

SENTENCIA N° cien /2016.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los **veintiséis días del mes de septiembre de dos mil dieciséis**, se constituye el Tribunal de Impugnación conformado por los **Sres. Jueces, Dr. Fernando Zvilling, Héctor Rimaro y Alejandro Cabral**, presidiendo la audiencia el nombrado en primer término, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el presente **Legajo MPFNQ N° 20.609 Año 2014, caratulado "M., S. L. F. S/ infracción art. 119 CP"**, seguido contra L. F. M., DNI:, soltero, de ocupación o profesión, nacido el de de, en la ciudad de, Prov. de , domiciliado en calle ..., Mz. ..., Lote ..., casa N° ..., B° viviendas de la ciudad de, Prov. del

La audiencia prevista por el art. 245 del CPP se llevó a cabo el día 9 de septiembre de 2016 e intervino por la Defensa del imputado, el Dr. Ricardo Mendaña; por la Fiscalía, el Dr. Rómulo Patti; por la Defensoría del Niño y del Adolescente, la Dra. Silvia Acevedo; y, por la querrela particular, el Dr. Fabián Turr. También se encontraba presente el imputado, S. L. F. M..

ANTECEDENTES:

I) Por sentencia dictada el 18/8/15 los jueces, por mayoría del voto de los Dres. Piana y Rodríguez Gómez, con voto en disidencia del Dr. Varessio, declararon la responsabilidad penal de S. L. F. M. por el delito de Abuso sexual simple, agravado por la condición de encargado de la educación (art 119, primer párrafo, con aplicación del inc. b) del 4º párrafo del C.P.). Asimismo, en fecha 20/11/15, se le impuso la pena de TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR IGUAL TÉRMINO, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS, por el hecho consistente en que *"abusó sexualmente de la menor S. V. J. cuando contaba con 11 años de edad, en fecha indeterminada, pero durante el transcurso del mes de abril de 2012, en instalaciones de la escuela N° de la ciudad de (Pcia. de Neuquén), más concretamente en el depósito de elementos de educación física de ese establecimiento escolar, en oportunidad de estar el encartado a cargo de la clase de esa asignatura. Para materializar la conducta achacada, el imputado le pidió a la niña que lo ayudara a trasladar los elementos de la clase de educación física hacia el mencionado depósito. Una vez en el lugar y, cuando S. intentó salir de allí y,*

con la clara intención de menoscabar la integridad sexual de la nombrada, cerró la puerta de ese recinto y, sin solución de continuidad, la interceptó, la arrinconó (apoyó) contra la pared, la sujetó con sus brazos y en el contexto descripto, le bajo el jogging y la ropa interior (bombacha) y procedió a tocarle sus zonas pudendas o sexuales, más específicamente su vagina”.

En fecha 25/2/16, el Tribunal de Impugnación integrado por los Dres. Florencia Martini, Héctor Dedominichi y Andrés Repetto por unanimidad revocó el fallo del Tribunal de juicio y absolvió al imputado por el hecho que venía acusado.

Interpuesto recurso extraordinario ante el Tribunal Superior de Justicia por el querellante particular, declara la nulidad de la sentencia dictada por el Tribunal de Impugnación, por arbitrariedad al no haber analizado toda la prueba y reenvía las actuaciones a este Tribunal de Impugnación, a fin de que con nueva integración y previa audiencia, dicte nuevo fallo.

II) La Defensa, representada en ese momento por el Dr. Ricardo Mendaña, había deducido recurso de impugnación contra la sentencia condenatoria de fecha 18/8/15 y de imposición de pena.

1º) Arbitrariedad de la sentencia

condenatoria: Expresa que tiene un vicio de motivación. Dice que los votos de la mayoría tienen vicios insalvables, por violación al art. 193 del CPP. Refiere que la sentencia carece de motivación suficiente y que la sentencia de pena no justifica acabadamente el monto de pena impuesto.

Dice que en cuanto al deber de motivar hay dos formas: 1) Analítica; 2º) Global. Que el voto del Dr. Varessio es analítico; que por el contrario, el del Dr. Piana, es un voto global que no reúne los requisitos de motivación suficiente. No ensambla todas las pruebas porque no puede. Que el fallo debe destruir la presunción de inocencia y debe respetarse el estándar de la duda razonable. Que existe duda mientras no se destruyan las hipótesis alternativas y, que en este caso existen hipótesis alternativas.

En cuanto al testimonio de la víctima, expresa que no hay signos físicos. Que para dar credibilidad a los testimonios es necesario su corroboración por otros medios. Que se pudo acreditar durante el juicio que el imputado y la niña en el mes de abril de 2012, sólo coincidieron un día, el 23 de ese mes. Que es muy importante lo que dice la niña en la Cámara

Gesell porque ese día tuvieron clase en la última hora y eso no coincide con lo que ella menciona que se encontraban en el recreo, pues al finalizar esa hora se retiraban y son acompañadas en ese momento por un docente.

El Dr. Varessio en su voto dijo que si bien el testimonio de la menor puede ser la base para la condena, dicho testimonio no debe tener fisuras, ni inconsistencias. Expresó que allí no sólo hay inconsistencias internas sino también externas.

Expresa el Defensor que el Dr. Piana no desgrana los testimonios, sólo refiere que todos los testimonios en mayor o menor medida avalan la teoría fiscal. Que ello es una afirmación dogmática y no da razón para descartar otras hipótesis alternativas. Refiere que además dicho voto expresa que "*si bien (en cuanto a las fechas del suceso) reducen su margen de producción, no lo excluyen, solo lo acotan a un lapso menor pero no resultan conclusivos en cuanto a la imposibilidad que existiera el contacto entre víctima y victimario*", no explicando -nuevamente- el por qué de tal afirmación dogmática.

Dice que el voto dirimente del Dr. Rodríguez Gómez no completa el fallo. Que el art. 192 del CPP exige que todas las cuestiones sean tratadas en

deliberación, requisito esencial, lo que no sucede. Que el horario es relevante. La niña dice: "yo grité", ubicando los hechos luego de la clase de gimnasia. Ella dice que era un recreo, no siendo así porque era la última clase y luego se retiraban. Que este es un aspecto central que debe tenerse en cuenta. Que además de que no era un recreo, no podía haber música, lo que se contrapone a lo que dijo la menor de que gritó pero no la escucharon porque había música. Que tampoco es lógico que sus compañeras le pudieran haber preguntado en el recreo qué le pasaba y les dijo que nada, atento que no había recreo y se retiraban.

Que entiende que existen otras contradicciones que fueran puestas de resalto por el Dr. Varessio, como que le expresó a su madre que el hecho había sido en tercer grado, para luego cambiar dicha versión y decir que fue S. M.. También que a la Lic. Errecart le comenta que el tocamiento fue por sobre la ropa, mientras que a la Lic. Díaz le dice que fue por debajo de la ropa, y a la Lic. Geldres le dijo "me arrinconó y me tocó la vagina". El voto dirimente sólo dice que estas pequeñas fisuras en el relato "no opacan la prueba de cargo", recurriendo a expresiones genéricas sin dar razón suficiente. Que el juez del primer voto hace

conjeturas para justificar su decisión.

Finalmente, entiende que los jueces no cumplieron con el deber de motivar suficientemente su sentencia de condena. Que el relato de la menor -fuente principal de información- tiene inconsistencias internas y externas. Que el estándar de motivación que exige el Tribunal Superior de Justicia es muy alto, tal como se demuestra en el acuerdo que revocó la sentencia del Tribunal de Impugnación y, por tal razón, corresponde declarar la nulidad de este fallo del Tribunal de juicio, y absolver a su defendido.

2º) En cuanto a la sentencia de pena: En primer lugar dice que no se cumplió con lo establecido por el art. 193 del CPP, en cuanto impone que la sentencia debe tener el voto individual de cada uno de los jueces. Que en el presente caso, el voto es en conjunto no cumpliendo con el requisito establecido por la norma. Que ello demuestra que no hubo discusión o, al menos, tal discusión no se pudo visualizar en la sentencia.

A su vez, expresa el Defensor que hay dos agravantes: 1) Monto de la pena impuesta 2) Vulnerabilidad de la víctima. Que la sentencia agrava la pena por el lugar donde ocurre el suceso. Que entiende que ello ya está

contenido en el mismo tipo penal, pues la condición de docente (tipo agravado), en cierta manera tiene implícito el lugar donde ocurre el hecho. Es así, que considera que no se puede agravar dos veces esta circunstancia, es decir que el hecho tuviera lugar en la escuela.

También la sentencia agrava la pena, por considerar que se aprovechó de una niña vulnerable. Que esta circunstancia no se puede acreditar sino es en comparación con el resto de sus compañeros y que no sabemos quiénes eran los mismos y qué grado de vulnerabilidad tenían.

Por último, refiere que de ninguna manera se justifica el encierro teniendo en cuenta que el autor no tiene antecedentes. Que de haber existido el hecho, fue fugaz y que ya le produjeron suficiente daño al imputado echándolo de la escuela. Que el fallo tampoco explica el fin de prevención especial que podría tener la pena en el presente caso.

III) Al contestar los agravios la fiscalía dijo: Que la menor era una destacada alumna, sin problemas de conducta. Que el relato efectuado en la Cámara Gesell, conforme lo explicitado por la Lic. Díaz, era coherente. El fallo se funda en el testimonio de la

víctima, de la Lic. Díaz, de las Licenciadas que la han entrevistado, Lic. Errecart, profesores del colegio. Que esta era una niña cuidada por sus padres. En el presente caso, hasta se pensó que podía existir algún problema intrafamiliar. Luego de despejar cualquier sospecha en tal aspecto, la niña declara e imputa el hecho a su profesor de gimnasia. Que no es una persecución a M. por algún tipo de animosidad. La niña siempre mencionó el mismo agresor.

A partir del suceso la niña comenzó con un comportamiento de retraimiento. No quería salir de su dormitorio. Era una niña que estaba en condiciones de ser la abanderada de la escuela, comenzó a orinarse encima y no quiso ir más a la escuela. Tuvo varios traumas a partir de este suceso.

La sentencia tiene coherencia, razonabilidad y lógica. Se analizó el hecho imputado y la responsabilidad que le cupo a M.. Se analizó en forma concreta el hecho, la prueba y se efectuó una valoración de cada una de ellas en forma individual y en forma global. El fallo hace una valoración de toda la prueba mediante el método de la sana crítica racional. Entiende que debe confirmarse la sentencia en todas sus partes.

En cuanto a la sentencia de pena impuesta, entiende que no existe una afectación o un perjuicio que pueda derivar de la falta del voto individual, porque el voto es unánime compartiendo los argumentos por los cuáles no se impuso el mínimo.

Dijo el fiscal que el juicio es un todo que consta de dos partes, juicio de responsabilidad y de pena, pero es un todo. Cuando fue necesario distinguir los votos, así se hizo. En el caso de la sentencia de pena, no era necesario hacer una distinción de cada uno de los votos porque los tres magistrados coincidieron absolutamente.

En cuanto a las agravantes, considera que no puede dejarse de lado a la hora de valorar la conducta del imputado, que el hecho tuvo lugar en la escuela y que la niña se encontraba en ese momento preciso bajo su cuidado y vigilancia. No es lo mismo que el profesor hubiera cometido el hecho fuera del ámbito escolar. Pone por ejemplo, que también correspondería agravar la situación en el caso que el hecho se produjera en un ámbito hospitalario por un médico.

IV) Contestación Defensoría del Niño y del Adolescente: Al respecto dijo que en el presente caso, tanto Piana como Rodríguez Gómez, explican por qué

entienden que corresponde declarar la responsabilidad de M.. Se reseñaron todos los testimonios y se valoraron en forma concreta.

Este hecho tuvo lugar el día 23 de abril de 2012 en la última hora de clase. Piana explica claramente el proceso de validación del relato. La niña explica a la Lic. Díaz el por qué le dijo a su psicóloga tratante, Lic. Errecart, que los tocamientos habían sido sobre la ropa. Y dijo concretamente porque le daba vergüenza decir que había sido por debajo. También dice el defensor que existe otra fisura consistente en que la menor le dijo a su mamá que el hecho había tenido lugar cuando estaba en tercer grado. La madre también explica esto, dice que la niña no quería que se efectuara la denuncia, quería que todo siga igual.

Si bien no hay signos físicos, es muy importante tener en cuenta las huellas psicológicas. S. era muy buena alumna, muy posiblemente la abanderada. Era tímida, pero el ámbito donde se sentía segura era la escuela. Luego del hecho, no quería ir a la escuela, esto fue un cambio de actitud que fue estudiado por los psicólogos como un signo del abuso. Cambiaba el horario de los despertadores para no ir a la escuela. No terminó el

sexto grado, pero por ser buena alumna comenzó el séptimo grado en otra escuela. Los psicólogos intervinientes validan el relato de la víctima y expresan que no tiene signos de fabulación. Todo ello fue valorado por los jueces que conformaron la mayoría.

Las inconsistencias que dice el defensor existen sobre hechos objetivos, no son tales. Cabe referir que el hecho tuvo lugar en la última hora de clase, que al terminar dicha hora, el imputado le dice a la menor que lo ayude a llevar los elementos a un recinto que estaba cerrado, donde se guardaban los elementos de gimnasia. S. describe perfectamente dicho lugar, quiere decir que estuvo. Supongamos que no hubiera música -tal como dice el defensor-, aunque ella hubiera gritado el ruido propio de la escuela hubiera impedido seguramente que la pudieran escuchar. Puede que exista alguna pequeña diferencia en el relato que fue aclarado por la menor.

En cuanto a la sentencia de pena, el hecho de que se haya efectuado un voto en conjunto, al ser por unanimidad no cambia absolutamente nada. Ya el Tribunal de Impugnación en el fallo "Aroca" ha dicho que ello no conlleva en forma automática la nulidad de la sentencia.

En cuanto a las agravantes, el Tribunal

de juicio consideró que la circunstancia de haber ocurrido en la escuela es una agravante, lo que es sumamente lógico. Pone como ejemplo, que el Código Penal distingue estas agravantes. En el caso que el abuso sea cometido por el padre, se puede sumar otra agravante que es el aprovechamiento de la convivencia preexistente con el menor. En definitiva, considera que el lugar es una agravante a tener en cuenta y que no se encuentra contenida en la agravante de la condición de docente.

Respecto de la vulnerabilidad de la víctima. Era una niña muy introvertida y ello fue utilizado por el imputado a la hora de cometer el hecho. Por tal razón, está muy bien considerada esta circunstancia de agravación.

Por todo ello, solicita se confirme la sentencia de responsabilidad, como así también de la pena impuesta.

V) Contestación de la querella particular: El Tribunal Superior de Justicia, solicitó que el Tribunal de Impugnación tenga en cuenta toda la prueba producida durante el juicio. Especialmente el relato de la víctima, el que fue validado por cinco profesionales independientes, expresando que era verosímil y que no tenía

signos de fabulación. Los docentes de la escuela, no aportaron elementos favorables al imputado. Aportaron muchos elementos objetivos: reconocer que era una excelente alumna; que la escuela era su lugar en el mundo; reconocer que a fines de abril la menor dejó de concurrir a la escuela, extrañamente también el imputado deja de asistir. Hubo a fines de abril un cambio abrupto de la conducta de S., dejando de asistir a la escuela, que era lo que más le gustaba y se sentía segura allí. A partir de ese momento dejó de controlar esfínteres, se encerraba en su domicilio, cambiaba el horario de los relojes para faltar a la escuela. Ante ello, la primera psicóloga tratante, pensó que podía existir un problema en el seno familiar. Luego se terminó develando que lo sucedido había tenido lugar en la escuela. No había ninguna animosidad contra M.. A partir de allí, S. rindió examen porque su relato pasó por el filtro de cinco profesionales de la psicología. Siempre explicó claramente el lugar, las circunstancias en que ocurrió, en qué consistió. Insiste la defensa en la existencia de dos inconsistencias internas del relato. Una, cuando la menor le dijo a su madre que el hecho había tenido lugar en tercer grado. Que ello fue algo que se investigó y por eso le preguntó la Lic. Díaz. Esto fue

explicado por las Licenciadas, quienes refirieron que se debió a que por su personalidad quería negarlo o, que no se le diera importancia. Lo mismo sucedió con la cuestión de si fue por sobre su ropa o por debajo de ella.

A la defensa no le gusta que el tocamiento haya sido por debajo de la ropa. La niña nunca mintió, le daba vergüenza.

En cuanto a la inconsistencia externa de que el hecho no se podría haber cometido, siempre se acusó a M. de un solo hecho ocurrido en el mes de abril de 2012. Y se probó que coincidieron una vez, y en esa circunstancia tuvo lugar el hecho. Otro problema que dice la defensa que existe es que si el hecho tuvo lugar en la última hora o en un recreo. Lo cierto es que en ambas situaciones existe bullicio en la escuela, algo común que sucede en cualquier colegio.

Se ha probado que el relato de S. es verídico. No hay inconsistencias internas, ni externas. El hecho de que no cuente exactamente lo mismo, da cuenta de que no fue un relato implantado. Esto no se lo esperaba y por ello tuvo todos los signos de abuso. Si el Tribunal de Impugnación se llega apartar de lo dicho por los cinco profesionales que intervinieron, solicita se funde el por

qué se toma dicha decisión.

El voto de la mayoría respetó toda la prueba y no efectuaron afirmaciones dogmáticas, sino que las explicaron y dieron motivos suficientes.

En cuanto a la pena, dice que adhiere a lo que dijeron tanto la fiscalía como la Defensoría del Niño y el Adolescente. La escala penal del hecho es de 3 a 10 años y la pena impuesta excedió el mínimo sólo en seis meses. Ya sólo con el daño producido, hubiera bastado para imponer la pena que se le impuso.

Finalmente la Defensa tuvo nuevamente la palabra y refuta nuevamente los argumentos de los acusadores reiterando los términos de lo ya expresado.

VI) Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse el Dr. Alejandro Cabral, luego el Dr. Héctor Rimaro y, finalmente, el Dr. Fernando Zvilling.

Cumplido el proceso deliberativo que disponen los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria- del CPP, se ponen a consideración las siguientes cuestiones.

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible la impugnación ordinaria deducida?.

El Dr. Alejandro Cabral, dijo:

Que corresponde examinar si se han cumplido las prescripciones legales para que el recurso sea admisible, conforme lo dispuesto por el artículo 242 del C.P.P.

En tal dirección cabe considerar que el escrito fue presentado en término, por ante la Oficina Judicial respectiva, por quien se encuentra legitimado para ello; tratándose de una sentencia definitiva y por ende de una decisión impugnabile en los términos de los arts. 233, 236 y 239 del rito.

De igual modo, la impugnación resulta autosuficiente por cuanto del escrito presentado y de lo debatido en la audiencia celebrada (art. 245 del CPP), fue posible conocer cómo se configuran los motivos de impugnación aducidos y la solución final que propone.

Por lo expuesto, considero que el recurso de impugnación deducido debe ser declarado formalmente admisible.

El **Dr. Héctor Rimaro**, dijo: que adhiere al voto del Dr. Cabral, por compartir la respuesta que propone a esta primera cuestión.

El **Dr. Fernando Zvilling**, expresó: que comparte la decisión adoptada por el vocal del primer voto

en relación a la admisibilidad de la vía recursiva.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

El Dr. Alejandro Cabral, dijo:

1º) Violación al deber de motivar: En primer lugar, el defensor entiende que existen inconsistencias en el relato que no fueron abordadas por los jueces de la mayoría.

En lo que hace a las fechas en que pudo ocurrir el hecho, dice el defensor que en el mes de abril de 2012, sólo coincidieron el imputado y la menor en la escuela, el día 23 de abril de 2012. Explica que según Varessio es imposible situar a M. en la escena relatada en función *"a que el contexto temporo espacial difiere de manera absoluta con lo relatado"*, mientras que Piana dice *"si bien reducen su margen de producción, no lo excluyen, solo lo acotan a un lapso menor pero no resultan conclusivos en cuanto a la imposibilidad que existiera el contacto entre víctima y victimario"*, considerando la defensa que esta es una afirmación dogmática.

Otra cuestión que también considera la defensa es una inconsistencia en el relato, es que la menor dijo en un principio a su psicóloga que el tocamiento había

sido sobre la ropa, para luego decir en la Cámara Gesell que lo fue por debajo de la ropa.

Por otra parte, entiende que lo relatado por la menor no se corresponde con que hubiera música porque era la última hora y no el recreo. Que en la última hora no se colocaba música.

Por último refiere otra inconsistencia en el relato, consistente en que en un primer momento dijo la niña que el hecho había sido cuando se encontraba en tercer grado, para luego decir que lo fue en sexto grado.

Entiendo que a diferencia de lo que expresa el defensor, el fallo no se sustenta en afirmaciones dogmáticas. Ello así, por cuanto los jueces no sólo sustentan su fallo en lo que cita el defensor en su escrito impugnatorio, sino en lo dicho por la menor, que se aduna con lo que dijeron los otros profesionales intervinientes, cinco en total y que tanto el voto del Dr. Piana como el Dr. Rodríguez Gómez, desgranar y valoran acabadamente.

Es así que el Dr. Piana transcribe lo que dice la menor: *"Cuenta que iba a la escuela ... en ..., con un profesor de educación física, llamado S. M., cuando estaba en 6to grado, le pidió que lo*

ayudara a llevar una cosa al depósito de educación física, tenían 2 veces por semana, nunca antes había pasado nada, era un profesor normal, le pidió que lo ayude a llevar un tarro con pelotas que había que guardar en una habitación chiquita al costado de los baños, lo llevaban ella y el profe juntos, uno de cada lado, al entrar ahí al fondo del cuarto, antes de salir cierra la puerta y trata de tocarla, no se dejó, serían 4 o 5 minutos, hasta que pudo salir, le dijo que no dijera nada, salió se fue al baño, se sentía rara y no decía nada, pasó solo una vez. Quiso olvidarlo, no quería contar nada, su madre sospechaba porque no quería ir los días de educación física, le preguntaba sino le habían hecho nada, ella lo negaba. Llegó a tocarle la cola, aclaró la vagina, ella tenía puesto un joggin de pantalón que el profesor le bajó, dice que gritó pero como la maestra de música pone música muy fuerte no se escuchó, la dicente siempre quiso bloquear lo ocurrido. Efectúa un gráfico explicando la disposición de la habitación donde la habría atacado el imputado. Refiere que estaba apoyada de espalda como sentada en la pared, no vio ninguna parte de su cuerpo, solo la tocaba con las manos, la dicente quería salir, estaba desesperada, se sentía rara, fue al baño, trató de tranquilizarse, se fue con sus compañeras, relata

que no le dolió en esa parte de su cuerpo, no sintió que la hubiera lastimado. Siempre había sido bueno, le decía "Profe S.", desde abril que pasó todo hasta que sus papás se dieron cuenta pasaron entre 2 y 3 meses, en esos meses lo volvió a ver y nunca le dijo nada, la dicente tenía miedo. Nunca le pasó algo así con otra persona. Sentía mucha vergüenza y pensaba que si no contaba nada en algún momento se iba a olvidar. Describe al imputado, que es alto de pelo negro con barba, como profesor era malo, se alteraba con los chicos, a algunos compañeros que eran molestos o rebeldes, les tiraba cosas. Describe el lugar donde estaban en la escuela, los baños, la habitación, como está ubicado. Era la primera vez que el imputado le pedía a la dicente que lo ayudara, aunque siempre lo hacía con los otros alumnos. Nunca hubo un trato distinto con la deponente por parte del imputado. **Aclara que con una mano la tocaba y con la otra la agarraba. Repreguntada aclara que le bajó el pantalón y la bombacha la bajó de un lado y del otro no, aclara que la tocó por debajo de la bombacha".**

Luego de ello dice que la declaración de la menor: "... se consolida en el análisis que de la misma hace la Lic. Díaz, quien interviniera en esta, y que con contundencia nos hablara de la credibilidad del relato de

la menor, sin indicadores de fabulación, sin quiebres, coherente, con logicidad, coherencia, gestualidad, sin alteraciones cognitivas, relato claro, considerando secuencia y progresividad del suceso, con marcas en el antes, durante y después, con detalles del suceso y de la escena, con gran consistencia y consonancia con lo gestual sin agregar ni quitar nada a su recuerdo, nada fue indicativo de fabulación o recreación de situaciones, prolija incluso al expresar sus emociones, angustia permanente al relatar lo sucedido, el evento es consonante con lo que expresa la menor, hay un retraimiento, traga, evita contar, da vueltas, prefiere que le pregunten, es lo normal de este tipo de escenarios, considera que tendrá dificultades para superar lo sucedido. El temor es propio de un niño menor de edad, hay reacción de repliegue y de huida. Respecto a contradicciones, se despejan por la Lic. al aclarar que no advirtió contradicciones en la niña, si hay situaciones esperables con su edad que no se producen, relacionadas con sus características personales".

A ello, se suma lo que describen los jueces diciendo que la niña "describe la oportunidad y modalidad del ataque sufrido, colocando a M. de manera unívoca como autor del mismo".

También los votos mayoritarios describen la corroboración periférica: que no quería ir a la escuela, principalmente a la clase de educación física, que no quería salir de su habitación, que comienza a perder el control de esfínteres, que cambiaba el despertador, tal como lo describe el voto del Dr. Piana al decir "*que los días de clase con este docente no quería concurrir, se rasguñaba, se orinaba, cambiaba los horarios de los relojes, no entendía muy bien lo que había pasado, que se encerraba en la habitación y que en gabinete advierten coincidencia con vivencia traumática, rebelde, encerrarse en la habitación, agresión, niña que había sido muy tranquila y que ahora estaba muy rebelde y agresiva con sintomatología que coincidía con posibles situaciones de abuso*".

También la menor dijo que ella no quería ir a la escuela los días de educación física porque tenía miedo de cruzarse con el profesor. Que a él lo había visto después del hecho y no le dijo nada, que eso aún le daba más miedo. Lo que a su vez, es corroborado por la Lic. Ortíz, quien refiere que el espacio escolar se había convertido para ella en un lugar peligroso y amenazante, pudiendo advertir signos de aislamiento.

También se refieren los jueces a lo expresado por Lic. Geldres, que era una niña muy introvertida, sumisa, de aparente menor edad, quien le relató lo que le ocurrió, en la actividad de gimnasia, cuando llevaba los elementos para guardar. Que el profesor de gimnasia la arrincona, cierra la puerta, que le introduce su mano y le toca en la vagina. Que se quedó inmóvil, recuerda que la menor en principio eligió el silencio, bloqueo emocional, advierte un trastorno post traumático claro, con regresión, inmadurez, encierro, comportamiento agresivo, incluso mudez, ataques de pánico, todo asociado con lo escolar. Sin signos de fabulación o de influencia de sus padres en su relato.

Pero no sólo esto, al haberse acreditado que efectivamente el día 23 de abril coincidieron tanto la niña como el profesor en la clase de educación física, lo dicho por la menor -adunado a la expresa coincidencia del resto de los profesionales intervinientes sobre la existencia de indicadores concretos que dan credibilidad al relato-, le dan sustento a la conclusión que arriban los Dres. Piana y Rodríguez Gómez, y que fundan acabadamente en que el hecho se haya acotado en el tiempo a dicha fecha, no lo desacredita, sino que por el contrario tales elementos

terminan por confirmar la existencia misma del hecho.

En cuanto a la segunda contradicción referida a los tocamientos, la misma S. da una explicación más que lógica diciendo que al darle vergüenza tener que contarle esto a la psicóloga, le dijo que el tocamiento era por encima de la ropa, pero en realidad fue por debajo de ella. Agrega la menor *"unos meses atrás no lo hubiera podido decir"* *"No se lo conté a nadie. Quise olvidarlo"*. Recién lo puede contar después del tratamiento psicológico, todo lo cual se corresponde con lo explicado por la Lic. Geldres y Ortiz, sobre la timidez, aislamiento, vergüenza. Lo mismo sucede con la circunstancia de mencionar en un principio que el hecho había sido en tercer grado, como manera de olvidarlo y que no se le diera importancia. De querer evitar una denuncia y restarle importancia.

La circunstancia de que la menor, haya dicho en un primer momento que el tocamiento fue por encima de la ropa en vez de por debajo, tal como lo dijo a la hora de declarar en la Cámara Gesell al igual de que había sido en tercer grado, no invalida su testimonio si existen otros elementos que pueden corroborar la credibilidad del mismo. Es sumamente común que los menores de edad, en los delitos

que afectan la integridad sexual -ya sea por sentirse culpables, por cuestiones de pudor, o de vergüenza-, no digan absolutamente todo lo que les sucedió. Que limiten su relato a lo que consideren más importante y menos vergonzoso de contar, evitando entrar en detalles o en muchas ocasiones disminuyendo la entidad del ataque, pero ello de ninguna manera anula todo el resto del relato, lo gestual, lo corporal, lo emotivo, y toda la prueba periférica, como los informes psicológicos, las explicaciones dadas por ella misma, otros testigos expertos o de oídas, etc.

A igual conclusión que la precedentemente expuesta arriban los jueces, quienes lo expresan de esta manera: *"Esta discordancia a mi entender no adquiere entidad exculpante alguna, pudiendo obedecer la misma a simple temor o negación de la menor atacada, reticencia y retraimiento a finalmente exponer su relato por todos los motivos señalados por las profesionales intervinientes: vergüenza, miedo, retraimiento, negación"*

También los jueces se refieren al testimonio de la Lic. Errecart, quien refiere que la menor no quería salir de su casa, que tuvo que ir hasta allí a verla, que luego de lograr cierta empatía, mejorar su sueño

y alimentación, le pudo relatar que el profesor de gimnasia luego de la clase le tocó la vagina. Que tenía todos los síntomas de abuso, que no quería ver al profesor. Que en su relato no había signos de fabulación, ni de abuso intrafamiliar. Mencionan el testimonio de K... del Servicio Social de la línea 102 del Hospital Castro Rendón, la que pudo visualizar una *"niña tímida, vergonzosa, le cuenta que no estaba asistiendo a la escuela, **no quería hablar pero que era algo que le había pasado en la escuela que le causaba mucha conmoción, y que no quería hablar de los que le había pasado, ante esto sugieren realización de terapia** para que pudiese expresarse la menor, reitera los dichos de la madre que los días de clase con este docente no quería concurrir, se rasguñaba, se orinaba, cambiaba los horarios de los relojes, no entendía muy bien lo que había pasado, que se encerraba en la habitación y que en gabinete advierten coincidencia con vivencia traumática"*.

En cuanto a si existía música o no, cuando ocurrió el hecho, tampoco tiene la trascendencia que pretende darle el defensor. Puede que haya existido o no, que haya gritado o no tanto, lo cierto es que independientemente de si el grito fue fuerte o no, la agarró desprevenida y quedó casi paralizada, tal como surge

del propio relato y lo explicado por la Lic. Geldres al expresar "el profesor cerró la puerta la arrinconó, le introdujo su mano y le toco la vagina, le dijo que no diga nada. Quedó inmobilizada, él se retiró. No lo podía contar".

Los jueces valoran tal circunstancia y expresan: "Si bien la Defensa, trató con esfuerzo, habilidad y lucidez, encontrar contradicciones, como los espacios en donde habría sido abusada, si la tocó por debajo o por encima de la ropa, si salió ella primero o el profesor o, si había música en el recreo, estas situaciones, ponderadas en el voto en disidencia, no opacan la contundente prueba de cargo. Los abusos sexuales, sobre todo cuando las víctimas son niñas o adolescentes, siempre dejan huellas, aún cuando son simples, como el caso que nos ocupa, y en S., fueron evidentes, para la familia, los docentes y los expertos. Con el mismo cuidado fue acreditada la autoría, que por temor y vergüenza, tardo en develar".

Todo lo expuesto, da cuenta que los Juzgadores no se limitaron a reproducir los testimonios recibidos en el juicio, sino que efectuaron una valoración de todos y cada uno de ellos, para luego arribar a una

conclusión en conjunto con una adecuada ilación de todas la pruebas, conforme la sana crítica racional, considerando que tales aparentes contradicciones en el relato, analizando la totalidad de la prueba reunida, no desvirtuaban lo esencial y sustancial de lo expresado por la menor.

Finalmente, aunque no lo funda concretamente, expresa que existe una duda razonable que lo favorece y que no se exploraron hipótesis alternativas. En función de todo lo expuesto, queda claro que para los jueces no existe una duda razonable y, en cuanto a las hipótesis alternativas, en un principio se pensó que el hecho podría tener que ver con alguna cuestión intrafamiliar que luego del tratamiento psicológico y de lo expresado por la menor, se descartó absolutamente, cuestión esta que también quedó claro en la sentencia. Concretamente citan lo expresado por la Lic. Díaz y lo dicho por Errecart: *"A lo largo de todo el tratamiento no advirtió indicadores de fabulación ni de abuso intrafamiliar, de lo que expresamente se ocupó de evaluar. No advirtió ningún tipo de desplazamiento de foco conflictivo, vio una familia consolidada, con gran participación incluso de la familia extensa"*.

Por todo lo expuesto, y en concordancia con la prueba reunida, considero que los votos de la mayoría fundan acabadamente y con razones suficientes, el por qué de la credibilidad del relato, su correlato con otras probanzas y la responsabilidad que le cupo al imputado en el hecho.

2º) En cuanto a la sentencia de pena: a) Cuestiona que no se hayan efectuado votos individuales, violando lo dispuesto por el art. 193 del CPP. b) Refiere que los jueces valoraron doblemente la condición de docente porque agravaron la conducta por haber sido cometido el hecho en la escuela, que a su criterio ya estaba contenido en la agravante. c) Que también impusieron más del mínimo por considerar que se aprovecharon de la vulnerabilidad de la víctima, en relación a sus compañeros. d) Que no fundaron los jueces la necesidad de una pena de cumplimiento efectivo, cuando es una persona sin antecedentes. Que de haber existido el hecho, fue fugaz.

En relación al voto individual habré de reiterar lo que he expresado en mi voto en el legajo N° **MPFNQ 15.929 "A., M. E. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL"** en el sentido *"que la defensa no expresó de qué manera le afectaba tal omisión. Tampoco explicó qué*

garantía se encontraba violentada. Siendo allí, considero que la "nulidad por la nulidad misma" no puede prosperar.

Cabe destacar que en el presente caso, hubo una decisión unánime y la parte no ha explicado en qué fue afectado su derecho de defensa o debido proceso al no haberse individualizado los votos, cuando la sentencia fue dictada por unanimidad. Distinto hubiera sido el caso si existiera una disidencia, porque allí la parte tendría derecho a saber concretamente por qué el último de los votantes adhería al primero o al segundo de los votos.

Nada de ello ha sucedido y la cuestión se torna en algo absolutamente formal, que no modifica en nada la cuestión.

Por tal razón, en el entendimiento que la nulidad planteada, es una nulidad por la nulidad misma, considero que no corresponde hacer lugar a dicho planteo".

Si bien el defensor refiere que no surge si ha existido discusión, lo cierto es que existiendo un voto unánime, tampoco lo hubiera podido conocer -a menos que alguno de los jueces hubiera querido agregar algo al voto de la mayoría-, por tal razón considero que debe desestimarse este planteo.

b) Lugar en que ocurrió el hecho (la

escuela): Entiendo que tal ponderación para establecer el monto de la pena a imponer, no se corresponde con la agravante prevista por el art. 119 párrafo cuarto inc. b) del CP "encargado de la educación". Cómo bien lo señaló la Defensora del Niño y del Adolescente, si fuera como lo plantea el defensor el mismo artículo no podría agravar la conducta por la condición de padre y en otro inciso agravar "por el aprovechamiento de la convivencia preexistente". Es evidente que el lugar agrava la situación porque el hecho que fuera su profesor, nada tiene que ver con que además estaba en la escuela, donde la niña iba a estudiar y se encontraba a su cuidado y responsabilidad, al momento de ocurrir el suceso. Tan es así que tuvo que dejar dicha escuela "que era su mundo" "el lugar donde se sentía segura". Los jueces lo expresan así: "La personalidad particular de la víctima, conocida por M., que era su docente, y que predicó la Querella al afirmar que "su mundo era el colegio", evidentemente determinó que la agresión, en ese ámbito y para esa niña, provocara un daño..." y luego agregan, "El lugar en que se produce el ataque, que no es parte de tipo, como cuestiona la defensa y si un agravante más, dada las circunstancias particulares del caso que establecen la diferencia entre educador y lugar donde

practica esa la formación".

En función de ello, entiendo que este agravio tampoco debe ser acogido.

c) Vulnerabilidad de la víctima: Los jueces en realidad hablan del daño ocasionado, máxime en función de su personalidad. También agravan la conducta porque se aprovechó de su vulnerabilidad

Así se expresan: *"se debe tener en cuenta la extensión del daño causado, en el que las partes acusadoras (Querellas y Fiscalía), han centrado más detallada e intensamente sus alegatos. Ya en la primera parte del juicio, se había ponderado esta circunstancia, como un dato determinante a la hora de develar el abuso y acreditar su existencia..., detallado, no solo por su madre (a la que la defensa tildó de exagerada), sino por las dos terapeutas que la asisten: pánico, vergüenza, marcado deterioro académico, retraso madurativo y desconfianza a los mayores".*

A todo ello agregan los jueces que el imputado pretendió obtener impunidad *"...al sorprender, asustar y amenazar a una niña con mayor fragilidad que otras de la misma edad, por su estado vulnerabilidad, conocido por su educador".* Ello lo dicen los jueces en

función de lo declarado por la Lic. Geldres, quien había dicho que tenía "*una personalidad introvertida, aparentaba tener siete años y tenía trece, habla poco, era sumamente introvertida*". La misma menor lo dijo en la Cámara Gesell al expresar que parecía de siete años, todo lo cual hace que haya tenido menores posibilidades de resistir el ataque, tal cual lo expresaron los jueces.

En función de ello, entiendo que este agravio debe ser desestimado.

d) Por último, habiéndose desestimado los agravios relativos a los agravantes, entiendo que la pena mínima que pretendía el defensor no puede imponerse. En función de ello, y toda vez que una pena superior a los tres años no puede imponerse de manera condicional, es que considero que el último agravio debe desestimarse.

Por todo ello, soy de la opinión que corresponde confirmar las sentencias de responsabilidad y de pena, en todas sus partes.

El **Dr. Héctor Rimaro**, expresó: Por compartir los argumentos y conclusiones a las que arriba el Dr. Cabral, me pronuncio en igual sentido.

El **Dr. Fernando Zvilling**, manifestó:

Comparto los argumentos y conclusiones a

las que arriba el Juez del primer voto, y me expido en el mismo sentido. Sin perjuicio de ello me permito señalar que el Dr. Ricardo Mendaña se basa en el voto del Dr. Daniel Varessio -en minoría-, para apoyar su posición. Luego de efectuar algunas consideraciones sobre las corrientes analíticas y holísticas, señala que el primer método es el mejor. Y es, en su criterio, el empleado por el Juez de la minoría.

Sobre esto quiero detenerme brevemente. Más allá de las discusiones sobre los distintos métodos de justificación probatoria, lo cierto es que el voto en minoría, que postulara la absolución, en realidad no sigue ninguno de los métodos señalados, y mucho menos por cierto, algunas de las variantes de integración de ambos. Lo cierto es que centra su análisis en un tema puntual, desconociendo la integración explicativa de las pruebas.

Así, sostuvo que "La presentación del caso sujeto a juzgamiento efectuada por las partes acusadoras en la apertura de la audiencia, no ha sido legal y debidamente acreditada en el caso concreto ya que las proposiciones fácticas presentadas se sostuvieron en una evidencia errónea a mi juicio frente al personal y contundente despliegue defensivo lo que me generó duda". Y

que "Las falencias probatorias apuntadas generan dudas, ello sumado a la necesidad del estado convictivo de certeza, que despeje toda duda razonable, considero que el caso debe resolverse a favor del imputado. Pues debe generarse un estado psicológico respecto de la prueba que supere la vigencia del principio in dubio pro reo, derivado del estado de inocencia".

Lo expuesto da cuenta que respecto del método adoptó una posición psicologista basada en la duda "como estado psicológico". Y esto se basó fundamentalmente en el tema puntual del recreo o de la finalización del horario de clases, como fue señalado en el primer voto. Incluso, confusamente señaló que "no es lo mismo el estándar probatorio exigido para un hecho con fecha indeterminada que a uno con fecha precisa de día y hora". Es claro que el estándar probatorio "siempre" es el mismo; en todo caso, lo que puede suceder es que se satisfaga o no, pero sobre la base del análisis de la totalidad de las evidencias.

Pero, de este modo desconoció, contrariamente a los votos mayoritarios, el resto de las pruebas que respaldan el relato de la menor. Por supuesto que existen casos en los que sólo una prueba puede hacer

caer la hipótesis acusatoria, pero este no es el caso. El Dr. Mario Rodríguez Gómez, correctamente resumió un conjunto de pruebas inclusivas a esa hipótesis que ya habían sido analizadas por el Dr. Piana. El rendimiento escolar de la menor, la negativa a concurrir a la escuela, no quería ser revisada por los médicos, el modo de develamiento del hecho y el autor, el que no fue inducido por la madre, y mucho menos hacia una persona determinada, quien ni siquiera descartó un posible abuso intrafamiliar. Que la madre de la joven ni siquiera conocía a M..

Y no es menor la información aportada por dos especialistas, como son las Licenciadas Díaz y Ortiz. La primera descartó "inducción" y explicó las razones de algunos cambios en el relato, vinculado con mecanismos psicológicos de defensa. Incluso, la brindó una explicación sobre las criticadas variaciones en el relato, las que ni siquiera fueron consideradas. En tanto, la Licenciada Ortiz, quien aplicó técnicas proyectivas, descartando una explicación alternativa.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

El Dr. Alejandro Cabral, dijo:

Con fundamento en que el ejercicio del

derecho constitucional a una revisión amplia e integral de la sentencia de condena, no puede verse cercenado ante la amenaza o el temor de tener que afrontar el eventual pago de las costas procesales en caso de que el recurso sea rechazado, es que encuentro razón suficiente para eximir de costas al impugnante en esta instancia (arts. 268 y 270 a *contrario sensu* del CPP).

El **Dr. Héctor Rimaro**, expresó: Que adhiere a lo resuelto sobre las costas.

El **Dr. Fernando Zvilling**, manifestó: Que comparte los fundamentos expuestos en relación a la eximición de costas.

Por todo lo expuesto, el Tribunal de Impugnación, por unanimidad,

RESUELVE:

I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL de la impugnación deducida por la defensa de S. L. F. M. (arts. 233, 236 y 239 del CPP).

II.- RECHAZAR todos los agravios esgrimidos, confirmando la sentencia de responsabilidad y de pena en todas sus partes.

III.- Sin costas en esta instancia (art. 268 CPP).

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

ALEJANDRO CABRAL
Juez

HECTOR RIMARO
Juez

FERNANDO ZVILLING
Juez

Reg. Sentencia N° 100 T° VIII Fs. 1426/1445 Año 2016.-