

SENTENCIA N° 14/2017. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los 3 días del mes de Marzo de dos mil diecisiete, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación Provincial conformada por los Sres. Jueces Federico Sommer, Alejandro Cabral y Héctor Rimaro, presididos por el primero los nombrados en **Legajo N° 15.914/2015**, identificado como **"B., J. A. S/ ABUSO SEXUAL"**, que le es seguido a **J. A. B.**, titular del DNI, en orden al delito de abuso sexual simple agravado por su condición de encargado de educación cometido en calidad de autor (arts. 45, 119 primer párrafo y cuarto párrafo inciso b) del Código Penal).

ANTECEDENTES: **I.-** Por sentencia dictada el día 14 del mes octubre de 2016, el Tribunal de Juicio del Colegio de Jueces del Interior de la Provincia del Neuquén compuesto por la Dra. Bibiana Ojeda y la Dra. Beatriz Martínez, con un voto en disidencia de la Dra. Carolina González, declaró por mayoría a **J. A. B.** DNI N°, de demás datos referidos en el legajo, como autor penalmente responsable del delito de **ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR SU CONDICIÓN DE ENCARGADO DE LA EDUCACIÓN EN CALIDAD DE AUTOR** Arts. 119 1° y último párrafo, en función del Inc. "b" del cuarto párrafo y 45 del C.P., cometido el 16 de Junio del 2015 en el de la Ciudad de, en el horario de dictado de clase de entre la 10:30 y 12:45 hs., En su calidad de y en perjuicio de la menor G. I. P. de 16 años de edad.

Contra la sentencia condenatoria dictada, la defensa particular del acusado, a cargo de los Dres. RUBÉN WALTER BORTOLATTO y MARÍA EMILIA BORTOLATTO, dedujo recurso de

impugnación ordinaria conforme lo previsto en los artículos 242, 243 y siguientes del ordenamiento adjetivo (Ley 2784).

Por tal motivo, se celebró la audiencia fijada en el art. 245 del C.P.P.N el día 15 de Febrero de dos mil dieciséis en la ciudad de Zapala, asistiendo en carácter de impugnantes los referidos letrados, en representación del Ministerio Público Fiscal, la Dra. Laura Pizzipaulo y como querrela por la Defensoría del Niño y Adolescente, la Dra. Natalia Díaz.

II.- La citada defensa particular del acusado sostuvo la admisibilidad formal del recurso interpuesto, lo que no fue objeto de réplica ni de observaciones por las partes acusadoras. Seguidamente, la parte impugnante fundamentó la cuestión de fondo y desarrolló los agravios que el resolutorio en crisis le acarrea, en concordancia con lo esgrimido en su escrito recursivo.

En primer término, sostuvieron los letrados actuantes que la sentencia dictada adolece de falta de motivación ya que el contenido del mismo resultaría divergente de las pruebas rendidas en el debate, al distorsionar arbitrariamente el contenido de la prueba existente, agregando o suponiendo determinados aspectos, lo cual la convierte en una sentencia ilegítima y arbitraria, que afecta de lleno las garantías de defensa en juicio de nuestro pupilo.

En particular, postula que se ha tergiversado el testimonio de A.... G... -única testigo presencial del hecho- y que dicha prueba distorsionada ha sido decisiva y determinó una fijación fáctica errónea que ha sido relevante para llegar a una conclusión condenatoria y ha influido de

Poder Judicial de la Provincia del Neuquén - Tribunal de Impugnación Provincial

modo negativo en la correcta aplicación de una norma jurídica. Agregan que de la transcripción de los testimonios se vislumbra una alteración sustancial de su contenido con relación a lo que efectivamente aconteció en el debate.

Indican y puntualizan una tergiversada referencia del testimonio de la presunta víctima, refiriendo lo que consignó la mayoría del Tribunal de Juicio en el decisorio en crisis, en oposición con las partes del citado testimonio prestado en juicio, indicando el Video y minuto de aquella deposición. En particular, destacan que mientras la sentencia de responsabilidad refiere que *"el profesor B. se acercó hacia ella preguntándole cual era la duda, a la vez que ponía su mano izquierda sobre su pierna con la cual comenzó a acariciarla y la deslizaba hacia su vagina impidiéndoselo antes de llegar a tocarle dicha parte debido a que la menor le sacó la mano, y en ésta instancia de su relato, sin vacilación alguna, afirma y señala con su mano el recorrido efectuado por B., mediante el gesto de deslizar su mano por la parte interior del muslo izquierdo hasta su vagina, sin tocarla..."* (Párrafo 3ero. del Acápite "Sobre la Materialidad del hecho, la Autoría y Responsabilidad de los considerandos), de la audiencia de juicio resulta que la presunta víctima sostiene que el presunto hecho se habría cometido con la mano derecha y que nunca señaló con su mano un recorrido que dé cuenta que B. la haya acariciado (Conf. Videograbación minuto 23, parte 1, juicio DIA 1). Agregan que la mayoría del Tribunal omitió considerar un dato relevante y es que la víctima refirió que B. le dio clases desde Febrero hasta junio del año 2015, cuando B. recién empezó a dar clases desde el 20 de Mayo del 2015 -extremo reconocido en audiencia por la parte acusadora

en la audiencia de impugnación-, lo que fuera advertido y ponderado por la Juez de la minoría (Dra. Carolina González).

Asimismo, destacan que mientras G. P. dio cuenta en audiencia que tuvo problemas con sus compañeros de colegio que declararon en el juicio, porque le requirieron que le abone el pasaje desde a "porque el profesor no le había hecho nada...", la sentencia expone que "incluso negativamente podríamos señalar a los compañeros del curso pues ninguno le reprochó a la joven la falsedad o exageración de sus sentimientos respecto a la conducta del profesor, sino que simplemente requirieron el pago del pasaje para presentarse al juicio..."(voto de la Dra. Ojeda, párrafo N° 8).

En segundo término, formulan una crítica a la valoración del testimonio de la adolescente A... G... en vista que mientras la sentencia afirma que aquella sostuvo que el acusado "apoyó su mano en la pierna de G., cerca de la vagina de su amiga y ella le sacó la mano en forma inmediata y el Profesor siguió explicando como si nada", el relato de la misma en audiencia jamás refirió las frases consignadas sino que habría sostenido que puso su rodilla en el piso y apoyo su mano en la pierna como para apoyarse y nunca dijo cerca de la vagina de G.. Nuevamente, indica el voto de la minoría que propiciara absolución de su pupilo procesal.

En suma, con base en estas circunstancias y también la arbitraria tergiversación del Tribunal con relación a la declaración del imputado, se agravian por la falta de motivación de la sentencia.

A su turno, cuestionan los fundamentos vertidos por la mayoría para concluir en la connotación sexual del hecho objeto de reproche, al sostener que se sustenta en una circunstancia fáctica que ni siquiera la víctima reseña -deslizar la mano por la cara interna del muslo- y una arbitraria valoración de la prueba pericial rendida por el Licenciado Colazzo.

Agregan finalmente, una crítica respecto de la valoración del testimonio de A... P... -padre de la víctima-, de los testigos de descargo en calidad de alumnos -E... R... C..., J... P... C..., M... M... y M... R...- y de profesores o directivos -J... B..., M... S... F... D... y M... G...).

Finalmente, agregan que si bien habría existido un tocamiento que no recayó sobre una zona erógena o pudenda, se tendría que haber probado un fin libidinoso del tocamiento, y para probar ello se tendría que haber recurrido al contexto en el que se dio el acto.

Por lo expuesto, solicita se revoque la sentencia condenatoria y se resuelva la absolución.

III.- A su turno, el representante del Ministerio Público Fiscal y la querrela oficial brindan respuesta a los agravios invocados. En definitiva, entienden que los planteos realizados por la defensa no deben ser acogidos, que la impugnación sea rechazada y confirmada en todos sus términos la sentencia de responsabilidad, que es la que ha sido impugnada por satisfacer la totalidad de los requisitos establecidos por el art. 194 del ritual.

Por último, la Defensa contradice y refuta lo indicado en ejercicio del derecho a la última palabra.

Conferida la última palabra al imputado **J. A. B.**, solo refiere que esto le trajo muchos problemas familiares y laborales.

Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse el **Dr. Federico Sommer**, el **Dr. Héctor Rimaro**, y **Alejandro Cabral**. Cumplido el proceso deliberativo que emerge de los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria del Digesto Adjetivo, se ponen a consideración las siguientes cuestiones.

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso de impugnación ordinaria interpuesto?.

El **Dr. Federico Sommer** dijo: además de la conformidad fiscal y de la querrela oficial, de un control oficioso de este Tribunal revisor se concluye que la presente impugnación ordinaria resulta formalmente admisible y corresponde su tratamiento. En tal dirección cabe considerar que el escrito impugnativo fue presentado en término, por ante la Oficina Judicial de la III Circunscripción Judicial, 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 241 de rito.

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

El **Dr. Héctor Rimaro** manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Alejandro Cabral** expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

El **Dr. Federico Sommer** dijo: El caso que nos ocupa presenta aristas muy particulares, ya que abrevando el tema a decidir, el agravio del recurrente postula que la mayoría del Tribunal de Juicio -Conformado por las Dras. Ojeda y -Martinez- ha tergiversado y adicionado información por parte de la víctima y de la única testigo presencial del hecho, y de esta manera, ha mutado los hechos. Debo agregar, que se advierte una sustancial discrepancia en la pieza sentencial objeto de crítica, entre quienes conformaron la mayoría y quien disintiera con la responsabilidad del acusado. Asimismo, ante las preguntas formuladas por el suscripto sobre tal divergencia sobre la información que aportaran sobre aquellos dos testimonios en que se sustenta la condena, los litigantes esbozaron que era necesario recurrir a la observación de la videograbación.

De la audiencia de impugnación celebrada surgió más que la normal existencia de hipótesis enfrentadas entre acusación y defensa o discusión sobre la validez del relato de una víctima de un delito contra la integridad sexual como base de la sentencia de condena, la existencia de una interpretación totalmente opuesta sobre el contenido de la prueba de cargo rendida.

A fin de adentrarnos minuciosamente a inaugurar este orden de votación, habré de recordar que el quejoso fue condenado y hallado responsable por mayoría, al atribuirle la sentencia que *"el día martes 16 de junio de 2015 en*

de la localidad de, en el curso de, en el horario de materia y de la -.....- comprendido entre las 10:30 y 12:45 hs aproximadamente, el profesor J. A. B., aprovechándose de su relación de preeminencia, en forma sorpresiva y sin consentimiento, abuso sexualmente a G. I. P., realizando tocamientos inverecundos sobre su cuerpo al acariciar la pierna desde la rodilla hacia arriba, llevando su mano hasta la vagina, ante esta situación la niña sacó la mano en forma inmediata, prescindiendo la conducta de la voluntad de la víctima, reduciéndola a un simple objeto del acto de tocamiento. Con ello ha afectado la libertad de determinación de la víctima para aceptar o rechazar una acción de significado sexual sobre su cuerpo".

Tal como anticipara en la referencia a los agravios invocados, no surge como un hecho relevante siquiera lo relacionado con la validez del relato de la denunciante, sino que nos encontramos ante una instancia anterior de divergencia, dado por el contenido de ese relato de la víctima y testigo de cargo en juicio. A fin de dar respuesta a la presente crítica, se observó mediante el sistema CICERO la videofilmación de los citados testimonios -que también fuera desarrollo ante las mismas partes litigantes que intervienen en esta instancia de impugnación ordinaria- y luego de tal faena, es dable anticipar que el agravio tendrá respuesta favorable. Y, en una suerte de nueva intermediación - principio que suele no presentarse en la instancia de impugnación- en vista de la videofilmación del testimonio, debo coincidir con el recurrente en que existe un sustancial desacople entre la versión de la víctima en audiencia y lo

sostenido en el resolutorio por el juzgador, y referir que la indicación de los minutos formulados por el recurrente y las que habré de realizar se fundan en la distinta fuente de consulta de aquellos relatos videofilmados.

Ahora bien, asiste razón a la defensa particular interviniente en cuanto resulta desacertada la afirmación del juez preopinante al postular que la víctima sostuvo que *"una vez que fue llamado para que les explicara algo referente a la materia que estaba dictando, el profesor B. se acercó hacia ella preguntándole cual era la duda, a la vez que ponía su mano izquierda sobre su pierna con la cual comenzó a acariciarla y la deslizaba hacia su vagina impidiéndoselo antes de llegar a tocarle dicha parte debido a que la menor le sacó la mano, y en ésta instancia de su relato, sin vacilación alguna, afirma y señala con su mano el recorrido efectuado por B., mediante el gesto de deslizar su mano por la parte interior del muslo izquierdo hasta su vagina, sin tocarla..."* (Párrafo 3ero. del Acápite *"Sobre la Materialidad del hecho, la Autoría y Responsabilidad de los considerandos*). Por su parte, del testimonio de la víctima se advierte que el presunto hecho se habría cometido con la mano derecha y que nunca ella señaló o realizo ademán alguno con su mano respecto de un recorrido. En tan sentido, postula que se *"agacho y puso su mano en mi pierna y empezó a acariciarme mi pierna acercándose a mi vagina y yo le saque la mano inmediatamente para evitar que me toque"* (Videograbación Juicio, Cicero minuto 18.04 a 18-18). Agregó a preguntas del Ministerio Fiscal que tocó su pierna izquierda con la mano derecha (Videograbación Juicio, Cicero minuto 22.17 a 23.45). Tampoco existe un desacople entre la intervención del restante docente en el aula

(Videograbación Juicio, Cicero minuto 34.32 a 34.45) y la confusión del Tribunal sobre su calidad de alumno en oportunidad del hecho objeto de juzgamiento.

A esta manifiesta contradicción entre lo relatado por aquella y lo transcripto por el resolutorio en crisis para intentar motivar la sentencia condenatoria, también debo agregar que mientras *G. P. da cuenta que tuvo problemas con sus compañeros porque los mismos querían que ella les "...abone el pasaje para venir a ... a declarar y que el profesor no le había hecho nada..."* (Videograbación Juicio, Cicero minuto 28.10 de su declaración); la sentencia erróneamente indica que *"ninguno le reprochó a la joven la falsedad o exageración de sus sentimientos respecto a la conducta del profesor, sino que simplemente requirieron el pago del pasaje para presentarse al juicio..."*.

De igual forma tergiversaron el testimonio de la adolescente *A. G. -testigo presencial del hecho-*, cuando el tribunal expresa que *A. G. refiere en audiencia que: "Ella lo llamó al Profesor, se agachó para ver la computadora, puso una rodilla en el piso y apoyó su mano en la pierna de G., cerca de la vagina de su amiga y ella le sacó la mano en forma inmediata y el Profesor siguió explicando como si nada. En otro tramo de su deposición agregó que "se agachó y puso una rodilla en el piso y se apoyó en la pierna izquierda de G. yo la jodía porque lo tomaba como chiste y le toqué la pierna como lo hacía el profesor";* mientras que ella en su declaración no refirió la palabra muslo o cara interna de la pierna o graficó en su propio cuerpo lo que sucedió, y afirmó que el acusado *"puso la rodilla en el piso y apoyo su mano en la pierna como para apoyarse y la otra mano en el teclado de la*

computadora" (Videograbación Juicio, Cicero minuto 1.15.15 de su declaración); reiterando que se apoyó en la pierna izquierda de G., se apoyó nada más simplemente lo que ella ilustra en la audiencia, y luego la jodia en el recreo y había tomado como chiste que le toque la pierna (Videograbación Juicio, Cicero minuto 1.21.15 a 1.23.05 de su declaración). En suma, no sostuvo que B. puso su mano cerca de la vagina de G. ni que la haya acariciado.

Reitero, no estamos en caso de un delito de abuso sexual cometido en contra una adolescente en que se controvierta la validez y credibilidad del testimonio de G. I. P., ni menos que tal como afirmara el Licenciado Colazzo que G. se sintió "víctima" de un contacto físico sexual no deseado con otra persona, sino de lo que aquella realmente depuso en juicio. En igual tenor, contrariamente a lo esbozado por la Dra. Beatriz Martínez, la adolescente A... G... solo sostuvo que el día de los hechos fue compañera de banco de la víctima, que el profesor se acercó al banco que ocupaban, que el banco es muy incómodo, que entonces apoyó su mano izquierda sobre la pierna de su compañera y que su compañera le quitó la mano, sin referencia a un tocamiento dirigido directamente a una zona erógena.

En síntesis, puedo concluir que la sentencia adolece de un razonamiento integrado, en el cual no se conecta el hecho atribuido con las pruebas aportadas para llegar al derecho aplicable. Hay una sustancial fractura en el razonamiento lógico que deriva en conclusiones contradictorias o inconciliables con las circunstancias objetivas de la causa - declaraciones testimoniales rendidas en juicio por la víctima y de la testigo presencial del hecho- realizando una valoración irrazonable de aquellos elementos aportados al

proceso, dando cuenta de modo claro y manifiesto de la arbitrariedad de la conclusión en la que se apoya.

Por las razones expuestas, considero que corresponde hacerse lugar a la censura articulada por la Defensa contra la sentencia de responsabilidad, toda vez que el pronunciamiento se ha sustentado en una irrazonable ponderación de las piezas probatorias, atribuyéndole a éstas un alcance y contenido contrarias a lo que se vislumbra de su mera observación en la video filmación. Es la solución que se impone adoptar ante la ausencia de certeza necesaria para una condena, pues que el imputado se haya arrodillado y apoyado la mano sobre la rodilla de la menor víctima y que aquella proposición fáctica tenga la connotación sexual que determina la sentencia de responsabilidad, no configura la única posibilidad, excluyente de otras, ni mucho menos una razonable conforme la prueba rendida. Y, si ello es de tal modo, la duda no ha podido ser absolutamente disipada, ni aun en base a la palmaria distorsión de la prueba de cargo en que ha incurrido la mayoría del Tribunal de Juicio, en que lo pareciera un intento de probar un suceso delictual sobre la base de la íntima convicción. Los principios de inmediación y de la oralidad si bien confiere a los magistrados la libertad de apreciación de la prueba, permitiéndoles extraer conclusiones acerca de la veracidad y firmeza de quienes declaran en tal oportunidad procesal, no es extendible a la situación advertida en el presente legajo en que jueces dieron cuenta de relatos en juicio que no fueron fieles a lo producido en aquella instancia, por lo que nos hallamos ante una sentencia arbitraria.

En estas condiciones, el esfuerzo de las Sres. jueces que integraron la mayoría para fundamentar sus posturas, como queda dicho, no alcanza para declarar la culpabilidad de una persona más allá de toda duda razonable, por lo que habré de

propiciar hacer lugar a la impugnación ordinaria deducida por acreditarse el motivo de agravio esgrimido, y en consecuencia, anular sin reenvío la sentencia de responsabilidad del 14 de octubre de 2016, y declarar la **ABSOLUCIÓN** de **J. A.**

B. DNI N°, de demás datos referidos en el legajo, del delito de ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR SU CONDICIÓN DE ENCARGADO DE LA EDUCACIÓN EN CALIDAD DE AUTOR Arts. 119 1° y último párrafo, en función del Inc. "b" del cuarto párrafo y 45 del C.P.. **Mi voto**

El **Dr. Héctor Rimaro** manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Alejandro Cabral** expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

Sólo quiero agregar que la víctima, tal vez pudo creer que el profesor al haberse apoyado en la pierna tuvo un contenido sexual, pero lo cierto es que los hechos, tal como fueron presentados en el debate, pueden dar lugar a varias interpretaciones. Cabe destacar que A... G... en el debate en varias ocasiones y ante la pregunta insistente de la fiscalía dijo que se apoyó, no dándole otro contenido al acto.

La fiscalía de manera alguna intentó probar durante el juicio que el profesor tuvo una intención que fuera más allá de apoyarse, es decir que dicho acto tenía un contenido libidinoso o sexual. De ninguna manera ello se probó ni se intentó probar. El simple hecho de que la joven lo sintiera de esa manera, no basta para acreditar la intención del autor.

Es decir, que aun suponiendo que efectivamente tal como lo cuenta la víctima el profesor apoyó su mano dirigiéndose hacia su vagina, lo cierto es que para que el hecho constituya delito es necesario que dicho acto haya sido intencional y con un contenido sexual por parte de B., lo que de manera alguna se encuentra probado.

En función de todo lo dicho por el Dr. Sommer y lo que acabo de mencionar, entiendo que existen serias dudas que impiden una condena válida.

Por todo ello, considero que corresponde revocar la sentencia de condena y absolver sin más al imputado.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

El **Dr. Federico Sommer** dijo: Que en virtud de lo antes expuesto y el resultado de la presente controversia, sin costas procesales en esta etapa recursiva (art. 268 del C.P.P.N.). **Mi voto.**

El **Dr. Héctor Rimaro** manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Alejandro Cabral** expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

De conformidad con las posturas precedentemente expuestas, el Tribunal de Impugnación Provincial, por unanimidad,

RESUELVE: I.- **DECLARAR ADMISIBLE DESDE EL PLANO ESTRICAMENTE FORMAL LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA** deducida a

favor de **J. A. B.**, titular del DNI
(arts. 227, 233, 236 y 239 del C.P.P.N.).-

II.- HACER LUGAR A LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA DEDUCIDA A FAVOR DE J. A. B. (art. 246 del C.P.P.N.), y en consecuencia, **REVOCAR** la sentencia del 14 de octubre de 2016, y declarar la **ABSOLUCIÓN** de **J. A. B.** DNI N°, de demás datos referidos en el legajo, del delito de ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR SU CONDICIÓN DE ENCARGADO DE LA EDUCACIÓN EN CALIDAD DE AUTOR Arts. 119 1° y último párrafo, en función del Inc. "b" del cuarto párrafo y 45 del C.P.-

III.- SIN IMPOSICIÓN DE COSTAS EN ESTA INSTANCIA (art. 268 del C.P.P.N.) por el trámite derivado de la impugnación de la sentencia.-

IV.- Se deja constancia que el Dr. Héctor Rimaro participo de la deliberación y no suscribe la presente por estar en uso de licencia.-

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

Reg. Sentencia N°14 T° I Fs. Año 2017.