

RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA N° 46

NEUQUÉN, 7 de junio de 2022.

VISTOS: Estos autos caratulados: "**B....., A.... E..... S/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE**" (Legajo MPFJU 32903/2020), venidos a conocimiento de la respectiva Sala del Tribunal Superior de Justicia; y

CONSIDERANDO:

I.- El Tribunal de Impugnación, por su sentencia n° 10/2022, ratificó la condena recaída sobre el imputado A.... E.... B....., conforme a la cual el Tribunal de Juicio lo declaró autor penalmente responsable del delito de Abuso Sexual gravemente ultrajante, agravado por la situación de convivencia preexistente con una menor de 18 años de edad -dos hechos- en concurso real, fijando a su respecto la pena de nueve (9) años de prisión de cumplimiento efectivo, accesorias legales y costas del proceso (cfr. fs. 38/55).

Contra dicho fallo, la defensa particular que asiste al prenombrado, Dr. Federico M. Diorio, dedujo el control extraordinario que consta a fs. 57/63, motivador de este decisorio.

II.- El señor Defensor dice acudir a estos estrados por vía del artículo 248 inc. 1° del CPPN aduciendo que, desde su perspectiva, resultaron violadas de forma manifiesta garantías constitucionales.

En pos de justificar dicha postura, descompone sus críticas en tres agravios diferenciados, cuyo contenido es el que sigue:

1.- Reitera que su defendido, cuando era asistido por la Defensa Pública, tenía y quería ofrecer testigos para acreditar su teoría, lo que frente a la

total ausencia de prueba de descargo aportada por dicha asistencia pública, debió haberse subsanado mediante la nulidad del fallo de instancia y la reedición del juicio oral.

En su lugar, el Tribunal de Impugnación rechazó el planteo aduciendo que durante la audiencia del control de acusación el acusado nunca expresó una circunstancia semejante, no hubo prueba capaz de sostener esa afirmación, a la vez que tampoco explicó el letrado cuáles eran esos testimonios y qué influencia podían tener en el caso.

Afirma que tal argumentación no es correcta, pues durante la audiencia se explicó en detalle al Tribunal de Impugnación cuáles eran esos testigos y qué se pretendía acreditar con cada uno.

Estima que la prueba requerida por dicho órgano revisor es de imposible cumplimiento porque las entrevistas entre abogado y defendido son privadas, a la vez que tampoco hubiera sido lógico que ese planteo se lo formulara a su defensor por escrito.

Postula que el artículo 166 del CPPN (notificación a la Defensa de la acusación para el pertinente ofrecimiento de prueba de la contraparte) es inconstitucional, puesto que la norma omite darle participación expresa al imputado mediante la notificación personal, generando la situación ya descripta.

2.- Refiere el Dr. Diorio que los hechos ocurridos en el primer lapso temporal no han podido ser debidamente acreditados, toda vez que no se produjo prueba de referencia que permita avalar las declaraciones de la

niña en Cámara Gesell. Contrario a ello -dice- los restantes testigos (madre y padre de la víctima) no han tenido ajuste a dicho relato.

A continuación evoca ciertos pasajes de la sentencia apelada que, en su concepto, reforzaría la idea de que siempre se estuvo a los dichos de la niña, aunque ésta no pudo colocar a su defendido en el lugar de los hechos.

3.- Como último motivo de crítica, afirma que su cliente efectuó un detenido relato exculpatario, que no fue considerado mínimamente en la sentencia, a la vez que no se pudo constatar esos extremos por no haber podido contar con prueba testifical corroborante.

En vista de todo lo anterior propone que esta Sala acoja el recurso, invalidando todo lo actuado hasta el acto del control de la acusación, el cual -en su concepto- debería reeditarse para ofrecer la prueba que supuestamente le fue oportunamente denegada.

Hizo reserva del caso federal.

III.- Sentado los motivos de la impugnación extraordinaria deducida, se impone el estudio de los recaudos mínimos que hacen a su procedencia, atento el principio general de las impugnaciones establecido en el artículo 227 del código de forma.

En tal sentido, observamos que el escrito ha sido interpuesto por quien tiene legitimación exigida y que lo fue dentro del término establecido en la normativa ritual.

Sin perjuicio de ello, conforme profusa e invariable jurisprudencia de esta Sala Penal, el examen del recurso en su aspecto formal no queda acotado a estos recaudos, que conforme lo analizado previamente deben darse por

satisfechos, sino que se extiende a establecer si prima facie concita un caso en el que debiera intervenir la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en orden a la vía de acudimiento elegida (art. 248 inc. 2º del CPPN).

Una exigencia formal semejante se justifica en la necesidad de impedir que, bajo la aparente cobertura de dicha fórmula, se planteen pretensiones ajenas a aquellas propias de la impugnación extraordinaria, que es excepcional, por la gravedad de la función que -por esa vía- pudiera cumplir luego la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cualquiera de los supuestos establecidos en la Ley 48.

En este sentido, entendemos que la impugnación extraordinaria articulada contiene un déficit insuperable, pues no ha sido adecuadamente fundada conforme a los agravios en que se sustenta.

Ello, toda vez que lo aducido no se ajusta a las constancias del legajo, a la vez que reitera planteos que tuvieron plena respuesta en la instancia anterior, cuyos argumentos centrales no ha controvertido durante su apelación.

En el marco de lo que se ha sometido a estudio, el letrado alega, en primer lugar, que el imputado se vio privado de ofrecer prueba de descargo por no haber sido notificado de manera personal del escrito de acusación (pidiendo contemporáneamente que esta Sala Penal declare inconstitucional el artículo 166 del CPPN por esa sola razón). Afirmó que B..... quería y tenía testigos para ofrecer, lo que se frustró por la actividad de la anterior defensa.

Esta Sala Penal ha observado el desarrollo de la audiencia de Control de la Acusación que consta en soporte audiovisual (acto de fecha 24/08/2021 y acta que la documenta, glosada a fs. 1). De allí surge que la actividad de defensa llevada a cabo por el señor Defensor Público, Dr. Ignacio Pombo, estuvo centrada en objetar la circunstancia calificante de los hechos de abuso, que para las acusadoras era captable en la fórmula "gravemente ultrajante" prevista en el artículo 119, 2° párrafo del CP, a la vez que cuestionó un testimonio ofrecido por la contraparte.

Surge de la propia audiencia del Control de Acusación (en aspecto que no ha sido puesto en duda) que el imputado tuvo en pleno conocimiento del contenido de las imputaciones y de su prueba antes de concretarse dicha audiencia, lo que habría generado diversas conversaciones previas entre ellos (imputado y defensa) para definir la estrategia más acorde a su interés. Y surge también que el imputado no sólo estuvo de acuerdo con la línea seguida por el Dr. Pombo, sino que además ejerció un rol activo de supervisión, dándole directivas a su representante en cuanto a que no era su deseo formular ninguna convención probatoria con la Fiscalía sobre la prueba ofrecida por dicho Ministerio Público (cfr. audiencia del 24/08/2021, minutos 24:50 y ss).

Vale aclarar aquí que en el devenir de la audiencia la postura del imputado tuvo cierto matiz al acceder, luego de un cuarto intermedio dispuesto por el Juez de Garantías, a preparar con la fiscalía una convención probatoria referida al resultado del cotejo de ADN en los elementos peritados.

En tal sentido, expresó el Dr. Pombo (minuto 40:05 de la audiencia citada) que *"...hemos hablado con el señor A.... E..... [tras dicho cuarto intermedio] y él está dispuesto a conversar una convención probatoria, siempre que nos pongamos de acuerdo con la fiscalía, respecto de la redacción de esa convención probatoria, con relación a los hallazgos de ADN..."*.

Luego de esa manifestación, el magistrado hizo un repaso de las cuestiones controvertidas, enumeró la prueba que la Fiscalía pretendía rendir en el juicio oral, explicó la pertinencia y por ende la aceptación de los testimonios ofrecidos, hizo constar expresamente la reserva de la Defensa respecto a una testigo en particular (Lic. Fabiana Renquine) y sobre la calificación legal asignada (Abuso Sexual gravemente ultrajante). Asimismo, previa sustanciación de una medida de cautela adicional propiciada por el Ministerio Fiscal, el magistrado le impuso a B..... la obligación de presentarse semanalmente en la comisaría más próxima a su domicilio por el plazo de dos meses.

Ya al finalizar la audiencia, el imputado requirió manifestarse, a lo que el Juez lo invitó a que exprese cuanto sea de su interés ("Puede pedir lo que quiera", según palabras textuales del magistrado actuante hacia el imputado B..... [minuto 56:13]). En ese contexto, pretendió únicamente cambiar de domicilio.

Con ello y sin nada más que agregar finalizó dicho acto (cfr. audiencia citada, minutos 56 y ss).

Todas estas cuestiones, que descartan la privación de información al imputado previo a la audiencia del Control de la Acusación y la presunta falta de acuerdo en

la estrategia de defensa, fue desconocida por el impugnante en el presente Control Extraordinario y privan de todo interés el planteo de inconstitucionalidad en torno al artículo 166 del CPPN -que por lo demás reedita sin una mínima mención de la respuesta que ya obtuvo ante el Tribunal de Impugnación- (cfr. fs. 48 vta. y ss).

Lo mismo ocurre con la presunta prueba de cuya aportación se habría visto frustrada, ya que omite toda referencia a la misma. En este sentido, se advierte que en la presentación bajo análisis no efectuó una sola referencia de cuál habría sido ese potencial aporte y de qué modo hubiera incidido en la sentencia; incurriendo en el mismo déficit que ya le señaló el tribunal revisor (cfr. fs. 47 vta. y 58 vta. y ss).

Sentado lo anterior, vale recordar que el derecho a defenderse de una imputación penal a través de los medios de prueba hace al debido proceso legal previsto en el artículo 18 de la CN (conf. art. 8.c CADH, en función del art. 75 inc. 22 CN). Sin embargo, no se trata de un derecho absoluto e ilimitado, puesto que tales elementos de prueba deben ser propuestos en tiempo y forma, a la vez que deben resultar útiles y pertinentes (arts. 79, 166, 170, 171 y ctes. del CPPN).

El Dr. Diorio, para sortear ese evidente escollo normativo y pretender que se anule todo el proceso desde la audiencia del Control de Acusación, intentó sugerir un estado de indefensión por el modo en que procedió el anterior curial. Sin embargo, omite toda referencia a la respuesta del Tribunal de Impugnación conforme a la cual se descartó dicha carencia. En su lugar, tomó un fragmento de la sentencia para sostener -según su propia

interpretación del fallo- que el Tribunal revisor le estaba exigiendo una prueba de imposible cumplimiento, como ser la revelación de la conversación entre el Dr. Pombo y el imputado B..... para acreditar esa afirmada desavenencia en la línea de defensa (cfr. fs. 59/60 vta.); lo que obviamente no es así y, más limitadamente, le requería alguna prueba que avale los supuestos graves incumplimientos del letrado oportunamente designado.

El requisito señalado en la instancia anterior no resulta arbitrario. Por el contrario, concuerda con una sólida línea doctrinal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a que si no se demuestra una situación relevante de indefensión y solo existe una mera disconformidad o desacuerdo con el letrado que lo asistió el agravio no resulta atendible (CSJN, Fallos 329:4245).

Coincidente con esto último, cabe remarcar que al final de su exposición ante el Tribunal de Impugnación, el Dr. Diorio refirió explícitamente que no ponía en duda la eficiencia y experiencia del anterior defensor en dicha labor de defensa y que solamente eran visiones distintas en torno a la estrategia (Audiencia de fecha minutos 47:03 y ss.), lo que reconduce a la aplicación de la doctrina expuesta en el párrafo anterior.

Bajo ese prisma, la defensa *eficaz* o *ineficaz* debe analizarse desde bases razonables y parámetros objetivables y no bajo la alegada pérdida de oportunidades conforme a una nueva estrategia, una nueva visión o un nuevo enfoque del caso por parte del letrado reemplazante, extremo que conduce a la directa inadmisión de ese agravio en los términos formulados por el apelante (art. 248 inc. 2º, a contrario sensu, del CPPN).

Lo que consigna como agravios "2" y "3" en su recurso, reconduce a cuestiones probatorias, ajenas a la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Si bien ello no es óbice para que la Corte conozca en los casos cuyas particularidades hacen excepción a él con base en la doctrina de la arbitrariedad (CSJN, Fallos 297:100; 311:948 y 2402), no aparece infundado el pronunciamiento que, con base en la prueba adquirida, declaró la responsabilidad del imputado B....., bajo argumentos que fueron debidamente fiscalizados al practicarse el "doble conforme" por parte del Tribunal de Impugnación (cfr. fs. 49/54).

En torno al primer grupo de hechos de abuso sexual (que excluye al episodio de fecha 22/06/2020, consignado como imputación independiente), transcribe ciertos fundamentos del Tribunal de Impugnación y se limita a interponerle un párrafo inicial en cuanto a que *"...los restantes testigos, madre y padre de la víctima son contradictorios"*, sin explicar mínimamente en qué consisten dichas inconsistencias (fs. 60 vta.). A la vez que al final de esas citas del tribunal revisor señala que *"...el único testimonio que consideran los jueces del TI, es el de la psicóloga, mas ese testimonio no logra colocar a B..... en el lugar al momento de los hechos..."*; lo que obviamente carece de toda gravitación para demostrar graves errores en la ponderación de la prueba.

En lo que hace al tercer agravio (dirigido contra el segundo hecho, situado temporalmente en fecha 22/06/2020), sólo se limitó a decir que la versión de su defendido no fue escuchada por los jueces (cfr. fs. 61 vta.), lo que también es insuficiente para demostrar

arbitrariedad. Máxime cuando dicha versión (referida a que fue visto accidentalmente por la víctima mientras se masturbaba y que ella lo denunció por enojo) fue sopesada y descartada a partir de los múltiples elementos que detenidamente desarrolló el tribunal sentenciador y controló el Tribunal de Impugnación en su faena revisora.

El tenor de esa censura lleva a recordar que la hipótesis de arbitrariedad resulta en extremo restrictiva y debe demostrarse por el interesado para no convertirlo en llave de una tercera instancia ordinaria, aserto que se complementa con una invariable jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal Nacional (CSJN, Fallos 289:113; 295:420 y 618; 302:1564; 304:375 y 267; 306:94, 262 y 391; 307:1037, entre muchos otros).

En este contexto, cobra especial relevancia el hecho de que su aplicación es excepcional y no puede pretenderse, por su intermedio, el reexamen de cuestiones no federales cuya solución es resorte exclusivo de los jueces de la causa, si es que no demuestran groseras deficiencias lógicas de razonamiento o una total ausencia de sostén normativo que impidan considerar al fallo como una "sentencia fundada en ley" a la que hacen referencia los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional (CSJN, Fallos 325:3265, entre otros).

Frente a lo anterior, los planteos dirigidos en dicha dirección son claramente imprósperos para la habilitación del remedio federal y por tanto deben ser igualmente inadmitidos (art. 248 inc. 2º, a contrario sensu, CPPN).

IV.- Corresponde imponer el pago de las costas procesales a la parte perdedora (artículos 268, segundo

párrafo, y 270, primer párrafo, a contrario sensu, del CPPN).

Por todo ello, esta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia;

RESUELVE:

I.- DECLARAR INADMISIBLE la impugnación extraordinaria agregada a este legajo a fs. 57/63, interpuesta por el Dr. Federico M. Diorio a favor del imputado **A... E... B...**

II.- IMPONER EL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES en la instancia a la parte perdidosa (art. 268, segundo párrafo, del C.P.P.N.).

III.- Notifíquese, regístrese y firme que sea, devuélvase a la Oficina Judicial a los fines pertinentes.

Alfredo Elosu Larumbe
Vocal

María Soledad Gennari
Vocal

Andrés C. Triemstra
Secretario