



Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Pampa

En la ciudad de Santa Rosa, Capital de la Provincia de La Pampa, a los veintinueve días del mes de diciembre de dos mil diecisiete, se reúnen los señores Ministros, Dres. Fabricio Ildebrando Luis LOSI y Elena Victoria FRESCO como integrantes de la Sala B del Superior Tribunal de Justicia, de conformidad con el art. 421, con relación al art. 411 del C.P.P., a efectos de dictar sentencia en los autos: "TATAVITTO ROADE, Marcelo; TELLO, María José; BASTÍAS, Gabriela y LÓPEZ, Oscar Aníbal *s/ recurso de casación presentados por las defensas y los querellantes particulares*" registrado en esta Sala como legajo n.º 8493/11, con referencia a los recursos de casación interpuestos a fs. 1/17, por los defensores Dres. César A. RODRÍGUEZ y Juan Ricardo VENERI; a fs. 99/116vta., por

los Dres. Omar E. GEBRUERS y Alejandra D. LEZCANO LÓPEZ y a fs. 210/230, por el Dr. José Mario AGUERRIDO; contra el Fallo n° 20/17 de la Sala B del Tribunal de Impugnación Penal, cuya copia debidamente certificada se encuentra glosada en el presente legajo y;-----

RESULTA:-----

----- 1°) Que la Audiencia de Juicio de la ciudad de Santa Rosa, emitió sentencia en la que falló: "... condenar a Marcelo Tatavitto, ... por la autoría del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por haber provocado un grave daño en la salud mental de F. T. V. A. (artículos 45 y 119, segundo párrafo y cuarto párrafo inciso a) del C.P.) y de abuso sexual gravemente ultrajante en perjuicio de A. Q. ...; y por su participación en el abuso sexual gravemente ultrajante en perjuicio de R. C., todos hechos que deben concursar en forma material..., a la pena de 18 años de prisión, accesorias legales y costas del proceso.... Condenar a María José Tello, ... como autora de incumplimiento de los deberes de funcionario público (artículos 45 y 248 del C.P.), relacionadas con los hechos que tuvieron como víctimas a F. T. V. A. y A. Q. debiendo entonces concurrir en forma material (artículo 55 del C.P.), a la pena de 3 años y 6 meses de prisión y 7 años de inhabilitación especial para desempeñar cualquier cargo público, accesorias

legales y costas del proceso... condenar a Oscar Aníbal López... por la autoría del delito de abuso sexual gravemente ultrajante en perjuicio de R. C.... a la pena de 7 años de prisión, accesoria legales y costas del proceso... Condenar a Gabriela Bastías ... por su participación en el abuso sexual gravemente ultrajante en perjuicio de R. C.... a la pena de 7 años de prisión, accesorias legales y costas del proceso... Absolver a Marcelo Tatavitto y María José Tello por los hechos que fueran motivo de acusación vinculado a los menores B. M., L. L. y O. M., por aplicación del artículo 6 del C.P.P.”-

----- 2º) Que contra el fallo nº 20/17 de la Sala B del Tribunal de Impugnación Penal, que confirmó la sentencia de la Audiencia de Juicio de la Primera Circunscripción interpusieron recursos de casación los defensores particulares de los imputados; como así también la parte querellante.---

----- 3º) Recurso de los Dres. César A. Rodríguez y Juan Ricardo Veneri, a favor de Oscar Aníbal López:--

----- Que contra ese pronunciamiento, los defensores de Oscar Aníbal López, Dres. César Augusto Rodríguez y Juan Ricardo Veneri, interpusieron recurso de casación.-----

----- Expresaron que el fallo en crisis agrede principios fundamentales reconocidos en

nuestra Constitución Nacional, como el principio de imparcialidad, derecho de defensa en juicio, debido proceso legal, principio in dubio pro reo y omisión de prueba dirimente. Afirmaron también que la sentencia del T.I.P. carece de la fundamentación exigible para un acto de esa naturaleza, por lo que resulta pasible de ser tildada de arbitraria.----- En relación con la aducida violación del principio de imparcialidad, sostuvieron que el T.I.P. no otorgó debida respuesta al planteo de la defensa acerca de la supuesta filtración del fallo, denunciada por el Dr. Omar Gebruers.-----

----- En ese mismo sentido, citaron el precedente "Llerena", de la CSJN, en referencia a la imparcialidad de los juzgadores y puntualizaron que

Legajo n.º 8493/11

"La duda razonable respecto a la materialización del hecho que se describe, determina la presunta violación de un principio básico y fundamental del imputado: Derecho a un Juicio Justo y observancia del principio de Imparcialidad, atento que, no ya el anticipo habría resentido gravemente el servicio de justicia, sino que el segundo principio se vería patentizado en lo hasta aquí reseñado, lo que nos obligó a plantear la nulidad del fallo apelado" (fs. 3vta.)-----

----- Invocaron la inobservancia del precepto constitucional "in dubio pro reo" y aseveraron que desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia resulta admisible dicha

excepción, pues la misma se basa en simples conjeturas o hipótesis, esto es, en lo que pudo haber pasado, pero que no ocurrió en la realidad.-----

----- Expusieron los antecedentes preliminares, la testimonial prestada por su defendido ante el MPF, describieron el rol de los medios de comunicación en el caso, y concluyeron que "...la sentencia del TIP, exhibe perjuicios, preconceptos y fantasmas que bajo ningún punto de vista deberían influir sobre una decisión jurisdiccional, considerando la independencia que exigimos del Poder Judicial, respecto a cualquier tipo de predomios y/o presiones" (fs. 5).-----

----- Seguidamente, criticaron la plataforma fáctica de la sentencia de la audiencia de juicio, la fijación de los hechos, las pericias médicas y formularon apreciaciones acerca de las cámaras Gesell.-----

----- Bajo el acápite de "FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES VIOLADOS", se refirieron al principio in dubio pro reo y al principio de inocencia. Indicaron que no se cumplió con el deber de dar amplio tratamiento a los agravios de la defensa en el marco del derecho al recurso, el que fue sólo acatado de modo meramente aparente.-----

----- Señalaron que se interpretó prueba en violación al principio *favor rei*, y en ese sentido resaltaron que los jueces reiteran que, conforme el

Legajo n.º 8493/11

tipo de delitos, generalmente ocurrido en la intimidad no se puede pretender la existencia de testigos directos

del caso.-----

Plantearon también que se omitieron puntos fundamentales relacionados con la inocencia de su defendido en la cámara Gesell de R. C.; efectuaron la transcripción de los pasajes pertinentes de ella y concluyeron que "NUNCA IDENTIFICO ESTE MENOR A LOPEZ COMO SU AGRESOR en las C. Gesell que se le tomaron." (fs. 11vta.)-----

----- Del mismo modo, criticaron la cámara Gesell de "S. P.", en cuanto a la manera de producción, ya que al haber "...preguntas directas y focalizadas, [se] traspasó el límite respetable sobre la modalidad de realización introduciendo directamente la profesional temas, hechos y circunstancias [que] fueron a consecuencia de la intervención de la Psicóloga..." violando la indicada modalidad. (fs. 11vta.)-----

Asimismo, cuestionaron otros aspectos probatorios como que en ambas instancias precedentes se señaló que concurrieron varios menores de la salita a la chacra y que el único que sufrió la agresión sexual fue R.; también los vinculados a la disponibilidad horaria de López en el establecimiento educativo "Alfajeme"; además del resultado de la apertura de teléfonos y computadoras.--

----- En esa misma línea, expusieron las contradicciones entre los informantes claves, progenitores y R., la pericial médica realizada, la declaración del dueño de la tráfico que presuntamente transportó a los menores, la imposibilidad material de haber efectuado ese traslado. Por último, discreparon con la valoración respecto de los testimonios interpretativos

contra el imputado, el trauma generado por el fallecimiento del hermanito de R., la situación física de López y su presencia en la chacra de Tatavitto.-----

----- En definitiva, concluyeron en que *"El análisis de la prueba fue realizado... en forma insuficiente e interpretada en contra del imputado"*
Legajo n.º 8493/11

pues: "...ante elementos de prueba ambivalentes, la cámara, en todos los casos, decidió las dudas en contra de la hipótesis de descargo'" (fs. 13).-----

--- Robustecieron el planteo de arbitrariedad de la sentencia en el sentido de que ella no resulta de haber cumplido con el tratamiento exigido por el máximo tribunal nacional en su antecedente "Casal", refiriendo expresiones sólo dogmáticas, que no desvirtúan los argumentos interpuestos por la defensa, privando así del efectivo ejercicio del derecho de defensa en juicio y a un debido proceso legal.-----

----- 4º) Recurso de los Dres. Omar E. Gebruers y Alejandra D. Lezcano López, a favor de Marcelo Tatavitto Roade, María José Tello y Gabriela Angélica Bastías:---

----- Expresaron que el recurso de casación es articulado en el marco de lo prescripto en el art. 419 inc. 1º y por resultar arbitraria la sentencia recurrida.-----

----- Formularon reserva del caso nacional y supranacional; expusieron los antecedentes de la causa, a los que identificaron como íntimamente

relacionados con cuestiones políticas y partidarias de la intendencia de la localidad de 25 de Mayo.-----

----- Circunscribieron la inobservancia de preceptos constitucionales aducida, en la violación al art. 18 de la C.N., art. 8 y 25 de la C.A.D.H., a la afectación del debido proceso y la tutela judicial efectiva.-----

----- Precisaron que el fallo impugnado parte de tres premisas falsas en cuanto al planteo de nulidad de la sentencia: 1) no se sustrajo un ejemplar de la sentencia sino su borrador; 2) que la sentencia fue sustraída irregularmente; 3) que el día 27/12/2016 se haya producido una simple modificación del texto de la sentencia. (conf. 104vta.)-----

----- Contrariamente a tales aspectos, sostuvieron que lo divulgado resulta ser una copia idéntica al pronunciamiento leído el día 01/02/2017 y que no se encuentra acreditado que alguien haya
Legajo n.º 8493/11

sustraído el fallo.-----

----- También dijeron que el T.I.P. da por probada la existencia de la deliberación a la que obliga el código procesal penal, y que para ello afirmó que el Dr. Olié *"...se avocó en forma personal el día 22/12/2016, a la redacción de la sentencia para luego enumerar los días y horarios en que el mencionado juez concurrió a su oficina en tribunales, dando por hecho que concurrió a trabajar en la sentencia, sin que esta afirmación se sustente ni siquiera en indicios. Pero nada dice de la participación*

obligatoria de los Dres. Gastón BOULENAZ y Gabriel TEDIN en el proceso de deliberación, que necesariamente debió anteceder a la confección del voto preopinante y a la posterior adhesión de sus pares.” (fs. 105/vta.)-----

----- Así apreciaron el vicio de nulidad del fallo del a quo, en función de que la normativa requiere la activa intervención y consecuencia real y efectiva de tres magistrados y no de uno, ya que ello afecta la garantía de un tribunal imparcial y el debido proceso legal.-----

Por ello, solicitaron que se decrete la nulidad de la sentencia impugnada por no haberse cumplido con el obligatorio e imprescindible paso procesal de deliberación, posterior a los alegatos y previa a la emisión del primer voto y eventuales adhesiones de los restantes miembros del tribunal.----- En otro sentido, esbozaron la existencia de violación del principio de igualdad de armas o igualdad ante la ley.-

----- Sostuvieron que el T.I.P., tuvo una mirada sesgada, interesada y parcial, a al vez que intenta justificar que “... *determinadas pruebas producidas en el debate, tienen mayor peso específico que otras que las desacreditan enfáticamente, permitiendo al juzgador el máximo grado de arbitrariedad para hacer prevalecer y dar por acreditada la opinión que ha preconcebido.*” (fs.

107).-----

----- Apreciaron que ello es un claro prejujuamiento que anula las armas de la parte más

débil del proceso que es el imputado; al mismo tiempo, otorga prevalencia a las pruebas de cargo, dudosamente obtenidas por la fiscalía, por sobre las pruebas de descargo.-----

En ese sentido, y luego de exponer el contenido de la declaración de la testigo de identidad reservada de la causa, y señalar las generales de la ley que la desacreditan, concluyeron en que, no obstante las evidentes debilidades y contradicciones de sus manifestaciones -rebatidas por otra testigo y no corroboradas por ninguno de los restantes-, sus dichos fueron tomados en contra de Marcelo Tatavitto.-----

----- Plantearon violación del derecho del imputado a tener acceso a la justicia y ser oído por un tribunal imparcial. En esa línea dijeron que se aplicaron precedentes doctrinarios y jurisprudenciales que contradicen la construcción en que se apoya la resolución atacada.-----

----- Remarcaron las aristas de la circunstancia fáctica, y afirmaron que ni el tribunal de juicio, ni el T.I.P., cumplieron con el requisito esencial para el dictado de las respectivas sentencias, cual es la descripción detallada de los hechos producidos, cuya versión fijada, calificaron de inverosímil.-----

- Luego detallaron pormenorizadamente las distintas secuencias de hecho y probatorias que resultaron omitidas en la causa y expresaron que *"Atento la hipótesis de la acusación, tomada a ciegas por los jueces y la falta de descripción por parte del tribunal de las*

condiciones y pormenores en los que se habrían cometido los hechos, debemos imaginar que las características de tiempo, modo, lugar y personas responsables y/o intervinientes en cada hecho, no han podido ser determinadas siquiera con un mínimo grado de certeza y precisión requeridos para la imposición de una condena penal, reforzando la teoría del caso de esta defensa de que

los hechos denunciados no existieron" (fs. 111/vta.)---

----- Por último, adujeron la existencia de
Legajo n.º 8493/11

la causal de sentencia arbitraria. Así dijeron que el fallo criticado exhibe fundamentos aparentes y contradictorios, sin tratar cuestiones oportunamente invocadas y esenciales para la correcta solución del caso; que carece de un relato histórico concreto de los hechos, en detrimento de garantías constitucionales del debido proceso, defensa en juicio, paridad de armas y principio de inocencia.----- Citaron jurisprudencia, doctrina, y expusieron que el T.I.P. omitió tratar el punto décimo de la sentencia de la audiencia de juicio que dispone: "*Póngase en conocimiento del Superior Tribunal de Justicia y del Colegio de Psicólogos de la Provincial de La Pampa las consideraciones efectuadas en el apartado 167 de [la] sentencia, a los fines que estime corresponder.*" (fs. 112vta.).----- Al respecto aclararon que el Licenciado Miguel Domingo Lalli, intervino como perito

mera actividad.----- Enmarcó el recurso de casación en el art. 419 del C.P.P., y entendió que corresponde efectuar el reenvío al Tribunal de Impugnación Penal o, en su defecto, ejercer casación positiva, disponiendo la condena.-----

----- Señaló que yerra el a quo respecto a la no aplicación del art. 133 del C.P. en relación a María José Tello. Consideró que la imputación debe analizarse desde el ámbito de la violación de Tello de su calidad de garante, en relación con los menores cuyo control y custodia se encontraba a su cargo, ello desde el marco de las conductas delictivas que le considera probadas el T.I.P.----- Preciso que *“La conducta de Tello así no puede encuadrarse en el ámbito del incumplimiento de los deberes de funcionario público (solamente), sino considerar dicho incumplimiento en el ámbito de la acción por omisión que importó la violación de su obligación de garante, debiendo derivarse la cooperación a que refiere el art. 133 en esa acción por omisión de María José Tello que cooperó a la ocurrencia de los abusos [...] correspondiéndole la misma pena que a su autor (Tattavito Roade)...”* (fs 217/218).-----

----- Por otra parte, se agravió de que la resolución recurrida confirma las absoluciones decretadas por la audiencia de juicio; al respecto, dijo que ella resulta contradictoria con otras de sus partes.-----

Puntualizó que de la totalidad de la prueba reproducida en autos, se puede inferir que no todos los menores que

son víctimas de abusos verbalizan lo ocurrido, sin que ello sea óbice para la condena de los imputados.-----

----- Expresó que la arbitrariedad en el caso, resulta ser la diferente consideración de la Legajo n.º 8493/11

misma fuente de prueba, la declaración de los familiares directos de las víctimas, y la conclusión, cuando sostiene que, en casos como el del legajo, no puede haber condena sino existe referencia directa de las víctimas en cuanto a sus autores.-----

----- Seguidamente consignó los aspectos probatorios arbitrarios, entre los que se encuentran los hechos que victimizan a los menores M., L. y M.. Concluyó que *"Todo ese plexo probatorio no puede ser soslayado como lo ha sido tanto por la audiencia de juicio como por el TIP, bajo la referencia de que no existen indicadores de los menores (que los hay) en cuanto a las personas autoras de las conductas en su perjuicio."* (fs. 224)-----

----- Afirmó que del legajo surge una serie de indicios que sugieren una conclusión inequívoca, en cuanto a la conducta delictiva y sus autores, con prescindencia de la existencia de un relato uniforme o con mayores o menores detalles, partiendo de la base comprobada que pueden, en efecto, existir dificultades en el relato de hechos de esta naturaleza por parte de

las víctimas menores de edad.-----

----- Sostuvo que "...adquiere validez plena la prueba indiciaria, que en el caso ha sido despreciada por el TIP al tiempo de la confirmación de las absoluciones, llegando a someter todos los casos ocurridos en la misma época, en relación a determinadas víctimas a pautas de valoración diversas, otorgando valores diversos a los dichos o a lo que no dijeron los menores y valorando de manera diversa los dichos de familiares de menores en un sentido en un caso y otro en otro caso". (fs. 226/227)-

----- Por último, señaló que el descarte de la prueba indiciaria como prueba de condena, constituye arbitrariedad de la sentencia, un supuesto de casación, puesto que no se han dado razones para hacerlo respecto de todo el plexo indiciario existente en el legajo que refiere a la autoría y participación de los imputados Tatavitto
Legajo n.º 8493/11

Roade y Tello, en los casos de los hechos que afectaran a los menores M., L. y M.-----
----- 6º) Que a fs. 359/371vta., obra informe emitido por el Dr. Guillermo Sancho, Procurador General Subrogante.-----

CONSIDERANDO: -----

----- 1º) Que la causa traída a resolución ha

producido un profundo desgaste en el sistema penal pampeano, no solo por los vaivenes de la investigación sino por la magnitud, el desarrollo y la conclusión del juicio. Además, ha sido origen de división en la sociedad de 25 de Mayo, y de reclamos públicos de uno y otro lado. Si bien es un caso que escapa a los cánones habituales, y así lo ha planteado el Ministerio Público, las garantías de los ciudadanos acusados son las mismas que las de todo habitante de nuestra provincia, y en tal sentido debe resolverse. Es obligación de los órganos predispuestos por el Estado para la persecución penal, probar la responsabilidad de los imputados; y de aquellos investidos de poder jurisdiccional, dar razones fundadas para tener por cierto, más allá de toda duda razonable, los hechos que se imputan.-----

----- Las presentaciones de los abogados defensores, e incluso del querellante particular, entrecruzan argumentaciones que le son comunes; en tanto exponen otras que le son propias, a las que se le dará, en cuanto corresponda, un tratamiento por separado.----

----- **2°) Planteo de nulidad por falta de deliberación del tribunal de juicio.**-----

----- En principio, rechazamos el cuestionamiento de nulidad de los abogados defensores de los imputados Tatavitto Roade, Tello y Bastías, vinculado al conocimiento anticipado de la sentencia, al haber llegado a sus manos una copia del decisorio de la Audiencia

de Juicio varias

semanas antes de la fecha de lectura.-----

----- La deliberación del tribunal, acto procesal atacado por los letrados, conforme lo impone el art. 348 del C.P.P. de La Pampa, se debe
Legajo n.º 8493/11

dar *inmediatamente* de concluido el debate oral. En consecuencia, es posible que entre la finalización de la última audiencia y la supuesta impresión del documento, los jueces hayan podido plasmar sus conclusiones.-----

----- En estas cuestiones nuestro ordenamiento procesal continúa con la normativa del sistema mixto, en cuanto a las reglas de deliberación del tribunal y documentación de su decisorio (cf. Clariá Olmedo, Jorge A.; "Tratado de Derecho Procesal Penal", tomo VI, Bs. As., Rubinzal- Culzoni, 2009, págs. 323 y ss.). La sentencia, por imperativo legal, debe leerse en un plazo máximo de cinco días hábiles que, en este caso particular, se extendió a más de un mes corrido por la suspensión de términos que implicó la feria judicial de enero de 2017.-

----- Es sabido que la estructura de la sentencia escrita se compone, por lo general, de tres módulos. El primero, donde constan los datos del legajo y las partes, el desarrollo objetivo del curso del proceso y la transcripción de las piezas pertinentes de la prueba

producida en el juicio; el segundo, donde se manifiesta el razonamiento judicial en el cual los jueces deben dar, por mandato constitucional, razón suficiente de lo que concluirán en la parte dispositiva -tercer módulo de la sentencia y último-.-----

----- Nada imposibilita ante un juicio de semejante magnitud probatoria, con exiguos plazos para resolver, que la objetivación de la primera parte de la sentencia se vaya estructurando con el desarrollo del juicio mismo, particularmente, la transcripción objetiva de testimonios y otras pruebas desplegadas en el debate. Tales elementos pretenden dotar de autosuficiencia al documento, permitiendo que los tribunales revisores puedan, en principio, analizar el pronunciamiento sin recurrir a los instrumentos de prueba en sí, aunque nada lo impide máxime en las condiciones tecnológicas actuales donde todo queda registrado en audio y video.-----

Legajo n.º 8493/11

----- Ahora bien, la fundamentación lógica y legal de la sentencia de la Audiencia de Juicio de Santa Rosa, surge a partir del título VII ("Reglas de deliberación"), punto 149, hasta el final. En el conteo de páginas resulta una décima parte de la redacción total de la sentencia, resultando posible su elaboración antes de la fecha de supuesta impresión o creación del documento informático, que habría ocurrido cinco días corridos después del cierre de los alegatos.-----

----- Asimismo, la argumentación de los jueces (más allá de que sea correcta o no, conforme lo abordaremos oportunamente) tiene referencias inequívocas a pruebas desarrolladas en las audiencias del debate así como a postulaciones de las partes en sus alegatos de clausura.-----

----- La filtración del proyecto de sentencia, dado que no puede considerarse como un pronunciamiento con consecuencias jurídicas a un documento que carece de la firma de los magistrados intervinientes, es materia de una investigación paralela, aún abierta, del Ministerio Público Fiscal en pro de dar con el autor de tamaña irregularidad, pero no invalida el proceso de deliberación ni la documentación de la sentencia.-----

----- Además, no existió una publicidad anticipada de los fundamentos dado que, según surge de los escritos recursivos y de los antecedentes del legajo, solo los defensores habrían tenido acceso al proyecto de sentencia, sin constancia de que esta divulgación haya tomado estado público en forma anticipada, ni siquiera a modo de especulación sobre el resultado del fallo.-----

----- Las normas procesales exigen inmediatez y continuidad entre la última audiencia y la deliberación, sin imponer plazos de duración de este intercambio secreto y personal entre los jueces del tribunal, quienes

luego de consensuar una solución al caso deben documentar, por escrito, el razonamiento, que finalmente se transformará en una sentencia al ser rubricada con su firma. -----

Legajo n.º 8493/11

----- 3º) **Planteo de desigualdad de armas entre acusación y defensa.**-----

----- La desigualdad de armas postulada por la defensa de los imputados Marcelo Tatavitto Roade, María José Tello y Gabriela Angélica Bastías implica una objeción de índole general al diseño del sistema procesal y a la asignación de recursos entre acusación y defensa. Es una crítica que se repite, de modo constante, en varias provincias que han adoptado el sistema procesal acusatorio adversarial y que amerita un tratamiento serio en los procesos de reforma -y de seguimiento de las reformas-.-----

----- No obstante, el propio Código Procesal Penal de La Pampa brinda herramientas para equiparar armas; el fiscal, como órgano de la acusación, debe guiarse por un principio de objetividad en búsqueda de la verdad real, con pleno respeto de las garantías individuales, como así también procurar la realización de las diligencias que el imputado y su defensor propongan, conforme al claro mandato procesal del art. 239 C.P.P. -----

----- El Ministerio Público Fiscal, que cuenta con todos los recursos para la recolección de

evidencias, deberá dar razones fundadas para el rechazo de producción de prueba de parte durante la investigación fiscal preparatoria que, tal vez, desarticule la teoría del caso inicial de la acusación, y lo obligue a repensar la existencia misma del hecho o la autoría del imputado.-

----- Por consiguiente, la mera remisión a cuestiones de "pertinencia y utilidad" para el rechazo de prueba de la defensa, puede tornar en arbitrario, el acto procesal del fiscal que, por imperio del art. 73 C.P.P., "debe ser motivado"; vale decir que, como regla, debiera producir aquella prueba invocada en descargo de la posición de la defensa, salvo que advierta una actitud meramente dilatoria o de entorpecimiento de la investigación.- ----- El principio no solo se traduce en reglas procesales que el fiscal está obligado a cumplir, sino en la *actitud* que está compelido a mantener durante el proceso, tanto en el ámbito
Legajo n.º 8493/11

investigativo como el ámbito requirente (cf. Guzmán, Nicolás; "La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica"; Buenos Aires; Editores del Puerto; 2ª edición; 2011; p.238)-

----- En tal inteligencia, el siguiente correctivo -para paliar la desigualdad de armas- está previsto en el procedimiento intermedio, conforme la interpretación armónica de los artículos 236, 296, 300 y 301. En dicha etapa el juez de control puede -y debe, en tanto director

del proceso-, bucear en la realidad de los hechos, disponer prueba que la defensa proponga, recibirla en audiencia y, eventualmente, valorarla, cuando aporte un caudal desincriminatorio que desaconseje la apertura del juicio. -----

----- Si bien la etapa intermedia del proceso se encuentra desdibujada, al compartir cierto contenido procesal con la audiencia preliminar del art. 308 del C.P.P., no debiera desaprovecharse como medio para dotar a la defensa de oportunidades, así como instrumento para la racionalización del sistema, evitando que lleguen a juicio casos inviables.-----

----- Finalmente, en el debate -culmen de todo el proceso penal- el art. 326 C.P.P. impone al Tribunal la obligación de invitar a la defensa del acusado "*... para que manifieste su pretensión de defensa*", mientras que la obligación para el fiscal y el querellante es exponer, "*... en forma clara y precisa, los hechos en que basaran sus pretensiones punitivas y las pruebas de las que habrán de valerse*".-----

----- La sentencia del *a quo* incurre en un equívoco, pues el diseño procesal como "disputa de partes" no implica ninguna mengua en el principio constitucional de inocencia. No existe obligación de cada parte de "*demostrar la sustentabilidad de su hipótesis -teoría del caso- a través de la producción*

probatoria", como se sostiene en la sentencia recurrida, sino que todo el peso de probar la imputación recae en el Ministerio Público Fiscal

Legajo n.º 8493/11

y, eventualmente si lo hubiera, en el Querellante Particular. Y así lo regula el art. 326 del C.P.P.--

----- Julio Maier sostiene respecto al *in dubio pro reo* que: *"Entre nosotros, la Corte Suprema ha reconocido la vigencia constitucional del aforismo y su núcleo de significación (Fallos CSN, t.295, p.782), casi siempre con remisión al argumento sobre la imposibilidad de invertir la carga de la prueba (próxima consecuencia del principio de inocencia a examinar), colocando en cabeza del imputado la necesidad de probar su inocencia y desplazando la regla derivada que impone al acusador o al Estado (persecutor penal) la exigencia de demostrar con certeza la imputación delictiva" (Maier Julio B.J.; "Derecho Procesal Penal", tomo I, Fundamentos; Buenos Aires; Editores del Puerto; 2da.edición; 2012, pág. 498 (El subrayado nos pertenece).-----*

-
----- La defensa sostiene que la desigualdad de armas se dio durante el desarrollo de todo el proceso, fincando su objeción en la falta de precisión de extremos fácticos de la acusación, que la convierten en insustentable desde el prisma del debido proceso, al no permitir a los acusados desvirtuar hechos que se dan por supuestos, o exigir la "prueba diabólica" de hechos

negativos. Tal insustancialidad de la acusación, en opinión del recurrente, parte desde el inicio mismo de las denuncias, y se extiende hasta la sentencia del Tribunal de Impugnación Penal, que no logra precisar cuáles son los hechos por los que sus defendidos fueron condenados y privados de su libertad.-----

----- La teoría del caso es una herramienta de litigación, que permite a las partes diseñar una estrategia a lo largo del proceso, pero no se convierte en una obligación procesal para la defensa. El imputado bien podría guardar absoluto silencio durante todo el proceso, y se mantendría la

obligación de los órganos de la acusación de destruir el estado constitucional y convencional de inocencia.-----

Legajo n.º 8493/11

----- Ahora bien, la teoría del caso determina la actuación de la fiscalía durante todo el procedimiento y opera como garantía para el acusado, acotando las proposiciones fácticas y jurídicas. Así lo sostienen Baytelman y Duce: *"Una vez que se tiene una teoría del caso, la regla es casi absoluta: mi teoría del caso domina todo lo que hago dentro del proceso -particularmente dentro del juicio- y nunca, nunca, nunca, hago nada inconsistente con mi teoría del caso. Todas las proposiciones fácticas que intentaré acreditar en juicio, toda la prueba que presentaré para acreditar dichas*

proposiciones fácticas, todo examen, contraexamen y alegato que realizo dentro del juicio, están al servicio de y son funcionales a mi teoría del caso. Cada vez que me aparto de mi teoría del caso pierdo credibilidad, en un escenario donde 'credibilidad' es el nombre del juego."
(Baytelman Andrés, Duce, Mauricio; "Litigación penal. Juicio oral y prueba"; 1º edición; Santiago de Chile; Universidad Diego Portales; 2004; capítulo II, punto 3, tercer párrafo.)-----

----- Del dictamen del Procurador General Subrogante, se deriva claramente que la teoría del caso del Ministerio Público Fiscal requería de la acreditación de un plan concertado entre los cuatro imputados. Así lo expresa claramente en la página 22 de sus conclusiones: *"La visión integral que propugna por las particularidades de los delitos cometidos, apunta a que las pruebas, indicios y presunciones obrantes respecto de cada niño sean valoradas en su totalidad, interconectadas unas con otras, vinculadas entre sí. Pero también debe regir esa visión integral entre todos los casos debatidos en el proceso. Si bien hubo seis víctimas diferentes, todas lo fueron en el marco del mismo y macabro plan, llevado adelante por los mismos agresores".* -----

----- De la lectura del fallo del T.I.P., al abordar el recurso de la acusación, se hace referencia a "un plan sistemático" de los acusados, y en la misma línea conceptual concurren los

Legajo n.º 8493/11

querellantes particulares, en el desarrollo de su remedio impugnativo. Por otra parte, según surgió de la audiencia llevada a cabo por este tribunal, aún hoy existirían "procesos pendientes" contra los acusados por otros hechos análogos.-----

----- Las objeciones de las defensas transitan por esa exigencia: la necesidad que los acusadores prueben el plan orquestado y consumado por los docentes, en mira al abuso sistemático de los pequeños que concurrían al jardín de infantes. Además, los recursos plantean otras objeciones referidas a hechos que, si bien no son notorios, se derivan de la experiencia común (uno de los pilares de la sana crítica racional).-----

----- Rebatir esas objeciones es una tarea de la acusación que debe plasmarse en la sentencia. En tal inteligencia, los autores chilenos precitados agregan: *"Una buena teoría del caso debe poder explicar cómoda y consistentemente la mayor cantidad de hechos de la causa, incluidos aquellos que establezca la contraparte... La 'teoría del caso', en suma, es nuestra simple, lógica y persuasiva historia acerca de 'lo que realmente ocurrió'. Como tal, debe ser capaz de combinar coherentemente nuestra evidencia indiscutida con nuestra versión acerca de la evidencia controvertida que se presentará en el juicio"* (Baytelman, Andrés, Duce, Mauricio; ob.cit.; capítulo II, punto 3, párrafos 23 y 24; el subrayado nos pertenece).-----

----- Tal como abundaremos en la continuidad de este decisorio, no está probado ningún plan criminal.--

----- 4°) **Presunción de inocencia. Beneficio de la duda. Arbitrariedad.**-----

----- Si bien en principio las cuestiones de litigación, proposición y producción de prueba, así como de valoración probatoria, son ajenas al recurso de casación, resultan dirimentes en la revisión del fallo cuando derivan en arbitrariedad en los términos de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.-----

Legajo n.° 8493/11

----- La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Carrera" (Fallos: 339:1493) sostuvo que "*...no es posible perder de vista la íntima relación existente entre la garantía de la doble instancia y el beneficio de la duda (conf. doctrina de Fallos: 329:2433)*".----- "En ese sentido, corresponde recordar que tanto ese principio como el de *in dubio pro reo* -ambos de trascendencia en el caso- guarda una estrecha relación con la presunción de inocencia constitucional (artículo 18 de la Constitución Nacional). Que cuando ese artículo dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le imputan hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario

mediante una sentencia firme (Fallos: 321:3630 'Nápoli'). A ello se agrega lo establecido en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorporada a la Constitución Nacional por el artículo 75, inc. 22, con la máxima jerarquía normativa, expresamente establece que '[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad'. En una formulación equivalente, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que cuenta con la misma jerarquía, determina que '[t]oda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley'".-----

----- Continúa la Corte Suprema diciendo que: "Como directa consecuencia de la garantía constitucional en juego, esta Corte ha dejado sin efecto decisiones que prescindieron de explicar racionalmente la responsabilidad del acusado a partir de pruebas concordantes (Fallos: 329:5628, 'Miguel'), habiéndose precisado, también, que en función del principio in dubio pro reo cabe dilucidar si, con las pruebas adquiridas en el

Legajo n.º 8493/11

proceso, puede emitirse un juicio de certeza positiva (ver mutatis mutandis Fallos: 329:6019, 'Vega Giménez')."-----

----- "A la luz de estos principios, resulta decisivo que el juez, aún frente a un descargo que pudiera

estimarse poco verosímil, mantenga una disposición neutral y contemple la alternativa de inocencia seriamente, esto es, que examine la posibilidad que la hipótesis alegada por el imputado pueda ser cierta. Desde esta perspectiva, la presunción de inocencia consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional puede ser vista, en sustancia, como el reverso de la garantía de imparcialidad del tribunal...”(C.S.J.N., fallo del 25/10/2016, en autos: “CSJ 1497/2013 (49-C)/CS1. Recurso de Hecho. Carrera, Fernando Ariel s/causa 8398”. Considerando 22º) de la mayoría. El subrayado nos pertenece).-----

----- En ese sentido, nuestro análisis se enfocará en las falencias argumentales de la sentencia, en tanto toma atajos recurrentes que se convierten en meras afirmaciones dogmáticas y no en una derivación razonada. Luego, en el examen de cada caso, incurre en otros deslices argumentales que exceden un mero criterio discordante en la selección probatoria para transformarse en un razonamiento arbitrario.-----

----- Si bien cada tipo penal requiere de evidencias de distinta naturaleza, orientadas a las particulares características criminológicas, nunca puede obviarse el mandato constitucional de probar, más allá de toda duda razonable, los hechos y la participación del acusado.-----

----- La cita mecánica y reiterada de

jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no puede ser argumento para soslayar la necesidad de fundar una sentencia, como derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa. Veamos qué aporta la jurisprudencia citada en el fallo 20/17 del T.I.P. ----- En "Vera Rojas", (Fallos: 320:1551) la Legajo n.º 8493/11

CSJN advierte sobre la dificultad en la investigación de este tipo de delitos, que ocurren generalmente en recintos cerrados, pero también que el decisorio no puede valerse de un análisis fragmentario de las pruebas, indicios y presunciones, sino en un abordaje "comprensivo y abarcador de los elementos de juicio recolectados". En "Fernández Ortega y otros vs. México" (sentencia del 15 de mayo de 2011), la Corte Interamericana de Derechos Humanos realzó el valor de la declaración de la víctima como prueba fundamental sobre el hecho. -----

----- Adosada a la cita mecánica de precedentes, se instala la idea de cierta habitualidad en la pesquisa de estos casos y la naturaleza de las evidencias que se colectan. La remisión al "cuadro probatorio habitual para este tipo de casos", como un argumento que se basta por sí mismo, por la reiteración de cierta estrategia de investigación y recolección de pruebas no resulta más que una fundamentación aparente.----- Perfecto Andrés Ibáñez sostiene al respecto

que: "El contenido del 'cuadro probatorio' deberá ser examinado a la luz de las hipótesis presentes, cuyo potencial explicativo ha de verificarse. Si están dotadas de la exigible coherencia interna, que será el presupuesto de partida, se tratará de comprobar si sus distintos componentes guardan una relación de compatibilidad con los datos probatorios; o si, por el contrario, no es así. En fin, si alguna de ellas acoge armónicamente los elementos de juicio, se valorará su plausibilidad y si ofrece una explicación racional de lo sucedido en el caso. Para que una hipótesis pueda ser acogida como válida es preciso que resulte confirmada por una pluralidad de pruebas, que dé sentido a los datos disponibles (podría quedar algún 'cabo suelto' no esencial en el

conjunto) y no aparezca desmentida por alguna prueba contraria" (Ibáñez, Perfecto Andrés; "Prueba y

Legajo n.º 8493/11

convicción judicial en el proceso penal"; Buenos Aires; Hammurabi; 2009; págs. 68/69).-----

----- 5º) **Arbitrariedad por auto-contradicción interna de la sentencia recurrida**----- Los órganos de la acusación, tanto durante el debate como en todas las etapas recursivas, han insistido en la existencia de un plan concertado entre Tatavitto, Bastías, Tello y López, táctica razonable desde un punto de vista

estratégico, pues de ningún otro modo podrían probarse esta serie de supuestos abusos, pero cuando los casos se desagregan, pierden sustento; esto es advertido tanto el Procurador en su dictamen como el Querellante Particular en su recurso, pues sostienen que con idénticas pruebas la Audiencia de Juicio condena por tres casos y absuelve por otros tres.---

----- El Tribunal de Impugnación Penal confirmó, en su totalidad, la sentencia de la Audiencia de Juicio, por lo cual es necesario recurrir a su lectura para tratar de comprender un poco más el caso, dado el confuso desarrollo argumental del *a quo*.-----

----- Sin embargo, a partir de ese repaso se advierte que el tribunal revisor, al ratificar la absolución de los imputados en orden a los hechos que damnifican a B. M., L. L. y O. M., hacen propias las conclusiones de la Audiencia de Juicio, para quienes la falta de precisiones en el relato de los niños y de indicadores de abuso fueron determinantes para llegar a un fallo absolutorio por el beneficio de la duda, en los términos del art. 6 del C.P.P.---

----- Esta incoherencia argumental hace que el pronunciamiento del Tribunal de Impugnación Penal incurra en arbitrariedad en los términos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por "auto-contradicción". En tal sentido, Genaro y Alejandro Carrió nos dicen, que siguiendo la terminología de la Corte, la auto contradicción "... se da cuando la sentencia *misma* contiene fundamentos contradictorios..." para

agregar "Si todo fallo judicial debe ser derivación
razonada del derecho vigente con referencia
particular a las
Legajo n.º 8493/11

*circunstancias del caso (236:27 y muchos otros), no cabe
duda de que no es un fallo judicial aquel pronunciamiento
que, por incurrir en contradicciones respecto de extremos
que conciernen a su fundamentación normativa o fáctica,
no puede presentarse como un acto razonado, esto es,
racional. Aquí 'arbitrario' se acerca mucho al
significado central de esta palabra en el lenguaje no
técnico. Más claramente, una sentencia auto-
contradictoria parece ser el paradigma de la
arbitrariedad, entendida esta palabra en su sentido más
corriente y al margen de las precisiones técnicas de la
jurisprudencia de la Corte." (Carrió, Genaro R., Carrió,
Alejandro D.; "El recurso extraordinario por sentencia
arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema";
Tercera edición actualizada; Bs. AS.; Abeledo Perrot;
1983; pág. 287)-----*

----- Mientras que para sostener la existencia de
los hechos y la participación de los imputados en los
casos de F. V. A., A. Q. y R. C. los magistrados toman
en cuenta, como núcleo probatorio central el testimonio
"de oídas" de los padres y familiares respecto de cosas
que sus hijos les habrían contado, (pero que no dijeron
ni en la cámara Gesell ni en la entrevista con el forense
Dr. Segovia), al analizar el caso de L. E. L. desecha

esta evidencia.-----

----- Respecto de A. Q. el fallo del Tribunal de Impugnación sostiene: "Partiendo así de la comprobación de la lesión, que resulta compatible con un abuso sexual, una vez más quienes aportaran evidencias, son los familiares directos, en esta caso será la mamá de A., S. B. Q., quien denunció que su hijo le había manifestado la existencia de un cuarto al lado de su sala, al cual va con sus amigos F., M. y J. C. Que el profesor le hacía cosquillas en todas partes del cuerpo, incluidas las íntimas. Menciona que a él nunca le sacaron el pantalón, pero que a F. sí."-----

--

----- "Este relato no deviene de manera directa pues en su paso por el procedimiento de
Legajo n.º 8493/11

Cámara Gesell A. no mencionó nada de lo denunciado por su madre, pero es coincidente con el testimonio de F. tanto respecto de que iba a otra sala con su amigo, como que a aquél le sacaban la ropa" (páginas 106/107, sentencia n.º 20/17, Sala B del T.I.P. El subrayado nos pertenece).-----

----- Respecto de L. L., sostiene el criterio totalmente contrario, ante la misma calidad de evidencia: "Surge así del relato de la progenitora, en la audiencia de juicio un sinnúmero de elementos, que verifican la posible existencia del hecho que lo tiene por víctima a L., pero tal como se expuso en los considerandos anteriores este preciso relato de la madre, no tendrá

para el Tribunal otro elemento sobre el que sostener la acreditación del ilícito.”-

----- “Para el caso, el testimonio de la madre del niño, no se encuentra desvirtuado y del mismo surgen precisiones en cuanto a la agresión a su hijo; las consecuencias que aún hoy sufre; el presunto traslado para acometerlos a una granja y la sospecha que el autor sea Tatavitto Roade. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que tales elementos no pueden ser valorados únicamente a través de este solo testimonio” (páginas 156/157, sentencia n.º 20/17, Sala B del T.I.P. El subrayado nos pertenece). -----

----- Con la misma especie y cantidad de evidencia en un caso condenan, en otro absuelven.---

----- Igual contradicción en el razonamiento se observa al tratar la imputación contra la docente Tello. En la página 114 del fallo, el tribunal intermedio afirma: “Lo cierto es que no observo del relato de los testigos, alguna circunstancia que acredite que Tello permitía de manera consciente o voluntaria el contacto de Tatavitto, con los menores para que este lo condujera al baño de la coordinación”, para luego sostener en las páginas 116/117: “... el accionar de María José Tello fue irresponsable y en violación del artículo 122 de la ley 2511, al permitir o tolerar que los niños tuvieran contacto con Marcelo Tatavitto que era una persona totalmente ajena al JIN n°12. Ello habría

Legajo n.º 8493/11

ocurrido en los recreos o en otras circunstancias en que los niños quedaban solos, o bien durante las horas especiales, momento en el cual no puede tenerse seguridad de que los niños recibidos fueran todos aquellos que estaban presentes en ese día." (Los subrayados nos pertenecen).-----

----- 6°) **Arbitrariedad por prescindir de prueba decisiva.**-----

----- El fallo bajo examen incurre en arbitrariedad por prescindir de prueba decisiva. En la obra precitada los autores, respecto de este supuesto, nos dicen que: "*En principio la cuestión referente a la determinación de las medidas de prueba conducentes para la decisión del pleito corresponde a los jueces de la causa. La revisión por la Corte de tales pronunciamientos sólo procede cuando existe un agravio a la garantía constitucional de la defensa en juicio (234:51). Pero 'si fuera palmario el error alegado de los jueces de la causa, al resultar contradictorio lo afirmado con la concreta demostración inequívoca de los hechos del caso invocados por la sentencia, la doctrina establecida en materia de arbitrariedad recobra valor, pues entonces se trataría de la prescindencia y no de la apreciación de la prueba' (235:387). La Corte ha equiparado 'interpretar caprichosamente' y 'prescindir' (239:35)". (Carrió G.; Carrió A.; ob.cit.; pág. 198).-----*

----- En el fallo impugnado (páginas 100/101) se

menciona la identidad de veintisiete testigos que en el juicio oral afirmaron que Marcelo Tatavitto Roade permanecía en su lugar de trabajo en toda la extensión horaria, y que ninguno de ellos lo observó con niños del jardín, pero se los desestima, afirmando "...que el testimonio de una persona tiene valor, pero tal vez no el mismo peso".-----

----- Esa aseveración surge para contraponer a esos testimonios y brindar absoluta credibilidad a los dichos de la testigo de identidad reservada M. S. A.. En la página 143 el *a quo* insiste con sus argumentos al sostener que "*Más allá del copioso número de testigos, aportados por esas defensas,*

Legajo n.º 8493/11

ninguno de ellos logra desvirtuar los dichos de la testigo A...."-----

----- La credibilidad de un testigo debe fundarse en la razón de sus dichos, es decir, en la mayor cantidad de datos que prueben las circunstancias de modo, tiempo y lugar en la que tomó conocimiento de los hechos, y que permitan corroborarlos con otros indicios de la causa.-

----- Sin embargo, para fundar esa credibilidad, se toma el atajo de la apreciación de la inmediación, que realiza el tribunal de juicio, con sustento -en términos de la doctrina "Casal" de la CSJN (Fallos: 328:3399), criterio que en nuestra provincia debiera restringirse a su mínima expresión, por existir registro total de lo sucedido en el debate por videograbación.-----

----- Así pues, el autor español Perfecto Andrés Ibáñez sostiene que se ha instalado una "mística de la inmediación" donde los juzgadores dan primacía a la gestualidad del testigo, cuando en realidad "... el juzgador debiera atenerse a los aspectos del contenido del discurso, evaluando la consistencia, la coherencia de la información, cruzándola con la que el mismo sujeto hubiera aportado en otros momentos de la causa (que sea legalmente valorable) y con la procedente de otras fuentes que formen parte del cuadro probatorio, en busca de elementos externos de corroboración" (Ibáñez, Perfecto Andrés; ob.cit.; pág. 61).-----

----- En principio, no está claro el motivo por el cual el Ministerio Público Fiscal introdujo el testimonio de A. como de identidad reservada, lo cual ya es una mengua al derecho de defensa, dado que fue una sorpresa en el debate que no tuvo contralor previo. Ello, en razón de que la testigo es hermana de quien era comisario de la localidad y tía de una de las víctimas, los imputados se encontraban todos privados de su libertad y de sus salarios, circunstancia que desplaza cualquier posible temor en la deponente que justificara el otorgamiento de aquella calidad; además, se

Legajo n.º 8493/11

presentó a declarar recién seis meses después de las denuncias -todo surge de su deposición en el juicio-

----- Asimismo, de la escucha del audio de su declaración no da ninguna razón de sus dichos, pues no

puede precisar ni la identidad de los niños que acompañaban a Tatavitto, ni sus características físicas, ni la forma en que vestía el imputado, ni otras personas que estuvieran en ese momento en la sede de Coordinación -lugar donde conviven diariamente decenas de individuos-. Mientras tanto, muchos testigos, que concurrieron al debate, sostuvieron que Tatavitto por las tardes no se ausentaba de su lugar de trabajo en el colegio secundario, el que estaba ubicado a una decena de cuadras del jardín de infantes donde A. lo habría visto.-----

----- Por otra parte, la mayor falencia argumental se asienta en la circunstancia de tiempo. En su testimonio, A. afirma, una y otra vez, ante el interrogatorio de las partes, que concurrió en el año 2014 a Coordinación, que funciona junto al JIN, aunque sin poder precisar si fue en mayo o noviembre, fechas supuestas de inscripción para cargos docentes, pero el fallo de la Audiencia de Juicio utiliza su declaración como elemento de cargo para probar un hecho, -que tenía como víctima a R. C.- ocurrido entre marzo y abril de 2015, según se desprende de comparar los puntos 214, 215, 232 y 233, es decir, casi un año después de lo que habría observado A.; más aún el Tribunal de Impugnación utilizó su testimonio, como elemento de cargo, para probar el hecho que damnifica a F. V. A., también ocurrido en marzo y abril de 2015, pero en horario de la mañana (conforme la confrontación de las páginas 81, tercer

párrafo, y 102, tercer párrafo, sentencia n.º 20/17, Sala B del T.I.P.) .---

----- En conclusión, no solo al testimonio de la testigo encubierta se le otorgó, sin ningún fundamento, mayor peso que a las decenas de testigos que no se valoraron, sino que las sentencias de la Audiencia y del TIP lo utilizan para fundar dos casos distintos, uno supuestamente ocurrido en horas

Legajo n.º 8493/11

de la mañana en el jardín (F.), y otro a la tarde en una quinta (R.), pero ambos en el 2015, casi un año después de mayo de 2014 donde la testigo, con énfasis, declaró que tenía una constancia de inscripción a la docencia para su esposo. Es decir, que no coinciden las circunstancias ni de tiempo ni de lugar, e incluso se contradicen las sentencias entre sí.-----

----- También el fallo recurrido otorga especial entidad al testimonio de M. G. M., quien declara durante el juicio por teleconferencia, sin haber sido aportada en la investigación fiscal preparatoria. -----

----- En el apartado 232, de la sentencia de la Audiencia de Juicio, se toman sus dichos como prueba de cargo en el hecho que damnifica a R. C.. -

----- M. declara que vio pasar a Tatavitto con una acompañante y niños en una camioneta por su casa, en

horas de la mañana dos días antes de la denuncia, es decir el 18 de mayo de 2015 (punto 232 de la Audiencia de Juicio), en tanto la Audiencia de Juicio (punto 233) y el Tribunal de Impugnación fijan los hechos entre finales de marzo y abril de 2015, en horario vespertino.-

----- Además de no coincidir esta elemental cuestión de tiempo, entre el testimonio de M. y los hechos fijados como ciertos en la sentencia, la declarante tampoco da razón de sus dichos, dado que dice conocer a los niños víctimas, pero no supo identificar a las personas que acompañaban a Tatavitto, ni supo precisar hacia dónde iban, y luego de ser reticente ante el tribunal manifiesta que se encontraba acompañada por su vecina M. R., que nunca fue traída a juicio para reforzar su credibilidad.-----

----- A tan endeble declaración, que insistimos, no da ninguna razón de sus dichos, el tribunal intermedio le da el mismo valor indiciario que a A. (página 143, tercer párrafo, fallo 20/17, Sala B del T.I.P.), cuando en realidad no es prueba de cargo conforme las claras divergencias en las circunstancias de tiempo.-----

Legajo n.º 8493/11

----- En esa misma línea, las pericias de parte no fueron descartadas estrictamente por su baja calidad

científica, sino por algunas argumentaciones laterales, como la carencia de la "objetividad e imparcialidad que debe caracterizar la tarea pericial" en el caso del Lic. Lalli (pto.167), o el "modo desprolijo y vacilante" en la declaración de la Dra. Olivera (pto.170)-----

----- 7°) **Arbitrariedad por interpretación antojadiza de prueba existente** -----

----- Otra causal de arbitrariedad, en la doctrina de la Corte Suprema, es la interpretación antojadiza o caprichosa de prueba existente, que en la obra de Carrió equiparan a la invocación de prueba inexistente. "Cuando a un elemento de convicción se lo valora en forma absurda o reñida con su sentido obvio, el fenómeno puede ser descripto diciendo que 'se han rebasado los límites de la razonabilidad' en esa faena o que 'se ha invocado prueba inexistente'. Es una simple diferencia de rótulo" (Carrió, G; Carrió, A.; ob.cit.; pág. 215)-----

----- Conforme al fallo bajo examen, el niño A. Q. en cámara Gesell, no corroboró nada de lo mencionado por su madre, y mantiene una persistente negativa a hablar del tema, pero este silencio lo toman como una presunción en contra del imputado. Así el Tribunal de Impugnación Penal sostiene: "Al respecto y en igual sentido, la Lic. Ronis, psicóloga que trata a A. Q., expuso que el niño no quiere hablar de este proceso judicial graficando que cuando el tema era abordado el niño le tapaba la boca a su madre, no siendo este su comportamiento habitual al abordar otros temas. Si bien la sentencia en su análisis efectúa una remisión al caso de F. V., entiendo que para

A. Q., su particular condición de no abordar la temática
lejos de negar la existencia del hecho, lo confirma"

(página 109, Fallo n.º 20/17, Sala B del T.I.P. El
subrayado nos pertenece).-----

----- La finalización del párrafo es una
afirmación antojadiza e irrazonable; si el niño no
Legajo n.º 8493/11

habla del tema, por una inhibición psicológica, será una
cuestión que le corresponderá abordar a su profesional
tratante, pero en modo alguno puede constituirse en
prueba o indicio de cargo de un hecho inexistente. Si
nada dice, nada prueba.----- 8º)

Arbitrariedad por no tratar cuestiones propuestas.-----

----- La sentencia del Tribunal de Impugnación
Penal, en el punto IV -páginas 35 a 47- describe las
objeciones de las defensas respecto de aquellas pruebas
que el tribunal de sentencia no valoró, y que serían
indicios relevantes que descartarían la participación de
los acusados. -----

----- En tal sentido, se menciona: a) los informes
negativos de ADN en el inmueble de Tatavitto y los
vehículos que se incautaron; b) de la apertura de
celulares y demás elementos electrónicos surge la
inexistencia de fotos o videos de los niños, fotos o
videos pornográficas, historial en internet de páginas
de pedofilia o pornografía, etc.; c) la inexistencia de
comunicaciones o vínculos entre los acusados; d) las

conclusiones de los dictámenes de los peritos forense psiquiátricos que descartan perfiles de abusadores o pedófilos en los acusados; e) la falta de remisión a los informes de la Lic. Carretero y del Dr. Segovia, en tanto desincriminatorios para los imputados; f) la innumerable cantidad de testigos que no vieron salir ni a López ni a Tatavitto, ni a las docentes de sus aulas con niños, así como la inexistencia de vecinos en las quintas aledañas que dieran cuenta de las fiestas sexuales; g) la falta de valoración de los informes psiquiátricos y psicológicos de los peritos de parte.-----

----- Si bien el tribunal al sentenciar tiene discrecionalidad en cuanto a la selección de las pruebas, dicho criterio general no debe tomarse con liviandad, en particular a partir del *leading case* "Casal" donde la Corte Suprema exhorta a los tribunales intermedios al máximo esfuerzo de revisión, todo lo extenso que sea posible.----- En tal inteligencia el fallo recurrido

Legajo n.º 8493/11

no contesta todas las objeciones de la defensa, ni analiza aquella prueba que la favorece; en particular, el examen de los medios electrónicos (teléfonos celulares, notebook, computadoras, decodificadores de televisión), es un indicio importante con relación a que los acusados

hubieran tomado fotos a los niños, o fueran consumidores de material pornográfico o pedófilo. -----

----- Esta ausencia de elementos incriminatorios, sumados a las conclusiones del cuerpo médico forense del Poder Judicial de La Pampa, desmerecen la teoría del caso del Ministerio Público en orden a un plan sistemático ("macabro plan", en palabras del dictamen del Procurador subrogante) de un grupo de abusadores concentrados en la localidad de 25 de Mayo.-----

---- Por otro lado, el fallo no contesta las objeciones defensivas, en orden a hechos notorios o reglas de la experiencia que no son desvirtuados por la acusación. -

----- En nuestro ordenamiento procesal no existe un sistema de libre valoración probatoria, sino que el método de análisis es la sana crítica (art. 349 del C.P.P.). La experiencia, uno de sus pilares, junto a la lógica y la psicología, obliga a desvirtuar ciertas circunstancias notorias de la vida común. Los procesalistas clásicos definen al "hecho notorio" como "*...aquel cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal... en el tiempo que ocurren la decisión*" (Alsina) o lo "*... que forma parte de su experiencia normal de las cosas de la vida...*" (Couture), con particular referencia a la época en la que ocurren las cosas (Echandía, Hernando Devis; "Teoría General de la prueba judicial"; tomo I; 3ra. Edición; Buenos Aires; Víctor P. De Zavalía Editor; 1976; pág. 227).-----

----- La experiencia -pilar de la sana crítica- nos indica que en la era de las comunicaciones y de las

redes sociales, resulta un elemento indiciario de peso la inexistencia de todo tipo de contacto o comunicaciones entre personas que integrarían una especie de "banda" (más de tres

Legajo n.º 8493/11

personas con un plan común y división de roles), dedicados al abuso de niños, que en parte del tiempo trabajan en colegios distantes a muchas cuadras, y que habrían concertado el traslado de los pequeños a quintas en las afueras del radio urbano. En general, aún las personas que no están unidas por un trato amical, laboral o comercial, tienen conexiones -de múltiples maneras- entre ellos.-----

----- Otro hecho notorio son las características del clima. La experiencia nos dice que en nuestra provincia -integrante de la Región Patagónica-, durante los meses de marzo, abril y mayo no se utilizan piletas de natación a cielo abierto, por las dificultades que plantea el clima. ----- La sentencia no desvirtúa esta máxima de la experiencia, ni tampoco dice en qué forma los acusados podían mantener oculto a los padres estas acciones (sumergir a los niños en agua fría). Varias preguntas de la defensa, desde el más absoluto sentido común, no fueron respondidas. No hay ropa mojada, no hay cabellos húmedos, no hay rastros de entumecimiento por hipotermia, ni hay tiempo posible en tres horas de clase para tal despliegue.-----

----- Cuando se desarrolla una teoría del caso, si bien no es factible probar todos los extremos, ni

recrear absolutamente todo el caso (quedan "cabos sueltos" no esenciales, al decir de Perfecto Andrés Ibáñez), existen particulares proposiciones fácticas que necesariamente deben acreditarse, y que hacen al núcleo central de la imputación. -----

----- Si los acusados integraban un grupo de abusadores que retiraban clandestinamente a los niños de la escuela y los llevaban a una quinta, para someterlos a sus bajos instintos, debe acreditarse con precisión tales extremos (la salida de la escuela, el traslado en el medio del pueblo, el acceso a la quinta, el meterse a una pileta, el desarmar las fiestas sexuales y retornar a la escuela sin rastros aparentes). No puede recurrirse al latiguillo de la "clandestinidad", pues este caso resultaría inverso a tal hipótesis, ni tampoco a la

Legajo n.º 8493/11

excusa de las dificultades en la recolección de las pruebas por el paso de tiempo (en los términos de "Vera Rojas", consid.11º), dado que los tres casos por los que se condena, habrían ocurrido no más allá de los tres meses anteriores a la denuncia.-----

----- Según la obra doctrinaria ya reiteradamente precitada, la omisión de pronunciamiento resulta la causal más importante de arbitrariedad en términos cuantitativos y el Alto Tribunal ha establecido "...que las resoluciones judiciales que omiten considerar las

cuestiones oportunamente propuestas y conducentes para del decisión del juicio carecen de fundamento suficiente para sustentarmas y deben ser dejadas sin efecto... Ello, por cuanto la garantía del art.18 de la Constitución Nacional requiere no sólo la adecuada oportunidad de audiencia y prueba para los litigantes, sino también la debida consideración por los jueces de las defensas sustanciales susceptibles de gravitar en el resultado de la causa" (Carrió, G.; Carrió, A.; ob.cit.; pág. 80).--

----- 9°) **Los casos en particular**-----

----- Las cuatro causales de arbitrariedad detectadas (incurrir en auto contradicción interna; prescindir de prueba decisiva; invocar prueba inexistente; no decidir cuestiones planteadas), bastarían para la anulación del fallo, pero en pro de garantizar que este pronunciamiento se sustente a sí mismo, satisfaga las aspiraciones constitucionales de las partes (tanto el debido proceso como la tutela judicial efectiva) y permita una salida procesal concreta, resulta necesario abordar caso por caso, aún a riesgo de reiterar argumentos. -----

----- Respecto de los tres casos por los cuales los imputados fueron absueltos, corresponde confirmarlos, pues llegan a sus conclusiones a partir del análisis que debió primar en los seis supuestos.-----

----- En el caso de B. M. son determinantes, para la Audiencia de Juicio y el Tribunal de Impugnación, los informes de las Licenciadas en Legajo n.º 8493/11

Psicología Carretero y Cabot, que concluyeron que no se detectaron indicadores compatibles con abuso sexual o maltrato infantil, postulación compartida por el Dr. Segovia, perito de la Corte Suprema, pero no toma en cuenta el testimonio de la madre, a quien su hijo le hizo referencia al nene que era pelado y que tenía bigotes en la boca, y que ella asoció con Tatavitto, a quien ya habían vinculado a la investigación (pto. 241 sentencia Audiencia de Juicio). El T.I.P. en la página 150 también refiere a los testimonios de los padres, pero no le otorga entidad como elemento de cargo.-----

----- En el caso de L. E. L. los jueces siguen el mismo esquema argumental, tomando en cuenta las conclusiones de las peritos psicólogas Cabot y Carretero, que se ven impedidas de definir que el niño tenga un cuadro compatible con abuso sexual, a pesar que los padres dan referencias a presuntas situaciones coincidentes con los casos que concluyeron en condena, entre ellos el viaje a una granja, en su razonamiento los jueces arriban a la absolución; cuestión que ya fue abordada en el acápite de arbitrariedad por sentencia auto-contradictoria.-----

--

----- En el caso del niño O. M., la argumentación es idéntica. Los padres (C. M. y A. O.) durante el juicio

relataron lo que su hijo les contó (punto 257, sentencia de Audiencia de Juicio). El viaje en una camioneta, la "seño Majo", el "señor que tiene pelos en la cara y no tenía pelos en la cabeza" que les sacaba fotos, son aseveraciones que se repiten sistemáticamente, pero que los jueces descartan, pues el perito Segovia aclara que el niño no pudo dar circunstancias concretas acerca de la materialidad y autoría de los hechos investigados (punto 263 sentencia de Audiencia de Juicio).-----

----- En los tres casos descartaron el testimonio de los padres y de los psicólogos particulares de los niños, para centrar su enfoque en la insuficiencia probatoria que surge a partir de las conclusiones de los peritos oficiales.----- En un análisis común a los tres casos

Legajo n.º 8493/11

(punto 264) deviene la aplicación del beneficio de la duda, razonamiento confirmado por el tribunal intermedio y que corresponde reafirmar definitivamente en este decisorio.-----

----- No probado en modo alguno -ni siquiera en mínima forma indiciaria-, la concertación de los cuatro docentes para cometer los hechos que se le atribuyen, las pruebas de cargo quedan reducidas al "testimonio de oídas" de los padres, pues ningún otro elemento objetivo de cargo obra en la causa. --

----- Según el testimonio, durante el debate, del perito del cuerpo médico forense de la Corte Suprema, Dr.

Martín Wenceslao Segovia, en los niños de la franja etaria de los caso bajo examen -cuatro a seis años- la palabra es reemplazada por el juego, y los aportes lúdicos, durante la peritación, adquieren la misma entidad que la expresión verbal en los adultos. Agregó el profesional -de dilatada y comprobada experiencia en la tarea pericial específica como miembro del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- que la palabra del niño trasunta un mundo de fantasía, que no es equiparable a fabulación, y por tanto debe valorarse no lo que el niño dice, sino aquello que se deriva del juego durante la entrevista.-----

----- La lógica, otro de los pilares de la sana crítica racional, nos permite concluir que, o se valora lo que los niños representaron en los juegos ante el perito psiquiatra, o se valora lo que expresaron a través de la palabra. En la palabra está la mayor debilidad de las evidencias surgidas de los testimonios. De los audios de cámara Gesell y de la transcripción textual realizada por la Oficina Judicial de Santa Rosa, no solo no existen referencias claras a situaciones de abuso, ni mención explícita de posibles autores, sino que refieren un mundo de fantasía que de su sola escucha se advierte que no tiene correlato alguno con la realidad (como por ejemplo, al describir la supuesta quinta con varias "piscinas", y animales de fantasía como "toros bebé", "caballos bebé", "vaca bebé")----

----- La descripción no conlleva el ánimo de desacreditar a los niños, sino de advertir lo que claramente dice el perito: la palabra, "el testimonio", los "dichos", no pueden ser, en estos casos concretos, el fundamento para tener por cierto los abusos.-----

----- Tanto las licenciadas en psicología del cuerpo médico forense de nuestro Poder Judicial, como el profesional de la Corte Suprema, en sus informes por escrito y en sus testimonios ante el tribunal, concluyen que no les fue posible brindar circunstancias concretas sobre la autoría.-----

----- Es en el caso de F. V. A. que existe una referencia a "Tatavitto", que surge del testimonio de la abuela (M. R.) a quien el niño le contó los supuestos abusos a los que eran sometidos por un "un hombre pelado que tenía pelos en la boca". La abuela, al ir a la escuela junto al niño, concluye por descarte que era Tatavitto, desechando que pudiera ser "el profe Pablo" de idénticas características. Luego, al concurrir a la cámara Gesell, F. mencionó a Tatavitto de forma "totalmente descontextualizada" y en un "testimonio contaminado" al decir de la Lic. Carretero.-----

----- Es la deducción de la abuela la que dirige la atribución a Tatavitto de la comisión del hecho. No hay ninguna otra referencia alternativa, pero sí hay menciones continuas al "profe Pablo", que tendría las mismas características físicas que Tatavitto, e incluso habría participado en las fiestas de la chacra. Esto no implica una imputación

contra dicho docente, sino demostrar la sinrazón que conlleva deducir que el profesor pelado era Tatavitto, y a partir de ahí construir un razonamiento circular que, una y otra vez, volvía a la fuente probatoria original.-

----- Ya abordamos, en el tratamiento de las causales de arbitrariedad detectadas en la sentencia, la importante cantidad de indicios de descargo que obran en favor de Tatavitto y la debilidad del razonamiento judicial que lo llevó a estar condenado a 18 años de prisión.-----

Legajo n.º 8493/11

----- En la causa que damnifica a A. Q. la irracionalidad es aún mayor, pues el niño nada dice - aunque el tribunal intermedio interprete ese silencio en contra del imputado-, y se toma como prueba una referencia de F. en la cámara Gesell. Si la palabra, en las conclusiones del Dr. Segovia, tiene nula entidad probatoria para los hechos en los que supuestamente fue víctima F., con mayor razón aún en relación a la situación de A.-----

----- Finalmente, el hecho que damnifica a R. C., y por el cual se encuentran condenados los docentes Tatavitto, López y Bastías, también carece de prueba de cargo razonable. Ya se advirtió que el tribunal no valoró ni uno solo de las decenas de testimonios que nunca vieron ni a Tatavitto, ni a Bastías, ni a López salir de su

lugar de trabajo. Tampoco la falta absoluta de contactos o relación entre López, director del Colegio Secundario Alfageme, con el jardín de infantes en el cual eran docentes Bastías y Tello, distantes a varias cuadras.--

----- También ya se expuso, al abordar las causales de arbitrariedad, la inconsistencia absoluta, como elementos de cargo, de los testimonios de A. y M. que no pueden acreditar ninguna proposición fáctica de la acusación, así como la carencia de argumentos para desvirtuar hechos notorios o de la experiencia común.--

----- Sumado a ello, existen otras contradicciones internas en la sentencia, como citar el testimonio de la Lic. González, a quien el niño le refirió que solo estaban presentes la "seño Gaby" y "la persona sin pelo" (página 127, fallo 20/17, Sala B del T.I.P.) y luego condenar a tres imputados.-----

--
----- Surge además de las constancias de la causa, que al niño se le mostró el rostro de Tatavitto, que era publicitado por un medio de la localidad como uno de los detenidos por el caso.----

----- Las pruebas son más endebles todavía contra Oscar Aníbal López, pues al momento de los
Legajo n.º 8493/11

hechos cumplía funciones, como director, en un colegio alejado del jardín de infantes. Además de no existir ninguna constancia de trato frecuente con las maestras jardineras Tello y Bastías, la forma en que fue vinculado a la causa surge de una fuente probatoria de dudosa pertinencia. Si bien nuestro orden procesal establece el principio general de libertad probatoria, en el art. 167 C.P.P., el modo en que el acusado fue ligado al proceso no supera un estándar mínimo probatorio.-----

----- En sintonía con el método fijado por la Corte Suprema en "Casal" para la reconstrucción de los hechos, la falencia en la imputación hacia López se da a nivel de la selección de las fuentes probatorias (heurística). Luego de dos meses de comenzada la investigación, en un encuentro circunstancial en la sucursal del Banco de La Pampa de 25 de Mayo, mientras R. C. estaba con su madre y su hermano habría reconocido a López como el "viejo malo que lo había pinchado", que tenía una "pata hasta acá" (señalando la zona de la rodilla).-----

----- Cabe preguntarse qué medio de prueba es el utilizado. Sería una especie de "reconocimiento extrajudicial", pues durante la investigación fiscal no se hizo ningún tipo de rueda de personas para que el niño confirme lo que habría descubierto en el banco. Toda la imputación se basa en lo que la madre escuchó de su hijo. Esta fuente probatoria es muy endeble y se la

pretende corroborar con una filmación de las cámaras de vigilancia, donde se mostraría a López ingresando a la entidad bancaria. La concurrencia a un banco es un elemento neutro, que solo prueba eso.-----

----- Al igual que en el resto de los casos es una "testigo de oídas" la fuente de conocimiento, que no está abonada por ninguna otra prueba, y que tiene ribetes inverosímiles, como la guía que el niño hace, desde su casa hasta la quinta de Tatavitto cuando luego, en las entrevistas de cámara Gesell, no puede apuntar mayores detalles.-----

Legajo n.º 8493/11

----- A pesar que concurrieron al juicio testigos que confirmaron que López nunca se ausentaba de su lugar de trabajo, la posibilidad de tener disponibilidad horaria para salir del colegio que dirigía se la consideró como un indicio de cargo. Es decir, que dos posibilidades de cualquier mortal, como tener disponibilidad horaria para salir del trabajo y concurrir a un banco, en el caso de López, se transformaron en una presunción en su contra.-----

----- La audiencia *de visu* de este tribunal sí permitió corroborar un elemento que proporciona la inmediación: la enorme discapacidad motriz de López, quien al sufrir parálisis infantil tiene sus piernas muy

afectadas lo cual lo obliga a conducirse con dos bastones especiales. Además, de su sola observación pueden concluirse dos cosas: que no tiene "pata de palo" -como dice el niño-, dado que no tiene pierna ortopédica; y que sus grandes dificultades para moverse hacen improbable que pudiera salir solo de su colegio, sin ayuda y sumarse a sus presuntos cómplices para dirigirse a una quinta en los límites del pueblo.-----

----- En definitiva, este caso es el que resulta de más difícil credibilidad en cuanto a la mecánica de los hechos, porque requiere de todo un desarrollo que necesariamente hace que algún testigo debiera advertir los movimientos extraños que implica trasladar a varios niños hacia una quinta y luego regresarlos. Como ya se expuso, los

testimonios de M. y A. son muy poco fiables.-----

----- Finalmente, corresponde avocarse a la situación de María José Tello, desvinculada como partícipe de los abusos sexuales y condenada por la figura de incumplimiento de los deberes de funcionario público. En primer lugar, se impone ratificar la absolución de María José Tello en orden a las acusaciones por abuso sexual en perjuicio de B. M., L. L. y O. M. por los que fuera absuelta por el Tribunal de Impugnación, para luego resolver su situación, por los hechos de abuso sexual respecto de F. V. A. y A. Q., dado que la Audiencia de

Juicio, en el punto tercero del fallo, solo refiere condena por incumplimiento de los deberes de funcionario público, pero omite resolver la situación procesal por la acusación de abuso sexual.-----

----- Corresponde hacer remisión, respecto a la acusación por abuso sexual, a los argumentos ya desarrollados en relación a Tatavitto, López y Bastías. No hay certeza alguna de participación de la docente Tello en alguno de los abusos que le fueran achacados.-

----- Descartado todo indicio de concertación entre los acusados, pierde sustento la imputación en los términos del art. 248 del Código Penal. Además del déficit argumental del fallo, ya señalada precedentemente, en tanto se contradice si Tello permitía o no permitía a Tatavitto el contacto con los niños, existe una errónea aplicación del derecho. -----

----- La acción típica del hecho imputado a la docente es "no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento le incumbe al funcionario". Es un delito de omisión impropia y requiere dolo directo, es decir el conocimiento de la existencia de la ley y la voluntad expresa de no cumplirla (cf. Baigún, David - Zaffaroni, Eugenio Raúl; "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial"; tomo 10; Bs.As.; Hammurabi; 2011; págs. 369 y concordantes.)-----

----- El propio fallo del T.I.P. reconoce expresamente que no está acreditado que Tello "...permitía de manera consciente o voluntaria el contacto de Tatavitto con los menores..." (página 114, fallo n.º 20/17, Sala B del T.I.P.). En los siguientes párrafos (página 115/116) la sentencia del T.I.P. afirma "...que si bien no se puede reeditar con precisión, como se permitió o toleró que los niños tomaran contacto directo con Marcelo Tatavitto, naturalmente por el carácter oculto o insidioso de los hechos de contenido sexual, ello no es más que el resultado evidente de la ausencia de control de la docente a cargo de la sala de

Legajo n.º 8493/11

jardín.", para luego calificar, párrafos más adelante, como "irresponsable" su conducta. Todas estas acciones ("falta de control", "obrar irresponsable") no son compatibles con dolo directo, sino que trasuntan conductas más acordes al concepto de negligencia, lo cual escapa a la tipificación del art. 248 del Código Penal.-

----- El decisorio carece de toda fundamentación dogmática sobre la aplicación del concurso real, y al tratar de sostener una durísima pena de cumplimiento efectivo en un tipo penal de baja escala, incurre en otra interpretación irrazonable, al computar en su contra la

extensión del daño causado (punto 274, sentencia Audiencia de Juicio), cuando una y otra vez se sostuvo que no pudo probarse la complicidad con Tatavitto. ----

----- Entonces, si no se demostró que los supuestos incumplimientos eran para permitir los abusos, cómo es posible fundar lógicamente que el alejamiento del mínimo y la imposición de una pena de cumplimiento efectivo, lo son por el daño causado por tales abusos.-

----- 10°) **Solución del caso.**-----

----- En mérito a lo expuesto en los acápites precedentes, corresponde casar el Fallo N° 20/17 de la Sala B del Tribunal de Impugnación Penal, confirmando la absolución dispuesta por la Audiencia de Juicio de la Primera Circunscripción Judicial, respecto a Marcelo Tatavitto Roade y María José Tello por los hechos que fueran motivo de acusación vinculado a los niños B. M., L. L. y O. M..-----

----- Asimismo, corresponde absolver de culpa y cargo a María José Tello en orden al delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público (arts. 45 y 248 C.P.), conducta relacionada con los hechos que tuvieron como víctimas a F. T. V. A. y A. Q., en los términos de los arts. 421 en relación al 412, del C.P.P., de acuerdo a la correcta aplicación de la ley penal sustantiva (art. 419 inc. 2° del C.P.P.), **disponiendo su plena libertad**, atento su desvinculación absoluta del proceso.----- Por

otra parte, los errores de
Legajo n.º 8493/11

argumentación o errores *in cogitando*, se los encuadra dentro de la inobservancia de las normas procesales, que ameritan declarar la invalidez del fallo recurrido por existir arbitrariedad en los términos de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de La Nación, disponiendo el reenvío para el dictado de una nueva sentencia que respete las reglas del razonamiento (arts. 419 inc. 3º), 421 por su rem. art. 413 del C.P.P.). -----
----- El proceso, tanto en la I.F.P. como el juicio propiamente dicho, ha sido lo suficientemente extenso y completo como para dar por precluida la primera instancia por lo que concierne que una nueva conformación de la Sala B del Tribunal de Impugnación Penal, se avoque a la mayor brevedad a la revisión amplia de los casos por los que fueran condenados: **a)** Marcelo Tatavitto Roade como autor en de los delito de abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por haber provocado un grave daño en la salud mental en perjuicio de F. T. V. A. (arts. 45 y 119, segundo párrafo y cuarto párrafo inc. a) del C.P.), y de abuso sexual gravemente ultrajante en perjuicio de A. Q. (arts. 45 y 119, segundo párrafo del C.P.) y por su participación en el abuso sexual gravemente ultrajante en perjuicio de R. C. (arts. 45 y 119, segundo párrafo del C.P.); **b)** a Oscar Aníbal López como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante en perjuicio de R. C. (arts. 45 y 119, segundo párrafo del C.P.); y **c)** a Gabriela Angélica Bastías por su participación en

el delito de abuso sexual gravemente ultrajante en perjuicio de R. C. (arts. 133 y 119, segundo párrafo del C.P.).-----

----- La videograbación íntegra del juicio, además de una profusa cantidad de prueba documental, registros de cámara Gesell e informes periciales, permitirán al tribunal revisor agotar las posibilidades de examinar, conforme las pautas desgranadas en el presente fallo, evitando la remisión a cuestiones de intermediación y oralidad.----

----- Pérez Barberá advierte sobre esta falencia al aplicar el precedente "Casal" de la Legajo n.º 8493/11

CSJN: *"A nuestro juicio, cuando los tribunales casatorios aplican realmente fórmulas denegatorias como la citada se apoyan, implícitamente, en la siguiente idea, ya insinuada: una cosa es la determinación de lo que se considera hecho probado y otra es la fundamentación de esa determinación. O con otras palabras: una cosa es la valoración de la prueba y otra la fundamentación de la valoración. Y como a la vez afirman que la valoración de la prueba es facultad exclusiva del tribunal de mérito, es claro que, implícitamente, vinculan de manera directa a la valoración de la prueba con los principios de oralidad e intermediación."* (Pérez Barberá, Gabriel; "Casación penal y posibilidad de control. Alcance del fallo 'Casal' y del método alemán invocado por la Corte", punto 3: "El alcance de la intermediación según los tribunales casatorios", 8vo. párrafo, disponible en

181.168.124.69/files/biblios.php?biblionumber=12861) ---

----- En igual sentido Schiavo (en "*Valoración racional de la prueba penal - Un necesario estándar mínimo para la habilitación del juicio de verdad*"; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Ed. Editores del Puerto s.r.l.; 2013, págs. 12/14) sostiene que al reclamar la valoración de la prueba desde un estándar objetivo, descarta un juicio subjetivo de valor que no se fundamente racionalmente, y respecto del cual no se puede seguir el curso de razonamiento que lleva a la conclusión. En tal inteligencia el tribunal revisor deberá evaluar la forma en que los docentes fueron vinculados al proceso, es decir la fuente primigenia de conocimiento y su confrontación con la multiplicidad de elementos de descargo conducentes para la solución de los casos; evidencias aportadas por la defensa, que no tienen solo un valor sumatorio de abono sino que son pertinentes para acreditar si los acusados tenían o no contacto con las víctimas.-----

----- Por último, el carácter de la determinación adoptada, invalidez por arbitrariedad y reenvío, impone el cese de las medidas de coerción

Legajo n.º 8493/11

personal que recaen sobre Marcelo Tatavitto Roade, Gabriela Angélica Bastías y Oscar Aníbal López en virtud de hallarse vencido el plazo máximo de su duración (arts. 251, párr. en rel. con 274, último párr., y 275 del C.P.P.); tal con la interpretación efectuada por esta Sala en autos: "*CARRASCO, Macarena s/solicita cese de*

prisión preventiva s/recurso de casación”, legajo n° 584/11 (reg. de esta Sala), con distinta conformación que la actual, pero en criterio que compartimos, que solo excluye a los recursos extraordinarios locales (casación) y federales (extraordinario federal y queja) del límite temporal establecido en la norma ritual.-----

----- 10°) Que por último, corresponde decir respecto al planteo del Dr. José Mario Aguerri, en representación de los querellantes particulares, que en virtud de la decisión alcanzada, por considerar que la sentencia recurrida es arbitraria en los términos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 419, inc. 3° del C.P.P.), torna inoficioso el tratamiento de su recurso.-----

----- 11°) Como palabras finales, es una buena oportunidad para reflexionar que el sistema procesal debe tener la pretensión de racionalizar la conflictividad que subyace en la disputa penal. En un escenario donde impera el dolor, el proceso debe tratar de mitigarlo. El dolor de las víctimas y su familia en su pretensión de justicia; el dolor de los acusados, sometidos a un proceso donde siempre clamaron su inocencia, privados de su libertad desde hace más de dos años. La solución no es el revanchismo, ni el linchamiento material y espiritual. Ni tampoco el hostigamiento a los funcionarios judiciales que actuaron en el proceso.----- Este decisorio ataca la debilidad del razonamiento judicial de la sentencia del tribunal intermedio, que con una nueva conformación deberá no solo analizar la logicidad formal que implica la construcción, por inferencias deductivas,

de la sentencia, sino dar razón suficiente, a partir de
las indicios que lo conduzcan, inductivamente, a
Legajo n.º 8493/11

vincular o desvincular a los acusados Tatavitto Roade,
Bastías y López con los tres hechos que quedaron
subsistentes. -----

Ahora bien, arbitrariedad no implica ilegalidad en el
ejercicio de las funciones, sino un error en el método
de la sana crítica racional. Es probable que el
Ministerio Público Fiscal haya construido una teoría del
caso demasiado ambiciosa, al pretender situar a los
acusados como componentes de una organización, pero de
ello no puede derivarse mala fe en su accionar. El juicio
fue llevado a cabo con todas las garantías procesales y
dicha instancia ya fue concluida correctamente -desde el
punto de vista del "trámite procesal"-, debiéndose evitar
la tentación de un nuevo juicio que resultaría un enorme
desgaste procesal, económico y emocional que no sumaría
mayores pruebas que las ya colectadas. En todo caso,
queda el remedio procesal del art. 408 del Código
Procesal Penal de La Pampa.----- La
inusitada repercusión del caso, con todos sus desbordes,
implicó una afectación a la tarea de los funcionarios
judiciales. Resulta necesario que en esta nueva etapa de
revisión integral los jueces gocen de la debida
tranquilidad, de modo que puedan llevar a cabo el máximo
esfuerzo de análisis probatorio conforme lo exige la
garantía convencional de doble conforme.-----

----- "Todos, juzgadores y juzgados, viven en una misma época político-cultural y, por ello, están regidos básicamente por una concepción común sobre los valores vigentes y sobre la vida política, por afanes y esperanzas similares, por reglas de conducta -al menos las jurídicas- idénticas: por lo tanto, asumen frente a la vida prejuicios similares, provenientes de la realidad histórica en la cual viven conjuntamente, y nada especial los legitima como imparciales frente al asunto, a decir verdad, nada los legitima para juzgar a sus semejantes, que no sea el intento de evitar la violencia de unos contra otros frente a la aparición de un conflicto social, poder característico del Estado moderno

Legajo n.º 8493/11

(monopolio de la fuerza)." (Maier, Julio B.J.; ob.cit.; págs. 740/741)-----

----- No existe ningún método, universalmente aceptado, para decidir que lo que es justo en opinión de unos, es más justo que lo que es justo en opinión de otros. El universo del Derecho no está poblado precisamente por certezas, sino más bien de cuestiones disputadas acerca de las cuales se debate en el proceso -aunque no solo dentro de él- que es en este sentido, y por antonomasia, el ámbito de libertad de contradicción. Es en el sistema penal donde, por mandato constitucional, la falta de certezas debe inexorablemente favorecer al reo.-----

----- Por ello, el **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA,**

SALA B, -----**FALLA:** -----

----- 1°) **Casar** la sentencia cuya copia certificada obra a fs. 231/310vta. de este legajo, declarar su invalidez por existir arbitrariedad en los términos de la doctrina de la Corte Suprema de justicia de la Nación (art. 419, inc. 3° del C.P.P.), y hacer saber al T.I.P. a fin de que con una integración diferente a la que ha actuado con anterioridad en este proceso, efectúe, a **la mayor brevedad posible**, la revisión de la sentencia condenatoria, tal lo establecido en los considerandos de este fallo con relación a la condena resuelta por la Audiencia de Juicio de la Primera Circunscripción Judicial respecto a los imputados Marcelo Tatavitto Roade, Gabriela Angélica Bastías y Oscar Aníbal López, por los hechos en los que resultaran víctimas los niños F. T. V. A., A. Q. y R. C..-----

----- 2°) Confirmar la absolución dispuesta por la Audiencia de Juicio de la Primera Circunscripción Judicial, respecto a Marcelo Tatavitto Roade y María José Tello por los hechos que fueran motivo de acusación vinculado a los niños B. M., L. L. y O. M.-----

----- 3°) **ABSOLVER** a María José Tello, cuyas circunstancias personales constan en autos, por errónea aplicación de la ley sustantiva en orden al

delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público (arts. 419 inc. 2º), y 412 del C.P.P. y 45 y 248 del C.P.), y **disponer su inmediata y plena libertad.** (art. 415 del C.P.P.)-----

----- 4º) Ordenar el **cese de la detención** de los imputados Marcelo Tatavitto Roade, Gabriela Angélica Bastías y Oscar Aníbal López (arts. 251, quinto párrafo, en relación con el 274, último párrafo y 275, inc. 1º) del C.P.P.) imponiéndoles la obligación de denunciar un domicilio en esta circunscripción judicial, de presentarse cada veinte días ante la Oficina Judicial de esta ciudad, de no salir del país, de restricción de acercamiento en un radio de 500 metros del establecimiento educativo en el que se hallaban cumpliendo funciones al momento de denunciarse los hechos imputados, como así también de contacto absoluto con las víctimas; todo ello, bajo apercibimiento de revocar su libertad en caso de incumplimiento. -----

----- 5º) Comunicar de manera **urgente** a la Oficina Judicial de esta Circunscripción, a fin de que, hallándose los detenidos a disposición de la Audiencia de Juicio de esta ciudad, arbitre los medios necesarios para efectivizar en forma inmediata las libertades dispuestas en los puntos Tercero y Cuarto de este pronunciamiento. -----

----- 6º) Disponiendo que se registre, notifique y, oportunamente, se archiven estos autos.-----

