Roca, al profesor J... S..... vice director de esa institución, también a la Lic. E..... de la asociación Quillahua quienes iban a dar cuenta de unos talleres que realizó en agosto de 2012 en General Roca, e I... K... que eran todos testigos para el primer hecho que refiere una ventana de tiempo bastante amplia, por lo que quería acreditar que el Sr. B..... estuvo en General Roca, y en ese tiempo no estaba en San Martín de los Andes y por ello no podía haber cometido esos hechos.

Por otro lado también tenía para ofrecer como testigo a la Srta. C.... C....., pareja del Sr. B....., quien depondría respecto del segundo hecho. Ella debía declarar sobre la relación con el acusado y sobre como mantenían relaciones sexuales de forma virtual que ella le enviaba fotos a él y que el terminaba masturbándose que es lo que vio la víctima de este hecho. El defensor dijo que no se podía ofrecer esa prueba. Así fueron al juicio y en la sentencia los Jueces dijeron que lo manifestado por el Sr. B..... no tenía sustento probatorio ya que no se había ofrecido prueba. Entiende que hubo un estado de indefensión del Sr. B..... que comenzó en el control de acusación y terminó plasmándose en el juicio incluso al momento que le dan la palabra al Sr. B..... lo

dice en la audiencia del día 27 de Octubre de 2021 al minuto 48, y el defensor reconoce que tuvo conversaciones largas con el Sr. B... pero esa no era la estrategia.

Agrega la defensa que lo anterior lo lleva al segundo escalón del agravio que consiste en plantear la inconstitucionalidad del artículo 166 del C.P.P.N., por afectación al derecho de defensa en juicio, (artículos 18 de la CN, 1 y 8 párrafo 2, incs. c y d de la CADH;) en razón de afectar el derecho de defensa por impedirle ejercer su defensa técnica y material. Al acusado se lo notifica cada vez que tiene audiencia pero el control de acusación sólo se notifica al defensor técnico, no se notifica al acusado. Que el acusado solo es notificado al momento de tener que presentarse en la audiencia de control de acusación. Que en dicho momento el plazo de ofrecimiento probatorio ya se encuentra fenecido, por lo que para el caso que el imputado pretenda agregar o modificar testigos se ve vedada esa posibilidad.

Considera que no darle la posibilidad de poder ejercer su derecho defensa de forma personal es contrario a las prescripciones de la Constitución y los tratados internacionales y por lo tanto debe ser declarado inconstitucional el art. 166 del CPP, ya que en este caso en particular perjudicó al Sr. B.... quien teniendo

testigos y una teoría del caso que la defensa oficial no plasmó debió enfrentar un juicio sin prueba. Este código omitió la notificación al imputado. La sentencia en este punto es nula y debe disponerse el reenvío para que se realice el control de acusación y el juicio nuevamente debido a que no se puede revocar la sentencia.

El próximo agravio implica arbitrariedad de sentencia respecto del primer hecho. Los jueces consideraron acreditados los hechos ocurridos en el primer lapso temporal, sin indicio alguno. Para el primer hecho lo único que consideraron fueron los dichos de la niña en la Cámara Gesell. Los Jueces omiten considerar que la madre diera cuenta de cambios de actitud en la niña, o cambios de comportamiento. Tampoco hay testigos que puedan acreditar que el Sr. B.... estuviera viviendo en ese domicilio en dichas fechas. En este caso particular no hay ningún indicio. La prueba indiciaria que consideran suficiente para condenar no es tal, nótese que no han brindado una sola explicación a las inconsistencias entre los dichos de los testigos referentes a desde cuando el Sr. B.... estaba viviendo en ese domicilio. La madre no declara sobre este hecho, sólo toman en cuenta la declaración de la víctima y los dichos de la psicóloga que surgen de la misma fuente de información. La psicóloga habla de signos o síntomas de

Bruxismo y nerviosismo pero se refieren al segundo hecho según declaró la madre.

Asimismo sostuvo que resulta arbitraria la sentencia respecto del segundo hecho. Sobre este hecho la prueba da cuenta que la niña le dijo a la madre que fue abusada, la madre se lo contó a una amiga, fueron a la Comisaría a hacer la denuncia y después se lo contaron al padrastro. Refiere que sacando a la niña, los demás son testigos de oídas, reeditan lo que uno le contó al otro. Solo la madre puede tener vinculación que cuenta sobre episodios que la notó nerviosa y que le notó el bruxismo.

Este segundo hecho tiene ciertas omisiones, se manifiesta que su asistido habría tomado a la niña en el cuarto, se habría frotado contra ella en la espalda, habría eyaculado manchándola a ella, se limpia él y la limpia a ella con un buzo y se retira del lugar. La niña baja habla con la madre, toman el buzo y van a denunciar. La prueba de este hecho es la declaración de la niña y el buzo. Lo que no se dice acá es que no valoran que buscaron rastros de semen en las funda de la sábana, en la almohada y no había nada. Si fue así el hecho, y solo quedó en el buzo, eso se condice mas con la declaración de su asistido, que dijo que él se estaba masturbando en el cuarto, se limpió, ella vio el buzo con el que él se

limpió, tomó ese buzo y dijo que la había abusado. Su asistido dio cuenta de porqué ella había hecho eso. Mencionó que hubo un incidente, se fueron de paseo, la niña no tuvo un comportamiento óptimo y se había perdido, tuvieron que hablar con guarda faunas para que la busquen y eso era lo que había motivado a la niña a hacer la denuncia contra él.

Reitera que este segundo hecho se condice más con los dichos de su asistido ya que la ausencia de material biológico en las sábanas y en la almohada abonan la teoría de su asistido y no la de la acusación.

Concluye que de hacerse lugar al primer planteo, debe disponerse el reenvío y el resto de los agravios cuentan con elementos suficientes para resolver directamente ordenando la absolución de su asistido.

Ante preguntas del Dr. Sommer sobre la relevancia de la convivencia, la Defensa sostuvo que se debe revocar el primer hecho debido a que no está acreditada la convivencia.

B.- Seguidamente hizo uso de la palabra el Sr. Fiscal Jefe mencionando que en relación a la admisibilidad formal de la impugnación, no tiene objeciones. En relación al fondo del planteo, sostuvo que en el escrito de presentación del recurso la parte

acusadora evidencia disconformidad con los criterios sustentados con el Tribunal de juicio.

Sostuvo que se iba a referir al contexto general en relación a la supuesta indefensión que describe la defensa a partir de la discrepancia entre el Sr. B..... con su Defensor. Agregó que el defensor fue el Dr. Pombo que tiene un largo ejercicio profesional dentro de la defensa oficial y que ha sido bastante eficiente. Tiene dicho el Tribunal de Impugnación en diferentes fallos, y siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo Ruano Torres, que el primer aspecto que se debe considerar a los efectos de analizar el estado de indefensión es la probidad del defensor. Pero en particular el tribunal de impugnación sobre este punto también ha dicho que la defensa debe estar integrada por profesionales de derecho para defender el interés de su asistido en forma efectiva. En este punto se encuentra clara la capacitación y responsabilidad del Dr. Pombo. Cita jurisprudencia del TI, sobre falta de ofrecimiento de peritos de parte como estrategia de defensa, lo que no implica violación a la defensa eficaz. Reitera que este Tribunal ha tenido reiteradas oportunidades de expedirse en relación a que la declaración de defensa ineficaz es un remedio extraordinario. En definitiva debe analizarse si la

supuesta indefensión tiene que ver con una displicencia del anterior Defensor o se trata de una estrategia de defensa con el objetivo de lograr la mejor posición para el encartado que en el caso era obtener el mínimo de la condena.

Sostuvo el Fiscal, que de lo anterior surge que hubo una diferencia de estrategia entre el Sr. B.... y el anterior defensor. Ahora cabe analizar si resulta inconstitucional el artículo 166 de nuestro código, sobre el que la defensa actual sostiene que se omitió la notificación personal al imputado que podía ofrecer prueba, lo que no es cierto, tuvo la oportunidad procesal de ofrecer testigos, lo pudo hacer a lo largo del proceso donde se repitieron audiencias en las que él podría haberlo dicho ante el juez de garantías que pretendía proponer estos testigos. Cita jurisprudencia referida a que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la última alternativa que debe llevarse a cabo, y además menciona el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en autos "Mendoza VS Argentina", manifestando que no se desprende de los textos convencionales que teniendo defensor designado y actuando en consecuencia, las notificaciones al imputado deban ser personales. De allí se deduce que no hay obligación convencional ni constitucional

de notificar en forma personal al imputado de las instancias del proceso, por lo que debe rechazarse el planteo de inconstitucionalidad, ya que el Sr. B.... pudo haber manifestado antes del control de acusación o en dicho acto, que quería cambiar de defensor, lo hace recién en la audiencia de debate, por lo que debe rechazarse la nulidad que plantea y reenvío consecuente.

Con respecto al planteo de arbitrariedad de la sentencia, el Sr. Defensor dice que no existe prueba sobre ninguno de los dos hechos y sobre esa base pretende ejercer su defensa el Sr. B..... Pero lo cierto es que es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia y del Tribunal de Impugnación sobre que no existe impedimento alguno en los delitos de índole sexual tomar como prueba los dichos de la víctima siempre que estén acompañados de otra prueba que pueda refrendar esos dichos, mucho más si se trata de una niña pequeña como es el caso.

Pero en particular los hechos no sólo han sido probados por el testimonio directo de la víctima sino que en el caso del primer hecho han sido validados sus dichos por el dictamen de la Licenciada Cid que ha hecho una validación del testimonio en su totalidad, comprensivo de los dos hechos. Además de eso también se cuenta con la convalidación del testimonio a través del testimonio de la

Dra. Vingnoni, de la madre de la víctima, de su padre, de la Sra. M..... M..... y del oficial principal Olivera. Con relación al segundo de los hechos, además de toda la prueba se cuenta con la prueba material indiscutible del buzo con material genético del imputado oportunamente secuestrado.

Por otro lado, y en base a los largos fundamentos expresados en la sentencia por los jueces al analizar su testimonio, se proporcionaron amplios argumentos de las estrategias elaboradas por el defensor y el Sr. B...

Cita jurisprudencia del Tribunal de Impugnación (Resolución 64 del año 2016) sobre la diferente estrategia y ausencia de defensa ineficaz por planteos que prosperaron y otros que fueron rechazados, que es la situación que se plantea en este caso.

Remarca asimismo que debió mencionarse qué era lo que se pretendía probar por los testigos que no fueron presentados antes del debate. En relación al primer hecho hubo un lapso temporal, por lo que no hubiera cambiado absolutamente nada el testimonio de los testigos propuestos, M....., Y..... E..... y K..... sobre el punto. Tampoco podría haber llegado a una conclusión distinta el tribunal si hubiera escuchado el testimonio de

C.... C..... que iba deponer sobre cómo mantenían relaciones sexuales en forma virtual, para justificar la masturbación de B..... lo que nada agrega a la actividad en este segundo hecho. Ya que aún cuando se entendiera que de alguna manera se le imposibilitó ofrecer estos testigos en nada hubiera cambiado la postura del Tribunal de Juicio que dio acabadas respuestas a todas y cada una de las propuestas defensivas del defensor técnico y del Sr. B..... Por otro lado la circunstancia que no se encontraron rastros de semen en la sábana no modifica la forma en que fue valorado el hecho por el tribunal de juicio, ya que el testimonio de la víctima detalla el lugar exacto donde eyaculó el Sr. B..... y que no tiene nada que ver con las sábanas a las que refiere su defensor.

También analiza el tribunal de juicio el supuesto incidente que según B..... provocó la falsa denuncia, sobre esto es que el Tribunal dice que no presentó ninguna prueba. Por estas argumentaciones y no existiendo cuestionamientos en relación a la cesura, encontrándose justificada la sentencia a que arribó el tribunal de Juicio solicita que se rechace la impugnación planteada y se confirme la sentencia en todos sus términos.

C.- A su turno el Dr. Espinar representando a la querrela Institucional sostuvo que

adhería a las manifestaciones del Fiscalía agregando que participó del juicio y de actuaciones que se llevaron adelante en el juzgado de familia concluyendo que se corroboró en el juicio que los hechos ocurrieron tal como fueron presentados por la Fiscalía. Finalmente se refirió a las condiciones técnicas y probidad del Dr. Pombo, y que el imputado tuvo la oportunidad de cambiar de Defensor. En el juicio se probaron los hechos tales como habían ocurrido y propició se confirme la sentencia impugnada.

D.- En uso de la última palabra sostuvo el defensor que no ponía en duda la eficiencia o la experiencia del Sr. Pombo, el planteo versa sobre las diferencias de estrategia y sobre la posición respecto de la defensa material que puede tener cualquier ciudadano respecto de la defensa técnica que puede ser muy buena y la discrepancia que existió entre uno y otro y la situación de indefensión que eso puede generar, incluso menciona que a él lo contrataron familiares del Sr. B..... ya que éste no posee recursos para contratar a un abogado particular y por ello fue asistido por la defensa oficial. Los fallos mencionados por la fiscalía hacen mención a diferencias en la defensa técnica. El Sr. B..... no comparte que la mejor estrategia era obtener el mínimo de la pena, pretendía ser absuelto. Finalmente agrega que la Lic. Cid se refiere al

estado psicológico actual de la niña en el momento en que realiza la pericia. Por último plantea la diferente calificación que correspondería al caso si no resulta agravado por la convivencia.

E.- El imputado no hizo uso de la palabra.

F.- Practicado sorteo para establecer el orden de votación, resultó que en primer término debe expedirse la Dra. LILIANA DEIUB, luego el Dr. FERNANDO ZVILLING, y, finalmente, el Dr. FEDERICO SOMMER.

Cumplido el proceso deliberativo previsto en los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria del Digesto Adjetivo, se ponen a consideración las siguientes cuestiones. **I.- ¿Es formalmente admisible la impugnación interpuesta por la Defensa?, II.- ¿Es procedente el recurso incoado? Y en su caso ¿Qué solución corresponde adoptar? y, por último, III.- ¿A quién corresponde la imposición de las costas?.**

PRIMERA CUESTIÓN:

La Dra. LILIANA DEIUB, dijo:

Teniendo en cuenta que se observan cumplidos los recaudos temporales en la presentación, que fue efectuada por la parte legitimada subjetivamente y contra una decisión que es impugnabile desde el plano

objetivo, considero que debe declararse la admisibilidad formal de la impugnación deducida por la Defensa (cfr. arts. 227, 233, 236 y 239 del CPPN).

El **Dr. FERNANDO ZVILLING**, expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la Jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.-

El **Dr. FEDERICO SOMMER**, manifestó: voto esta primera cuestión en igual sentido que la colega preopinante, por compartir sus fundamentos.-

SEGUNDA: ¿Es procedente el recurso incoado? Y en tal caso ¿Qué solución corresponde adoptar?.

La **Dra. LILIANA DEIUB**, dijo:

Los agravios formulados por la Defensa consideran que se ha afectado el derecho de defensa de su asistido ante la discrepancia de éste con la estrategia esgrimida por el abogado defensor que tuvo intervención hasta el juicio de responsabilidad, lo que a su entender imposibilitó a su pupilo ofrecer prueba que estimaba pertinente al caso, proponiéndole la defensa que se arribe a un acuerdo para obtener una condena con una pena mínima. Como consecuencia de ello solicita la declaración de inconstitucionalidad del art. 166 del ordenamiento procesal en tanto no prevé la notificación personal al imputado de la posibilidad de ofrecer prueba. Asimismo sostiene que el

Tribunal condenó a su asistido por el primer hecho imputado, sin prueba que acredite su participación. Del mismo modo sostuvo que en relación al segundo hecho la versión de su asistido se condice con lo sucedido y el Tribunal omite dar respuesta a ello, máxime cuando la prueba material no acompaña los dichos de la denunciante ante la inexistencia de rastros genéticos en las sábanas y funda secuestradas. Por otro lado la sentencia en este punto se asienta exclusivamente en los dichos de S..... y en testimonios de oídas.

Aclarados los puntos que sustentan la impugnación debe iniciarse el análisis de los mismos teniendo presente que la defensa actual en su agravio inicial cuestionó la labor técnica desplegada por la defensa anterior, alegando que la diferente estrategia elegida por el Dr. Pombo, le imposibilitó a su asistido defenderse correctamente de la acusación que se le endilgaba toda vez que omitió ofrecer prueba y propuso que se arribara a un acuerdo por la pena mínima.

En este aspecto son varios los puntos que corresponde abordar. Para comenzar, es dable mencionar que la queja de la defensa referida a la ausencia de una defensa eficaz debe ser evaluada teniendo en cuenta la

totalidad de los elementos existentes evitando parcializaciones arbitrarias.

Ello así pues según la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal Nacional "(...) no existe un catálogo exhaustivo de reglas que permita determinar a través de su confrontación si la conducta del defensor ha sido satisfactoria o no; por el contrario, un sistema de ese tipo significaría 'restringir la amplia latitud que debe tener la defensa para tomar decisiones tácticas' pues 'el acto u omisión del defensor que [...] es impropio en un caso puede ser legítimo e incluso inteligente en otro' (Strickland v. Washington, 466 U.S. 668, 1984). Además, un desacierto en la estrategia de la defensa, un error en la ponderación de los hechos y el derecho o desacuerdos entre el defensor y su pupilo no implican necesariamente lesión a la garantía constitucional analizada; de otro modo, en todos aquellos casos donde las decisiones de los jueces no condice con las expectativas del justiciable éste podría rebatir incesante y caprichosamente las decisiones judiciales a partir de una valoración ex post facto de los resultados obtenidos por su asistencia legal técnica, afectando principios esenciales como lo son los de preclusión, cosa juzgada y economía procesal..." (C.S.J.N., Fallos 324:3632, disidencia de los Dres. Enrique S.

Petracchi, Antonio Boggiano y Gustavo A. Bossert, considerando 7°.

En ese sentido no resulta ocioso recordar que la única manifestación del imputado sobre su intención de ofrecer pruebas fue efectuada en la oportunidad de hacer uso de la palabra en el juicio, ya que en la audiencia de control de acusación al hacer uso de la palabra no hizo mención a prueba alguna, sólo se limitó a expresar que pretendía mudarse al domicilio de su madre.

En todo caso y sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, el defensor omitió detallar claramente cuál habría sido la incidencia en el caso juzgado de haberse producido la prueba testimonial a que alude, toda vez que la presencia del imputado en San Martín de Los Andes en el lapso temporal que cubre el primer hecho fue acreditada en el juicio, mencionándose incluso que asistió a un establecimiento educativo durante su estadía.

No resulta ocioso mencionar que el Dr. Rubio sostuvo dicha tesitura en su responde y la defensa no alegó referencia alguna sobre la pertinencia de dicho testimonios al hacer uso de la palabra.

Del mismo modo se advierte que la defensa no ha optado por ofrecer esa prueba utilizando los carriles pertinentes que son los que prevé el art. 243 de nuestro

ordenamiento procesal y que si bien podía ser rechazada su producción, no es menos cierto que no intentó tal posibilidad.

No obstante ello, de lo expuesto al responder el agravio inicial no se ha constatado que el imputado informara a su defensor en el momento oportuno sobre la existencia de la prueba que posteriormente pretendía presentar, por lo que esa circunstancia eminentemente personal no puede habilitar bajo ningún punto de vista una sanción de tal envergadura como la que pretende la parte impugnante, máxime cuando -tal como ya se expuso- omitió referirse de modo claro y detallado a la pertinencia que tenía dicha prueba con los hechos endilgados y a la posible incidencia en una favorable resolución del caso juzgado.

Dentro de ésta línea de razonamiento y habiendo accedido a los registros audiovisuales del debate en la fase cuestionada por el Dr. Diorio se puede advertir que el Dr. Pombo hizo mención a su teoría del caso, efectuó contrainterrogatorios, y alegó en favor de su pupilo, relatando que era la primera oportunidad en que éste cuestionaba su actuación profesional por lo cual culminaría el juicio y en caso de resultar adverso para su asistido contactaría a otro defensor público para que continuara en

la defensa, en función a lo que se verifica que la actuación del Dr. Pombo no se compadece con una defensa técnica ineficaz por lo que el primer agravio debe ser rechazado.

Concatenado con el agravio anterior debe analizarse la petición de inconstitucionalidad del artículo 166 del C.P.P.N. Dicho artículo prevé la comunicación a la defensa y establece que: "La Oficina Judicial comunicará a la defensa las acusaciones presentadas. En el plazo de cinco (5) días la defensa deberá poner a disposición del fiscal y del querellante la lista de las pruebas que ofrece para la instancia de juicio oral y público, en las mismas condiciones requeridas para los acusadores".

La defensa se agravia en virtud a que el mentado artículo no establece la notificación personal al imputado y según su criterio eso habría provocado que éste no presente la prueba en el momento oportuno.

En ese sentido cabe recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal constituye un acto de suma gravedad y que por ende resulta una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, y que debe ser considerada como última ratio del orden jurídico (MONGES Analía M. C/ U.B.A. resol 2314/1.995, 19.96-12-26, Fallos

319-0, ED17-07-1.997, N°48.038, LL14-05-1.997, N°95.362), y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos 311:394; 312:122; 322:842) o bien cuando se trate de una objeción constitucional palmaria (Fallos 14:425; 105:22; 112:63; 182:317; 200:180, entre otros), de tal manera que no debe recurrirse a ello sino cuando una estricta necesidad lo requiera (Fallo 260:153). Ello así, en la medida que es deber de la Corte agotar todas las interpretaciones posibles de una norma antes de concluir con su inconstitucionalidad. Sabido es que la misma es un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley, con la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella, dado que siempre importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia de la soberanía popular, cuya banalización no puede ser republicanamente saludable (C.S.J.N. L.486 XXXVI "LLERENA, Horacio Luis s/ Abuso de armas y lesiones Art. 104 y 89 del Código Penal- causa 3221" rta. el 17/5/2.005).

Siguiendo los lineamientos anteriores la pretensión de la defensa debe ser rechazada por resultar improcedente, toda vez que tal como se sostuvo no se acreditó que el Sr. B..... haya informado a su defensa

sobre prueba alguna anterior a la instancia de la audiencia de control de la acusación y por otro lado de la grabación de la misma se desprende que en esa oportunidad nada dijo sobre ese tópico cuando hizo uso de la palabra, razón por la cual la petición de inconstitucionalidad vacía de sustento debe ser rechazada.

Finalmente cabe ingresar en los agravios esbozados por la defensa en relación a los hechos por los cuales su asistido fue declarado responsable.

La defensa entiende arbitraria la decisión tomada por los Magistrados en la sentencia, toda vez que a su entender no existieron elementos que avalen la permanencia de su asistido en San Martín de los Andes y no hay otro elemento probatorio aparte de la declaración de la niña.

Sobre este aspecto se advierte que queja de la defensa resulta una mera disconformidad con los Jueces a similares planteos realizados por la defensa oficial en el juicio. Vale mencionar que la presencia de B..... en San Martín de los Andes durante la fecha en que se encuadró el primer hecho (04 de noviembre de 2012 al 04 de noviembre de 2017) fue determinada por los dichos de S..... en la oportunidad de exponer en Cámara Gesell al

sostener la mención en el tiempo en base a su propia edad en dichos momentos.

En ese aspecto la sentencia narra que "En relación al primer lapso temporal de abusos imputados por la fiscalía a B....., la entrevistadora le pregunta cuántas veces pasó esto y S..... dice "...esa fue una, antes me hacía cosas más suaves...". Narrando entonces ... que cuando tenía 6 o 5 años, ella era más chiquita y A... había venido a San Martín, él tenía un juego que a ella le gustaba, entonces él la ponía entre sus piernas y la movía y él jugaba, mientras ella lo veía. Cuando ella tenía ocho años, él se había ido y volvió, la ponía entre sus piernas y la movía, sacudiendo las piernas... Después cuando tenía 9 o 10 años, él empezó a subirse arriba de ella, ella sentía su pene duro. Ella jugaba con la Tablet y el con su celular. Él le preguntaba si tenía calor, y ella le decía que no. Jugaron ahí, esto pasaba en la habitación de arriba. Esto de que A... se subía arriba de ella pasó muchas veces. S..... dice que cuando ella tenía cinco o seis años, A.... había llegado de San Martín porque antes vivía en Roca, él la sentaba arriba, ella sentía que trataba de meter su pene en su agujerito por encima de la ropa. Que desde los cinco hasta los siete años, él la sentaba arriba de él, eso pasó muchas veces".

"...luego de narrar el episodio que da origen a la denuncia de su progenitora, ella establece una suerte de parangón, diferenciando ambos períodos de abuso expresando "eso fue una, antes me hacía cosas más suaves" dando cuenta de la modalidad progresiva del abuso empleada por B....., quien por otra parte lograba que S..... asocie los episodios del abuso con cierta modalidad lúdica, así lo referenció la licenciada Cid".

De lo anterior se desprende y a diferencia de lo sostenido por la defensa, que el testimonio brindado por S..... resulta amplio en datos sobre su edad y etapas que iban transcurriendo a lo largo del tiempo que incluye el primer hecho imputado. Se expide sobre el lugar en que ocurrían los hechos, la modalidad del mismo que a criterio de la profesional actuante, el imputado asociaba a un juego ante una niña de cinco años de edad.

En el mismo sentido y analizando el testimonio de la Licenciada Cid se mencionó que "Lo primero que advierte Cid al tribunal es que muchas veces se refiere a S..... como niña, aunque sea una púber, pero es porque justamente, S....., tiene apariencia de niña. Comienza su testimonio manifestando que la púber estuvo atenta a las preguntas que se le formularon, pudo apelar a un hecho, que

tenía memoria episódica, porque pudo referir un hecho puntual acontecido. Se expresó de modo adecuado de acuerdo a su edad y sus características socio culturales. Es una niña retraída, con un tono de voz baja. Reunía todos los requerimientos para ser considerada testigo apta. La segunda hipótesis (fidelidad y constancia) se realizó una evaluación multi fuente, contaba con la denuncia de la comisaría de la mujer realizada por la progenitora, en esa denuncia, la progenitora cuenta lo que la niña profirió, se contrasta con lo ofrecido por la víctima en el relato. En este caso se mantuvo fiel y constante. S..... se mantiene constante. Siempre refirió que el agresor era su primo A... B....., que era conviviente y que compartía habitación con el padre de ella. Más allá de poder describir el suceso que genera la denuncia, S..... pudo narrar otros hechos de cuando tenía entre cinco o seis años, hasta los diez años dando cuenta de detalles de cada uno de los episodios de esa memoria episódica. La niña pudo brindar detalles contextuales, expresando que cuando concluyó el episodio abusivo que da origen a la denuncia, A... le dice que cuando vuelvan del gimnasio van a volver a jugar, es decir que el agresor se refería a las circunstancias abusivas bajo una modalidad lúdica. Otra de las hipótesis es la calidad del testimonio ofrecido, el relato fue brindado

desde su propia perspectiva, utilizaba mucho la gestualidad. Se apoyó en los gestos, en los muñecos, pudiendo mostrar una interacción que no es posible verbalizar con recursos lingüísticos. Ella dice que expresó que no pudo ver ninguna parte del cuerpo del agresor. El semen tampoco lo vio, sintió como agua, sentía mojada la parte de la cola. La llegada de un amigo es lo que habría producido que el hecho culmine. Expresa también Cid la púber estaba ansiosa al momento de comenzar el relato libre".

De lo referenciado por la Psicóloga se advierte que no obstante tener apariencia de niña, se trata de una púber que pudo brindar un testimonio apto. Refiere la profesional que se trataba de una niña triste, retraída, con tono de voz bajo que en momentos cercanos a la develación por información proporcionada por la progenitora surge que la habría notado más decaída, aislada socialmente, que había empezado con pesadillas recurrentes y bruxismo. Por otro lado su malestar "se expresaba con sintomatología de corte depresivo, que primaban en ella los sentimientos negativos, de infelicidad, alternado con sentimientos de enojo. Albergaba sentimiento de vergüenza; a nivel personal, estaba insatisfecha consigo misma, bajos recursos personales. Ante posibles situaciones negativas

cuenta con menos recursos de afrontamiento. A nivel relacional, tenía escasos amigos, tendía al aislamiento y había una disconformidad en el contexto familiar entre madre y padre, el conflicto depositado de algún modo en la figura del progenitor y la púber sentía temor a las figuras masculinos”.

Las especificaciones aportadas por la profesional intentan ser derribadas por la defensa alegando que no pueden aplicarse al primer hecho debido a que refieren al momento actual de la niña, lo que resulta de difícil comprobación atendiendo a que se juzgó una secuencia de sucesos que acaecieron durante un período temporal amplio y deviene evidente la afección de la niña, que no puede ser arbitrariamente adjudicada al segundo hecho de la develación tal como pretende la defensa.

De lo expuesto se advierte que la queja de la defensa en este punto resulta sólo una disconformidad con los argumentos de la sentencia y por ende debe ser rechazada.

Finalmente cabe tratar el agravio referido a la arbitrariedad de la sentencia para resolver el segundo hecho imputado en virtud a considerar la defensa que la prueba genética acompaña los dichos de su asistido.

En este t3pico no asiste raz3n a la defensa en virtud a que los dichos de su asistido luego de producida toda la prueba en el juicio no se condicen con la prueba de cargo, toda vez que la prueba gen3tica de ADN realizada sobre el buzo de color negro propiedad del imputado obtuvo rastros gen3ticos de 3ste, lo que se condice con la mec3nica de los hechos descriptos por el fiscal en su plataforma f3ctica. Recordemos que el alegato inicial del fiscal en el juicio, espec3ficamente vinculado al segundo hecho, fue el siguiente: "se le atribuye que en fecha 22 de junio del a3o 2020, alrededor de las 19:20 hs., en el interior del domicilio de propiedad de los progenitores de la v3ctima, sito en calle ... al, lote .., Manzana .. del Barrio de San Mart3n de los Andes, abusara sexualmente de su prima, la joven S..... A..... M..... V....., quien contaba con doce a3os de edad al momento del hecho, aprovechando la situaci3n de convivencia preexistente con la menor. Que en dicha ocasi3n, ingresara a una habitaci3n en la que se hallaba su prima, quien se encontraba acostada boca abajo jugando con su celular a un juego online. Entonces, aprovechando que ambos se hallaban solos en la habitaci3n, se ubicara al lado de ella y le efectuara tocamientos con su mano en la espalda y en la vagina de la joven por debajo de su ropa

interior. Seguidamente le bajara los pantalones y se subiera encima de ella, momento en el que le apoyara su pene en la vagina y lo frotara contra la misma, masturbándose hasta llegar a eyacular, luego de lo cual limpiara a la víctima con un pulóver y se retirara del lugar, manifestándole a la niña que lo esperara que después iban a continuar jugando”.

El subrayado es propio e intenta destacar que la prueba genética obtenida respalda la teoría de cargo propiciada por la fiscalía y que fue acogida en la sentencia. Eso no se ve alterado por la ausencia de semen en la sábana y funda secuestradas, toda vez que las mismas fueron obtenidas a los efectos de ser peritadas en su conjunto con el buzo negro del imputado que -reitero- fue el elemento según consta en la acusación, con el cual el imputado limpió a S..... luego de haber eyaculado sobre ella. Para graficar claramente el suceso, recordemos que la niña dijo que “ella sintió como agua en la espalda”.

Por otro lado, no resulta el relato de la niña la única prueba y “el resto son testimonios de oídas” como sostuvo la defensa, por cuanto la niña efectúa el develamiento a su madre de modo inmediato a la ocurrencia de este hecho. La progenitora de la niña recibe el relato de ésta y agrega en su testimonio elementos que lo

sostienen tales como el llanto de la niña y la irregularidad en sus ropas, reitero, de modo inmediato a la ocurrencia del hecho. Por ende su testimonio evidentemente proporciona mayores detalles que un simple testimonio de oídas como alega la defensa.

En esa misma línea de razonamiento deviene evidente que el descargo del imputado dirigido a enrostrar una falsa denuncia a S..... por un deseo de venganza ante un incidente anterior resulta inverosímil toda vez que la defensa no se hace cargo de los dichos de la madre de S....., quien ve a su hija en el momento en que baja llorando de la habitación con la "ropa desarmada, la chomba dentro del pantalón y el pantalón mal acomodado".

Del mismo modo confluyen a descartar el agravio de la defensa las manifestaciones de la madre y padre de S..... sobre B....., quienes sostuvieron que lo querían como a un hijo e incluso el padre de S..... pagó la primera cuota de un terreno que obtuvo para su sobrino A... -

En ese contexto la defensa material esgrimida por el imputado en el momento del juicio no tiene validación alguna y por ende el agravio sobre este punto debe ser rechazado.

Igual temperamento cabe sostener en relación al agravante convivencia objetado por la defensa, que también fue controvertido en el juicio por el Dr. Pombo y que fue respondido por el Tribunal en el sentido que se acreditó dicha convivencia por lo declarado principalmente por la madre de la niña quien sostuvo que A... vivía con ellas en la misma casa y no es menos cierto que los hechos endilgados ocurrieron mientras el imputado se encontraba alojado en la vivienda donde residían la niña y de su familia.

Por todo lo expuesto, y no habiéndose corroborados los agravios esgrimidos por la defensa, la sentencia de responsabilidad debe ser confirmada. En relación a la sentencia de pena y no habiéndose esgrimido agravio alguno, también corresponde que sea confirmada.

Mi voto.

El **Dr. FERNANDO ZVILLING**, expresó:
Compartir las razones y definición dadas por la Sra. Vocal preopinante a esta cuestión.

El **Dr. FEDERICO SOMMER**, manifestó:
Adherir plenamente a los argumentos expuestos por los colegas que me anteceden en la votación.

TERCERA CUESTIÓN: ¿Es procedente la imposición de costas?.

La **Dra. LILIANA DEIUB**, dijo:

A fin de no cercenar el derecho al recurso del imputado, corresponde la eximición de costas (arts. 268 y 270 a contrario sensu del C.P.P.N.). Mi voto.

El **Dr. FERNANDO ZVILLING**, manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. FEDERICO SOMMER**, expresó: Por compartir lo resuelto en relación a las costas, adhiero a los fundamentos expuestos en el primer voto.

Conteste con las posturas enarboladas, esta Sala del Tribunal de Impugnación Provincial, por unanimidad,

RESUELVE:

I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL DE LA IMPUGNACION ORDINARIA de sentencia deducida por la Defensa (arts. 233, 236 y 239 237 del C.P.P.N.).-

II.- NO HACER LUGAR A LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA DEDUCIDA POR LA DEFENSA, y en consecuencia, **CONFIRMAR** la sentencia que declaró a **A.... E..... B.....**, autor material y penalmente responsable del delito de Abuso Sexual Gravemente Ultrajante, agravado por el aprovechamiento de la convivencia preexistente con una menor de 18 años de edad, Dos (2) Hechos en Concurso Real,

en carácter de autor artículos 119 1er., 2do y 4to. Párrafo Inc. F, 45 y 55 todos del Código Penal; por los hechos perpetrados el primero en fecha indeterminada pero entre el 04 de noviembre de 2012 y el 04 de noviembre de 2017, y el segundo el día 22 de junio de 2020, ambos en perjuicio de la niña S..... A..... M..... V....., en la Ciudad de San Martín de los Andes. **CONFIRMAR** la sentencia dictada en fecha 14 de Diciembre del año dos mil veintiuno, que CONDENO a **A.... E..... B.....** a la pena de NUEVE (9) AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, accesorias legales y costas, por el delito de Abuso Sexual Gravemente Ultrajante, agravado por el aprovechamiento de la convivencia preexistente con una menor de 18 años de edad, Dos (2) Hechos en Concurso Real, en carácter de autor artículos 119 1er., 2do y 4to. Párrafo Inc. F, 45 y 55 todos del Código Penal; con más las accesorias legales - art. 12 del CP-, y las costas del proceso, Art. 268 y 270 del Código Procesal Penal.

III.- SIN COSTAS PROCESALES por el trámite derivado de la impugnación ordinaria de la sentencia (arts. 268 y 270 del C.P.P.N.).-

IV.- Dejar constancia que el Juez Federico Sommer participó de la deliberación pero no suscribe la misma por estar en uso de licencia.-

V.- Remitir el presente pronunciamiento a la Dirección de Asistencia a la Impugnación para su registración y notificaciones pertinentes.-

Reg. Sentencia nº 10 Año 2022.-