

**SENTENCIA N° setenta y siete /2016:** En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, siendo 22 de agosto del año 2016, se constituye la **Sala del Tribunal de Impugnación** integrada por los Señores Magistrados **Dr. Andrés Repetto**, quien presidió la audiencia, y los **Dres. Mario Rodríguez** y **Liliana Deiub**, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial denominado **“C., C. s/ Abuso sexual”**, identificado bajo el **Legajo MPFJU 12870 Año 2014**, seguido contra **C. G. C.**, argentino, nacido el ..... de ..... de ..... en la provincia de ..., hijo de .... y ....., soltero, con secundario completo, albañil, con DNI N° .....

Intervinieron en la instancia de impugnación los Dres. Fernando Rubio y Manuel González por la fiscalía, Lucas González como querellante institucional por la Defensoría de los Derechos del Niño, y Facundo Trova y Alejandro Bustamante por la defensa del imputado, C. C..

**ANTECEDENTES:**

Por sentencia dictada el 26 de febrero del año 2016, el Tribunal de Juicio integrado por los Dres. Mario Tommasi, Mariano Etcheto y Juan Pablo Balderrama, resolvió, en lo que aquí interesa, “...1°) Declarar autor penalmente responsable al Sr. C. G. C., D.N.I.N° ....., domiciliado en ..... – ..... (cel.: .....,) nacido el .... de .. de ....., en ....., hijo de ..... .... y E....., soltero, con secundario completo, albañil, de demás datos obrantes en el legajo, por el delito de abuso sexual simple (cinco hechos), en concurso real con el delito abuso sexual con acceso carnal (tres hechos), ambos delitos calificados por haberse cometido contra un menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente, en carácter de autor, previsto en los arts. 45, 55, 119 primer y tercer párrafo, ambos en función del inciso “f” del cuarto párrafo del mismo artículo del Código Penal, por hechos cometidos en perjuicio de C. A. S., cuando la antes nombrada tenía

entre diez y once años, en la vivienda que compartían, sita en la calle ...  
....., casa n°....., de .....

Como consecuencia de dicha sentencia, el mismo Tribunal dictó la sentencia de cesura el día 13 de abril de 2016 (arts. 178 y 179 CPP), conforme la cual, y en lo que aquí interesa resolvió: "...I. IMPONER a C. C., DNI N° ....., de demás circunstancias personales relatadas, LA PENA DE DIEZ AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO más accesorias legales (art. 12 del CP) y costas del proceso (Art. 270 CPP) en su carácter de AUTOR material y penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL SIMPLE (5 HECHOS) Y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (3 HECHOS) EN CONCURSO REAL, calificado por haberse aprovechado de convivencia preexistente con una menor de 18 años (arts. 119 inc. F del cuarto párrafo, en función del primer y tercer párrafo; 45 y 44 del CP), hecho ocurridos entre los años 2011 y 2012...".

El defensor de confianza del imputado que había intervenido en la etapa de juicio, Dr. Oscar Neri, impugnó tanto la sentencia de responsabilidad, como la de pena, agraviándose, según se afirma, de una absurda valoración de la prueba testimonial producida durante el juicio, por el absurdo resultante de no valorar la prueba pericial producida en el debate a partir del testimonio del médico forense que revisó a la menor supuesta víctima de autos, por considerar a la sentencia arbitraria por violación del principio de legalidad e in dubio pro reo, por la alegada irrazonabilidad de la pena impuesta y por violación de la garantía de defensa en juicio.

Luego de interpuesto el recurso de impugnación dentro del plazo procesal indicado por la ley, el imputado cambió de defensor, designando en reemplazo del Dr. Neri, a los Dres. Trova y Bustamante quienes presentaron, fuera del plazo legal para interponer impugnación, nuevos agravios.

Ambos abogados sostuvieron que se violentó el derecho de defensa en juicio del imputado en razón de que éste fue legalmente asistido en

forma ineficaz, por un abogado que, a su modo de ver, demostró a lo largo de todo el proceso un evidente desconocimiento jurídico en materia de derecho procesal penal, lo que atentó, según afirmaron, contra el derecho a una defensa penal efectiva, conforme lo dispuesto por el artículo 10 del CPP, conforme los argumentos que más adelante se detallarán.

En función de lo dispuesto por el artículo 245 del CPP se convocó a las partes a audiencia oral, en la que se escucharon los argumentos a favor y en contra de los agravios sostenidos contra la sentencia condenatoria.

Habiendo sido escuchadas todas las partes, el Tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia (Artículo 246 del CPP), por lo que cumplido el proceso deliberativo y efectuado sorteo entre los Magistrados, resultó que los Sres. Jueces debían observar el siguiente orden de votación: En primer término el **Dr. Andrés Repetto**, en segundo término el **Dr. Mario Rodríguez** y por último la **Dra. Liliana Deiub**.

**CUESTIONES:** I. **¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto por la defensa?**, II. **¿Es procedente el mismo?** Y en su caso III. **¿Qué solución corresponde adoptar?** y, por último, IV. **¿A quién corresponde la imposición de las costas?**

**VOTACIÓN:** I. A la primera cuestión el **Dr. Andrés Repetto**, dijo:

Durante el marco de la audiencia dispuesta a tenor del artículo 245 del CPP las partes tuvieron oportunidad de referirse a la admisibilidad o no del recurso de impugnación deducido por la defensa.

Los actuales defensores del imputado C. se exhibieron en especial respecto de la admisibilidad del recurso por ellos interpuesto, relativo a la violación al derecho de defensa en juicio de su asistido por no haber recibido, a su entender, una defensa penal eficaz en los términos del artículo 10 del CPP. Consideraron que si bien dicha impugnación fue presentada fuera del término procesal establecido por la ley, de todos modos

se encuentra en juego una garantía de orden constitucional, en razón de lo cual, a su entender, debe ser tratada y resuelta en esta instancia.

Aclararon que, sin perjuicio de haber deducido el recurso de impugnación afirmando la existencia de un supuesto de defensa penal ineficaz por parte del anterior abogado defensor, de todos modos, subsidiariamente, debían sostener el recurso de impugnación deducido por el Dr. Neri, haciendo propios sus fundamentos.

A su turno, tanto el Fiscal como el Defensor de los Derechos del Niño se opusieron al tratamiento de la impugnación deducida por los Dres. Trova y Bustamante, en razón de que dicha impugnación fue presentada fuera del término legal, y porque copia del recurso no les fue remitida previo a la audiencia del art. 245 del CPP. Ningún reparo u oposición manifestaron respecto de la admisibilidad del recurso de impugnación deducido por el Dr. Neri, considerando que es admisible su tratamiento.

Consultada que fue la oficina judicial respecto de la falta de notificación del escrito presentado por los defensores a los acusadores, se informó que por un error de ese organismo no les fue remitido el escrito, a pesar de que los abogados defensores lo presentaron con sus respectivas copias.

Este Tribunal de Impugnación dispuso tratar y resolver en primer término la admisibilidad o no de ambos recursos deducidos por los defensores y luego continuar con el tratamiento de los agravios de fondo, en el caso de que las impugnaciones fueran declaradas formalmente admisibles.

Luego de deliberar se resolvió, por unanimidad, declarar formalmente admisible ambos recursos deducidos por sendos abogados defensores.

Respecto del que fuera interpuesto por el Dr. Neri no existió controversia alguna entre las partes, en razón de que fue presentado en tiempo

y forma, por parte legitimada para ello, revistiendo el mismo carácter definitivo, pues se interpuso contra una sentencia condenatoria que pone fin al caso.

En relación con el planteo de nulidad de todo lo actuado desde la audiencia de control de acusación en adelante, por violación al derecho de defensa en juicio del imputado, si bien las partes coincidieron en que el escrito fue presentado en plazo vencido, no es menos cierto que la ley procesal establece que los jueces deben efectuar un control de constitucionalidad, aún de oficio. Resulta evidente que en el presente caso el agravio introducido tardíamente por la defensa pretende que se analice una supuesta afectación a una garantía constitucional, en razón de lo cual corresponde el tratamiento de dicho agravio. No resulta razonable la sujeción a criterios formalistas cuando el agravio alegado podría afectar el derecho de defensa en juicio del imputado, pilar de todo el sistema procesal vigente, y que además podría haber sido analizado aún de oficio. En razón de estos fundamentos se resolvió declarar la admisibilidad formal del recurso de impugnación deducido por los Dres. Bustamante y Trova, sin perjuicio de suspender la audiencia con el fin de que los acusadores pudieran tomar conocimiento del escrito y así poder contra-argumentar los fundamentos allí sostenidos, garantizado de esta manera el igual tratamiento de las partes ante el Tribunal. Todo ello fue resuelto *in voce* y notificado a las partes en la misma audiencia del art. 245 del CPP.

El **Dr. Mario Rodríguez**, dijo: Comparto lo manifestado en el voto del señor Vocal preopinante.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: Hago propio lo expuesto en el primer voto.

**II. A la segunda cuestión el Dr. Andrés Repetto**, dijo:

**a)** Como ya se indicó *ut supra*, los actuales defensores del imputado dedujeron impugnación ordinaria en contra de la sentencia de condena dictada contra C. C., alegando la nulidad del proceso penal

desde la audiencia de control de la acusación (art. 168 CPP) y hasta la audiencia de juicio que desembocó en el dictado de la sentencia de condena e imposición de pena que aquí se cuestiona. Fundaron sus argumentos en que, a su modo de ver, el imputado recibió una asistencia técnica inefectiva de parte de su anterior abogado defensor el Dr. Neri, violentando así el principio que surge del artículo 10 del CPP.

Según sus actuales defensores, el Dr. Neri demostró, tanto en la audiencia de control de la acusación, como durante el juicio, un evidente desconocimiento del derecho procesal. Mencionaron, a modo de ejemplo, varios puntos del proceso en los que intervino el defensor. En primer término indicaron que fue el propio Dr. Neri quien solicitó que el imputado fuera juzgado por un jurado popular, desconociendo de esa manera que, según afirmaron los actuales abogados, la competencia del tribunal de juicio la determinaba exclusivamente la fiscalía. Mencionaron también que durante la audiencia de control de la acusación no ofreció testigos, y luego durante la audiencia de juicio pretendió oponerse al desistimiento que efectuó el fiscal del testimonio de la madre de la niña supuesta víctima, desconociendo de esa manera que, según ellos entienden, el testigo es de la parte que lo ofrece y la contraparte no puede oponerse a su desistimiento.

Agregaron que la insistencia en que declare la madre de la niña demuestra que sí existía prueba que ofrecer, a pesar de lo cual no lo hizo, testimonio que luego pretendió ofrecer en la etapa de impugnación y que obviamente le fue rechazado. Por último mencionó que durante el juicio ese defensor nada dijo respecto de la pericia del médico forense, Dr. Estomba, conforme la cual no encontró en la niña signos de penetración vaginal o anal, a pesar de lo cual el imputado fue condenado por el delito de abuso sexual con acceso carnal, hecho ocurrido en por lo menos tres oportunidades.

Concluyeron afirmando que el desconocimiento jurídico atribuido al Dr. Neri, sumado a la falta de diligencia en el ofrecimiento de pruebas y al desenvolvimiento durante las audiencias de control de acusación y

de juicio demuestran, a su modo de ver, la existencia de la alegada defensa penal ineficaz, habiéndose violentado así el derecho de defensa en juicio del imputado, provocándole un gravamen irreparable. Citaron jurisprudencia del máximo Tribunal de la República en su apoyo.

Por todo ello solicitaron se declare la nulidad de todo el proceso penal seguido contra su asistido, C. C. desde la audiencia de control de la acusación en adelante.

Subsidiariamente adhirieron al escrito de impugnación interpuesto por el propio Dr. Neri, solicitando se revoque la sentencia de condena por aplicación del principio de la duda en favor del imputado.

Argumentaron que se condenó a su pupilo únicamente por los dichos de dos testigos, los que mantendrían una enemistad manifiesta con la madre de la niña. Cuestionaron que no se le hizo a la niña estudios psicológicos complementarios, más allá de la cámara gesell, tal como dispone el Protocolo aprobado por el TSJ en el año 2009. Por último mencionaron que el imputado fue condenado por cinco hechos de abuso sexual simple y tres de abuso sexual con acceso carnal a pesar de que la pericia médica llevada a cabo por el médico forense, Dr. Estomba, determinó que no se pudieron encontrar indicios de acceso carnal en la niña.

Todo ello los llevó a solicitar se revoque la sentencia de condena y en consecuencia se absuelva al imputado por aplicación del principio de la duda.

**b)** A su turno la fiscalía sostuvo que no existió ineficacia en la investigación y que se condenó al imputado por las pruebas de cargo agregadas al juicio. Que no corresponde al fiscal o al juez cuestionar la teoría del caso de la defensa, o su estrategia para llevar a cabo el juicio. Si el fiscal se entrometiera afirmando la existencia de una defensa ineficaz, se cuestionaría su incumbencia alegando que pretende entrometerse y afectar el derecho de defensa en juicio del imputado.

Consideró que no ofrecer prueba es una legítima estrategia de defensa, posible y habitual. Por otra parte el hecho de que el defensor anterior hubiera o no realizado una referencia al testimonio del médico forense, relativo a la inexistencia de rastro de acceso carnal, no impidió que los jueces de todos modos lo valoraran, con lo que la actividad o no de la defensa a este respecto no hubiera cambiado en definitiva el resultado de la sentencia.

Que respecto de la solicitud de que el imputado fuera juzgado por un jurado popular no necesariamente demuestra un desconocimiento jurídico, porque el imputado es una persona muy conocida en la sociedad de ....  
..... por ser un atleta de alto rendimiento, y legítimamente la defensa pudo considerar que frente a un jurado el imputado podría tener más chances de convencerlos de su inocencia que frente a un tribuna profesional.

El fiscal mencionó precedentes del Tribunal de Impugnación respecto de la supuesta violación al derecho de defensa en juicio por defensa ineficaz.

Consideró que los hechos reprochados fueron debidamente acreditados, y en consecuencia solicitó la confirmación de la sentencia de condena.

**c)** La querrela a su turno manifestó que a lo largo del juicio se pudo acreditar adecuadamente la responsabilidad penal del imputado. Que los hechos se pudieron probar por la cámara gesell y que los testimonios - cuestionados por la defensa- del padre y la abuela de la niña sólo sirvieron para acreditar que la niña vivía con el imputado en la época en que los hechos ocurrieron. Que la asesora pedagógica de la niña contó como fue el develamiento de los hechos por la niña, lo que acreditó, a su entender, que no se trató de un testimonio implantado en la menor.

Respecto del testimonio del Dr. Estomba dijo que éste afirmó que no se encontraron rastros de abuso sexual presentes en la niña, pero que estos de todos modos pudieron haber existido ya que en algunos casos



ocasionalmente los rastros pueden desaparecer con el tiempo. En función de ello consideró que los hechos reprochados fueron debidamente acreditados.

En cuanto a la supuesta ineficacia en la defensa, respecto del pedido de sustanciación de un juicio por jurados, dijo que ello no implica necesariamente la aplicación de una pena superior a los 15 años de prisión, con lo cual no se puede inferir que se trató de un error que hubiera perjudicado al imputado, y que por otra parte el juez del control de acusación de cualquier manera no hizo lugar al planteo, por lo que ningún perjuicio real o potencial existió en definitiva.

En función de ello consideró que la sentencia debe ser confirmada.

**d)** Habiendo quedado en claro cuáles son los agravios del impugnante, cuál es la respuesta de la fiscalía y la querella a dichos agravios y cuáles son los hechos reprochados, sólo resta ahora dar respuesta al fondo de las cuestiones planteadas.

Previo a ello considero importante recordar, tal como ya fuera expuesto en otros casos, que la función del Tribunal de Impugnación en el ejercicio del control de la sentencia condenatoria de grado es la de verificar que no existan defectos formales o sustanciales (Art. 236 CPP) en la declaración de responsabilidad, es decir que el fundamento en el que se sustenta la sentencia se adecue a las pruebas producidas en el debate. Dicho de otro modo, no puede admitirse una arbitraria o absurda valoración de la prueba producida por las partes durante el juicio, limitando además su control al marco de los agravios presentados. En definitiva se debe verificar si los fundamentos en los que se sostiene la sentencia cuestionada se apoyan de manera razonada en las pruebas producidas, efectuando para ello un análisis de razonabilidad y coherencia entre lo sostenido por las partes, la información que se desprende de la prueba producida y lo afirmado en la sentencia.

No se trata de reeditar el juicio en una segunda instancia, sino de verificar que el juicio llevado a cabo en la primera instancia responde a

estándares de justicia y legalidad. De allí que exista un límite en la valoración que el Tribunal de Impugnación pueda hacer de la sentencia dictada. El límite estará dado no por la empatía que se pueda o no tener con las conclusiones a las que arribaron los jueces de grado, sino por la concordancia que exista o no entre esas conclusiones y lo que objetivamente se desprende de la prueba producida.

Se trata pues de verificar que la valoración efectuada por los jueces de la prueba presentada durante el juicio no haya sido “arbitraria”, y por ende la conclusión jurídica a la que arribaron sea justa. Lo relevante no es compartir el análisis de valor que pueda hacerse, sino verificar que en el marco de ese análisis no se haya excedido el límite de la razonabilidad, tergiversando el contenido de la prueba al punto de modificarla o directamente suplirla con información irreal, construida a partir de una falsa valoración. En definitiva, no compartir la valoración efectuada por el juez no torna necesariamente arbitraria o absurda su sentencia, salvo que en el proceso de valoración de la prueba se haya producido una alteración de ésta, tergiversando el contenido mismo de las pruebas, al punto de hacerles decir lo que éstas no dicen.

Corresponde además señalar que ninguna de las partes manifestó en sus alegatos que en la sentencia se hubiesen incluido y valorado circunstancias o hechos no mencionados por los testigos, o que se le hubieran dado a esos testimonios un significado diferente al que brindaran durante la audiencia, atribuyéndoles hechos o circunstancias no mencionados por éstos. De allí que corresponda dar por cierto lo referido por las partes respecto de lo que habrían manifestado los testigos y que fuera mencionado por los jueces de grado en su sentencia.

Ingresando en la cuestión de fondo corresponde comenzar por el primero de los sostenidos por la actual defensa del imputado: la alegada nulidad de todo lo actuado desde la audiencia de control de la acusación por violación a la garantía constitucional de defensa en juicio por defensa ineficaz.

Como fue señalado por la defensa, dentro de la garantía del derecho de defensa en juicio mencionado en el artículo 10 del CPP

expresamente se incluye el derecho de toda persona a la asistencia y defensa técnica efectiva, que será garantizada por el Estado. A mi modo de ver corresponde analizar y dar el contexto jurídico adecuado a la expresión “defensa técnica efectiva” en el marco de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales para, de esa forma, dar respuesta al agravio presentado.

El sistema procesal acusatorio se sostiene en el principio lógico jurídico de dos sujetos litigando en un plano de igualdad procesal ante un tercero imparcial, imparcial e independiente: el juez. Ambos sujetos procesales (los acusadores por un lado y el imputado o acusado por el otro) deben necesariamente estar igualados frente al Juez en su capacidad técnica de litigación, toda vez que el proceso en sí mismo requiere una imprescindible destreza profesional propia de una actividad que revista una lógica complejidad. De allí surge que tanto la acusación (fiscalía y querrela) como la defensa deben estar integradas por profesionales del derecho, es decir, abogados con suficiente preparación técnica como para poder representar el interés que les ha tocado defender de forma efectiva. Una representación técnica ineficaz o inefectiva puede alterar el equilibrio que debe existir entre la acusación y la defensa y, en consecuencia, influir en el resultado final del juicio. El resultado final del proceso debe estar determinado por lo que cada parte haya podido probar o no respecto de su teoría del caso, en función de la calidad y eficacia de las pruebas producidas, y no por la incapacidad técnica de los profesionales que intervienen en el proceso.

La capacidad técnica o la falta de ésta puede influir en el resultado final del juicio y cuando ello ocurre, y en particular cuando afecta al imputado, desarticula los elementos esenciales del proceso (acusación, prueba, defensa y sentencia), afectando en forma irremediable la garantía de defensa en juicio y debido proceso legal. Es responsabilidad de los jueces velar por la plena aplicación de esta garantía, llegando al extremo de poder separar al defensor cuando adviertan que la incapacidad técnica del abogado pueda

alterar el normal desenvolvimiento de un juicio, es decir, cuando ponga en riesgo el derecho de defensa en juicio del imputado.

Sin embargo, este deber del juez de garantizar el derecho de defensa en juicio, velando por el normal desenvolvimiento de la actividad del abogado defensor en el cumplimiento de su ministerio, debe ser ejercido con la mayor prudencia y cuidado, para que un excesivo rigorismo no termine produciendo el efecto contrario, afectando el derecho de defensa en juicio porque el juez consideró que el imputado no fue bien defendido sólo porque no comparte la estrategia elegida por el defensor. Considero que el juez no puede ni debe involucrarse en la estrategia elegida por el defensor, por muy heterodoxa o poco convencional que ésta pueda parecer, ya que lo contrario implicaría juzgar no ya su teoría del caso en función de las pruebas producidas, sino su forma de presentar su teoría del caso en función de una visión subjetiva de lo que puede o no considerarse una buena defensa. No pueden los jueces colocarse en rectores de quienes pueden ser considerados buenos o malos abogados, sólo pueden limitarse a analizar si pudieron o no acreditar sus afirmaciones en función de las pruebas objetivas producidas con una adecuada destreza técnica.

Habiendo aclarado cuál es el límite hasta donde puede intervenir un magistrado ¿cómo puede un juez velar en forma plena por el correcto ejercicio del derecho de defensa en juicio por parte de un abogado? ¿En qué casos sí puede un juez considerar que la defensa del imputado ha sido verdaderamente ineficaz al punto de afectar la garantía constitucional señalada? La respuesta a este interrogante la ha dado la CSJN a lo largo de muchos años y de numerosos precedentes, a partir de los cuales ha señalado en que supuestos se ha violentado el derecho de defensa en juicio, creando a partir de esa casuística una verdadera doctrina de la defensa ineficaz. Los precedentes de la CSJN, los citaré en forma cronológica de la obra dirigida por Leonardo Pitlevnik<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Tomo 14, ed. Hammurabi, p. 191.

En “Roja Molina”<sup>2</sup> la CSJN dijo que en el supuesto de ausencia de la defensa del imputado correspondía intimar a su presentación, y en caso omiso, apartarlo y designar un nuevo defensor en su reemplazo, y que la falta de presentación de la defensa y el abandono de la misma por el defensor nombrado de oficio no autoriza al juez a dar por decaído el derecho de defensa, proseguir la causa y condenarlo.

En “Arnaiz”<sup>3</sup> la Corte consideró que la circunstancia de que el imputado absuelto en primera instancia, hubiera atravesado la etapa recursiva sin un defensor lo colocaba en una situación de indefensión, y que en función de ello los jueces están legalmente obligados a proveer lo necesario para que no se produzcan situaciones de indefensión, incluso contra la voluntad del propio imputado.

En el precedente “Centeno”<sup>4</sup> dijo que no cabía aplicar estrictamente los plazos legales en la medida que el apelante (el imputado, quien estaba detenido en el penal de Ushuaia y había apelado la sentencia en forma extemporánea) no se hallaba adecuadamente detenido.

En “Fernández”<sup>5</sup> se expidió en un caso en el que luego de una condena a 5 años de prisión, y sin haber sido notificado adecuadamente, el imputado atravesó la etapa de impugnación sin defensa alguna, a pesar de haber solicitado al tribunal de Alzada la asignación de un abogado defensor. El abogado asignado no hizo más que notificarse del rechazo que sufrieron las presentaciones del imputado detenido. La Corte anuló todo lo actuado a partir de la sentencia de condena y exhortó a los tribunales inferiores a velar por la efectiva asistencia letrada de los imputados, negando que la intervención

---

<sup>2</sup> CSJN, 7/2/41 Fallos

<sup>3</sup> CSJN, 27/2/57, Fallos 237:158.

<sup>4</sup> CSJN 13/3/63, Fallos 255:91.

<sup>5</sup> CSJN 28/8/86, Fallos 308:1386.

meramente formal de la defensa técnica fuera suficiente para el pleno cumplimiento de la garantía de la defensa en juicio.

En la causa “Martínez”<sup>6</sup> la Corte, ante un recurso *in pauperis* y luego de fundado pobremente por el defensor –se limitó a presentar un escrito en el que afirmaba “patrocinar” a su defendido a los efectos de “habilitar la instancia extraordinaria”-, expresó que los efectos de dicha presentación no podían redundar en un perjuicio para el recurrente, en tanto son el resultado de la ausencia evidente de una asistencia profesional mínima que el Estado debe proveer para que el juicio se desarrolle con arreglo al derecho de defensa consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional.

En el caso “Magui Agüero”<sup>7</sup> expresó que los reclamos de las personas privadas de libertad obligan a los tribunales a suministrar la debida asistencia letrada, por cuanto debían ser considerados como una manifestación de su voluntad recursiva. En este caso el imputado había sido condenado a una pena de ejecución condicional; luego, en virtud de una apelación del fiscal se receptó un cambio de calificación legal y se transformó la codena en una de prisión efectiva, sin haberle dado ninguna participación al imputado en el trámite recursivo. Luego el imputado interpuso recurso extraordinario el que sin traslado a ningún abogado defensor fue rechazado por defectos formales.

En “Goicochea Malpica”<sup>8</sup> la Corte hizo lugar a una queja interpuesta por el propio imputado detenido, porque en el recurso extraordinario presentado contra la sentencia de condena no se le había dado intervención a su defensa. La Corte dijo que la inactividad de la defensa no puede redundar en un perjuicio para el imputado.

---

<sup>6</sup> CSJN 8/10/87, Fallos 310:2078.

<sup>7</sup> CSJN 1/12/88, Fallos 311:2502.

<sup>8</sup> CSJN 19/11/91, Fallos 314:1514.

El mismo temperamento fue consecuentemente sostenido en “Núñez”<sup>9</sup>, “Rodríguez”<sup>10</sup>, “Machuca”<sup>11</sup>, “Shenone”<sup>12</sup>, “Noriega”<sup>13</sup>, “Palacios”<sup>14</sup> y “Centurión”<sup>15</sup>, entre otros.

De este breve racconto de casos tramitados ante la CSJN, en los que se discutió el derecho a la asistencia técnica eficaz del imputado, surge evidente que la falta de intervención, o la intervención ineficaz debe ser de tal magnitud que se vea directamente afectada la garantía misma a la defensa en juicio, al punto de que ésta aparece como meramente formal o directamente inexistente.

En el caso de autos, y luego de haber confrontado los registros fílmicos de las respectivas audiencias surge que si bien la defensa intentada por el abogado Neri no fue totalmente ortodoxa, tampoco se puede apreciar una inexistencia de la defensa o una actuación contraria a los intereses de su representado. Por ejemplo, la solicitud de que su asistido fuera juzgado por jurados no es, en sí mismo, una solicitud que demuestre necesariamente un desconocimiento palmario del derecho. Parte de la doctrina sostiene que la competencia del jurado es una garantía constitucional del imputado que surge de la directa aplicación de los artículos 24 y 118 de la Constitución Nacional, en función de lo cual se ha criticado –habiendo llegado a sostenerse su inconstitucionalidad- que sólo el fiscal pueda fijar la competencia del tribunal que actuará. Por otra parte la fijación de la competencia por jurados no importa necesariamente establecer un mínimo legal para la imposición de una hipotética condena, todas vez que el límite de 15 años sólo tiene por

---

<sup>9</sup> CSJN 16/11/04, Fallos 327:5095,

<sup>10</sup> CSJN 25/5/06, Fallos 329:1794.

<sup>11</sup> CSJN 11/07/06, Fallos 329:2569.

<sup>12</sup> CSJN 3/10/06, Fallos 329:4248.

<sup>13</sup> CSJN 7/8/07, Fallos 330:3526.

<sup>14</sup> CSJN 11/11/08, Fallos 331:2520.

<sup>15</sup> CSJN 6/12/11, causa C. 173.XLIV.

finalidad fijar la competencia pero no imponer un límite mínimo al juez de la cesura para fijar la pena que eventualmente pudiera corresponder en caso de condena.

Por otra parte no haber ofrecido testigos puede ser, como se dijo, una simple estrategia de litigación, y en particular no haber ofrecido el testimonio de la madre de la niña pudo haber sido parte de esa misma estrategia, teniendo en cuenta que había sido ofrecida por el fiscal y que no es lo mismo interrogar a un testigo propio que contra interrogar a los testigos de la contraparte.

La afirmación relativa a que fue una prueba del desconocimiento del derecho del abogado que se hubiera opuesto al desistimiento del fiscal del testimonio de la madre de la niña, tampoco resulta una verdad jurídica categórica, como se la pretende presentar. Hay quienes sostienen que los testigos, luego de ofrecidos y aceptados son del tribunal o del jurado y no de la parte que lo propuso originalmente, toda vez que la estrategia de litigación de las partes se realizó en función de las decisiones que estas adoptaron a lo largo de todo el proceso, incluida especialmente la audiencia de control de la acusación en la que se formalizó el ofrecimiento de testigos. Si el fiscal propuso a un testigo, legítimamente la defensa podría no ofrecerlo para tener la oportunidad de interrogarlo bajo las reglas del contra interrogatorio. Si luego el fiscal sin previo aviso cambia su decisión y desiste del testigo, ello afecta la legítima estrategia que había organizado la defensa, por lo que muchos sostienen que no existe impedimento en que ese testimonio sea aceptado de todas maneras, aunque cambiando las reglas de interrogatorio, pasando a ser testigo de la defensa y por ende realizando un interrogatorio directo. De allí que no es tan evidente la interpretación que hace la actual defensa, por lo que a mi modo de ver no logra demostrar una verdadera afectación al derecho de defensa en juicio del imputado, tanto en la audiencia de control de la acusación, como durante el juicio en sí mismo.



Por otra parte la referencia que pudo o no hacer el defensor durante los alegatos, respecto de las conclusiones del dictamen del médico forense, Dr. Estomba, sobre la inexistencia de rastros que acrediten el acceso carnal sostenido y afirmado en la acusación, tampoco demuestra plenamente una defensa ineficaz, porque la competencia del tribunal de juicio no se encuentra limitada exclusivamente por lo alegado por las partes, cuando las pruebas podrían acreditar la inexistencia de, por ejemplo, una agravante, la que puede ser sostenida por los jueces aún de oficio. Podrá eventualmente ameritar un reproche profesional, en el ámbito adecuado, pero no la posibilidad de afirmar la inexistencia de la defensa en juicio del imputado por parte del abogado.

Considero que la doctrina que emana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es suficientemente clara sobre este punto, la afectación al derecho de defensa en juicio debe poner en crisis en forma irremediable la defensa del imputado, por inexistencia de la defensa o por groseros errores inadmisibles. No advierto que en el caso de autos esos extremos se hayan presentado, más allá de la diferente visión que sobre la estrategia elegida pueda tenerse en el caso concreto.

Por todo ello considero que no corresponde hacer lugar al agravio sostenido por los Dres. Trova y Bustamante respecto de la nulidad del proceso desde la audiencia de control de la acusación hasta la sentencia de condena por afectación a la garantía de defensa en juicio afectada a partir de una supuesta defensa ineficaz del anterior defensor del imputado de autos.

**e)** En lo que al segundo agravio respecta, en el que solicita la absolución del imputado por afectación al principio de la duda, diré que, a diferencia de lo sostenido por los defensores, considero que los jueces han fundado debidamente las pruebas en las que se ha sostenido, más allá de toda duda razonable, la existencia de los hechos reprochados y la responsabilidad penal atribuida al imputado.

Describen y fundan adecuadamente la responsabilidad atribuida a partir del testimonio de la niña C. A. S., prestado en cámara gesell, las conclusiones a las que arriba la licenciada Zulema Díaz, psicóloga que llevó a cabo el interrogatorio de la niña bajo la modalidad indicada, y el testimonio de M..... F..... F....., psicopedagoga que fue testigo del develamiento de los hechos por parte de la niña. Por último el testimonio de C..... S....., padre de la niña, y M.... R....., abuela de la víctima, a partir de cuyos testimonios se logra acreditar que los hechos ocurrieron temporalmente cuando la niña vivía con el imputado.

Nada agrega la afirmación de la defensa respecto de que se condenó al imputado sólo con los testimonios del padre y la abuela, porque como bien afirmó la querrela, esos testimonios no acreditan el abuso, sino, en todo caso, aportan el indicio de oportunidad. Por otra parte el argumento de que en realidad se trató de un testimonio implantado en la niña no encuentra corroboración con ninguna prueba producida a lo largo del debate, y se trata de un argumento al que los jueces expresamente dieron respuesta, fundando porqué ello no se condice con las pruebas producidas a lo largo del debate.

Todo ello me permite concluir que de la sentencia surge una adecuada fundamentación de las razones que sostienen la declaración de responsabilidad por los hechos atribuidos al imputado.

**f)** De lo que sí carece la sentencia, en forma absoluta, es de una adecuada, correcta y fundada justificación legal del tipo penal elegido para el reproche de responsabilidad penal. No se menciona en qué pruebas se funda, y se dio por acreditado, el acceso carnal atribuido, nada se dice al respecto en la sentencia.

Las partes a lo largo de la audiencia de impugnación mencionaron, y de hecho prácticamente coincidieron en afirmar que el Dr. Estomba, médico forense que examinó a la niña víctima, no encontró ningún signo que permitiera acreditar, más allá de toda duda razonable, que la niña hubiera sido accedida carnalmente vía vaginal o anal. La defensa y la querrela

disintieron en que para la primera quedó claro que no existió tal acceso, mientras que para la segunda el testigo refirió que si bien no existían rastros del acceso carnal, el testigo de todas formas no podía descartar que hubiera existido, porque en algunas ocasiones los tejidos vuelven a su ubicación y no dejan rastros susceptibles de ser identificados en un examen médico.

En cualquier caso tanto la acusación como la querrela coincidieron en que no existe prueba positiva y objetiva del acceso carnal atribuido, más allá de que haya existido o no la posibilidad de que hubiera ocurrido y que los rastros se hubieran borrado. Es evidente que existe una duda al respecto, y la duda nunca, en ningún caso, puede ser resuelta en contra del imputado, sino al contrario. Lo impone el artículo 8 del CPP, el que ordena cómo debe ser resuelto un caso frente a la existencia de duda: a favor del imputado. La sentencia, por su parte, nada aporta para salir de esa duda, al punto que ni siquiera menciona, ni aún en forma tangencial, esta cuestión, limitándose a dar por probado una circunstancia fáctica decisiva sin siquiera mencionar una sola prueba que permitiera acreditarlo.

No es esta una cuestión menor, al contrario. Las pruebas que acreditan la existencia de un tipo penal determinado son esenciales y deben ser expresamente enunciadas en una sentencia de condena. Nada se dijo sobre esta cuestión, ergo la sentencia a este respecto se encuentra total y absolutamente infundada, transformándola, sólo a este respecto, en una sentencia arbitraria. Si los jueces consideraron que se acreditó el acceso carnal exigido en el tipo penal previsto en el artículo 119 párrafo 3er del CP, debieron mencionar en qué pruebas se fundaron para arribar a esa conclusión. Dicha omisión amerita que se revoque la sentencia respecto de este punto en particular, y se ordene la sustanciación de una nueva audiencia de cesura a los fines de determinar la pena a imponer respecto de los hechos probados, pero adecuándolos al tipo penal de abuso sexual simple, agravado por haber sido cometido contra una menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo (Art. 119 1er párrafo e inc. f) del 4to párrafo del CP).

Tal es mi voto.

El **Dr. Mario Rodríguez**, dijo: Adhiero a lo manifestado en el voto del señor Vocal preopinante.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: Comparto lo expuesto en el voto del Dr. Andrés Repetto.

**III. A la tercera cuestión el Dr. Andrés Repetto, dijo:**

Atento a la respuesta dada a la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que se haga lugar parcialmente al recurso de impugnación deducido, por haberse verificado el agravio relativo a la falta de acreditación del elemento objetivo del tipo penal previsto en el 3er párrafo del artículo 119 del CP y en consecuencia revocar parcialmente la sentencia a ese respecto, ordenando el reenvío del caso a los fines de sustanciar una nueva audiencia de cesura en función de haberse acreditado los hechos reprochados, no así el acceso carnal sostenido por la acusación, quedando circunscripto el caso a la calificación jurídica de abuso sexual simple, agravado por haber sido cometido contra una menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo (Art. 119 1er párrafo e inc. f) del 4to párrafo del CP).

Es mi voto.

El **Dr. Mario Rodríguez**, dijo: Adhiero a lo manifestado en el voto del señor Vocal preopinante.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: Comparto lo expuesto en el primer voto.

**IV. A la cuarta cuestión el Dr. Andrés Repetto, dijo:**

Sin costas (Arts. 268, 269 y 270 del CPP, ley 2784).

El **Dr. Mario Rodríguez**, dijo: Adhiero a lo manifestado en el voto del señor Vocal preopinante.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: Comparto lo expuesto en el primer voto.

De lo que surge del presente Acuerdo por unanimidad se

**RESUELVE:**

**I.- DECLARAR ADMISIBLE** desde el plano estrictamente formal los recursos de impugnación deducidos por la defensa del imputado C. C..

**II.- HACER LUGAR** parcialmente al recurso de impugnación deducido, por haberse verificado el agravio relativo a la falta de acreditación del elemento objetivo del tipo penal previsto en el 3er párrafo del artículo 119 del CP y, en consecuencia, revocar parcialmente la sentencia a ese respecto, ordenando el reenvío a los fines de sustanciar una nueva audiencia de cesura en función de haberse acreditado los hechos reprochados, no así el acceso carnal sostenido por la acusación, quedando circunscripto el caso a la calificación jurídica de abuso sexual simple, agravado por haber sido cometido contra una menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente (Art. 119 1er párrafo e inc. f) del 4to párrafo del CP).

**III.- Regístrese** y notifíquese por medio de la oficina judicial. Firme que sea, líbrense las comunicaciones de rigor y, cumplido, archívese.

Dr. Andrés Repetto  
Juez

Dr. Mario Rodríguez Gómez  
Juez

Dra. Liliana Deiub  
Juez

Reg. Sentencia N° 77 T° VI Fs. 1159/1169 Año 2016.-