

C. 78514/II

"Buchniv, Mariana - Gogonza, Yanina Graciela - Diap, Vanina Gisela - Nuñez, Noemí Elizabeth - Gallardo, Noelia Soledad s/ Inc. de apelación."

/// Isidro, 29 de septiembre de 2014.

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver los recursos de apelación interpuestos por el Sr. Defensor Oficial, Dr. Jorge E. Del Río -respecto de Noelia Soledad Gallardo- y los Sres. Defensores particulares Dres. Adrián Murcho -respecto de Noemí Elizabeth Nuñez- y Hector Carlos Mercáu, José Manuel Ernesto de Estrada y Manuel Ernesto Mougán -respecto de Mariana Buchniv, Yanina Graciela Gogonza y Vanina Gisela Diap-, a fs. 132/133, 219/232 y 6/10 y vta. respectivamente, contra la resolución que obra en copias a fs. 83/111 de la presente incidencia.

Y CONSIDERANDO:

Antecedentes y agravios.

Viene la presente causa a conocimiento de esta Alzada a fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por el Sr. Defensor Oficial, Dr. Jorge E. Del Río -respecto de Noelia Soledad Gallardo- y los Sres. Defensores particulares Dres. Adrián Murcho -respecto de Noemí Elizabeth Nuñez- y Hector Carlos Mercáu, José Manuel Ernesto de Estrada y Manuel Ernesto Mougán -respecto de Mariana Buchniv, Yanina Graciela Gogonza y Vanina Gisela Diap-, a fs. 132/133, 219/232 y 6/10 y vta. respectivamente, contra la resolución que obra en copias a fs. 83/111, mediante la cual el Sr. Juez a cargo del Juzgado de Garantías N° 3 Departamental, en lo que aquí interesa, decidió no hacer lugar a los sobreseimientos solicitados y elevar la causa a juicio respecto de las nombradas Buchniv, Gogonza, Diap, Nuñez y Gallardo, por resultar estas coautoras prima facie responsables de los hechos significados jurídicamente como provisoriamente constitutivos de los delitos de abandono de personas agravado por el resultado, lesiones leves y amenazas, los que concurren materialmente entre sí (artículos 45, 106 parte segunda, 89 y 149 bis del CP.).

i. Agravios del Defensor Oficial de Noelia Soledad Gallardo.

El Dr. del Río, Defensor Oficial de la coimputada Gallardo introdujo como motivo de agravio que -a su criterio- el *a quo* hizo un análisis superfluo de la

prueba, toda vez que no existe ningún elemento directo para formular la acusación realizada.

Sostuvo que de las constancias médicas nada se puede percibir acerca de un grave daño a la salud a partir de un hipotético abandono.

Refirió que solo se cuenta con los dichos de los padres que -según su entender- por ser denunciantes no son imparciales.

Finalmente, señaló que -desde su óptica- los vecinos no pueden aportar a la investigación porque no percibieron gritos.

ii. Agravios del letrado defensor de Mariana Buchniv, Yanina Graciela Gogonza y Vanina Gisela Diap.

Los Dres. Mercau, de Estrada y Mougán, se agraviaron en que -a su criterio- una endeble imputación original (la de Bonatti) pretendió corroborarse con una grabación ilegítima, dando paso a los testimonios de los padres que tardíamente aludieron a presuntos rastros de lesiones o comportamientos llamativos.

Asimismo, refirieron que los exámenes médicos no dan cuenta de lesiones sobre los niños.

Por otro lado, apuntaron que -a su criterio- el Juez garante desconoció que el sobreseimiento procede cuando se encuentra agotada la posibilidad de incorporar nuevos elementos de juicio, por lo que debería haberse dictado con lo incorporado hasta al momento de la resolución recurrida.

A su vez, entendieron que los dichos de los padres no debían haber sido admitidos por que no estuvieron presentes cuando ocurrían los hechos, sino que relataron manifestaciones de sus hijos de imposible corroboración. Refirieron también que estos testimonios habían resultado gravemente influenciados por la trascendencia que tuvo la denuncia.

Asimismo, esgrimieron que los psicólogos de la asesoría pericial en todos los casos dictaminaron que no se presentaban registros indicadores de perturbación.

Por otro lado, sostuvieron que la vaguedad e imprecisión de la imputación impide definir cual es la conducta que individualmente se atribuye a cada encausada, ni especificar cuales fueron las lesiones. Esta circunstancia -según su entender- impidió a esa parte el conocimiento del alcance de la imputación y por lo tanto restringió ilegítimamente el derecho de defensa en

juicio. Y por esta razón, si bien no solicitó específicamente su declaración en el petitorio, entendió que el auto impugnado es nulo.

Finalmente, hizo reserva de recurrir en Casación.

iii. Agravios del letrado defensor de Noemí Elizabeth Nuñez.

El Dr. Murcho, como cuestión principal, introdujo un planteo de nulidad de la grabación que efectuó el denunciante y de todo lo obrado en consecuencia, basado en que -según su entender- dicha grabación se realizó sin control jurisdiccional, por lo que no existe garantía respecto de su autenticidad ni de que no haya sido editada.

Refirió que el damnificado podría haber hecho la denuncia sin realizar lo que denomina el "acto ilegal" de la grabación. Entendió también que dicha grabación es una prueba ilícita porque es una afectación a la propiedad que debió haberse obtenido a través de una medida legítima, como un allanamiento.

Subsidiariamente, impetró la nulidad de la resolución. Ello, por entender que el Magistrado de grado utilizó elementos de prueba que la Fiscalía no tuvo en cuenta, y que emergen solamente de los dichos de los progenitores, tales como la supuesta falta de higiene, inadecuada alimentación, abandono por largos períodos y climatización de los ambientes. Sostuvo que al no haber sido especificados esos extremos en el hecho imputado, se violó el principio de congruencia.

Por dichas nulidades entendió que, aplicando la doctrina del fallo Mattei de la CSJN, corresponde el sobreseimiento de su asistida.

Por otro lado, y para el caso de que no se haga lugar a las nulidades requeridas, presentó como motivo principal de agravio que -según su entender- los dichos de los padres no fueron corroborados por los peritos ni por el médico que intervino en el allanamiento.

Con relación a las lesiones que se imputan a su asistida refirió que no se encuentran debidamente determinadas y que asimismo, estas no pueden causarse por omisión.

Expuso que tampoco se encuentra acreditado el "grave daño" al que alude el segundo párrafo del artículo 106 del CP.

Argumentó que -a su criterio- el abandono de persona es atípico por cuanto no se colocó ni en situación de riesgo, desamparo ni abandono a ninguno de los menores.

Finalmente, hizo reserva de recurrir en Casación, ante la Suprema Corte de Justicia de esta provincia y de Caso Federal.

En consecuencia, el Tribunal dispuso tratar y votar las siguientes, cuestiones:

1. ¿Corresponde hacer lugar a la audiencia prevista en el artículo 442 del CPP.?

2. ¿Es admisible el recurso interpuesto?

3. ¿Corresponde hacer lugar a las nulidades impetradas?

4. ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Sr. Juez Pitlevnik dijo:

Los letrados defensores de las coimputadas Mariana Buchniv, Yanina Graciela Gogonza y Vanina Gisela Diap solicitaron, en su escrito impugnativo, informar oralmente a esta Alzada.

En virtud de ello, corresponde designar audiencia oral en los términos en que lo requieren, de conformidad con el artículo 447 del CPP., toda vez que a mi entender la solicitud abastece lo previsto por el art. 442, segundo párrafo del CPP.

Así lo voto.

A la primera cuestión el Sr. Juez Stepaniuc dijo:

Me aparto del voto de mi colega preopinante toda vez que a mi entender la audiencia solicitada debe ser rechazada pues los peticionantes no han dado fundamentos suficientes de la necesidad para la realización del acto (art. 442 CPP).

Así lo voto.

A la primera cuestión el Sr. Juez Cayuela dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante, Dr. Stepaniuc, por sus mismos motivos y fundamentos.

Así lo voto.

A la segunda cuestión el Sr. Juez Pitlevnik dijo:

Los recursos interpuestos por los Sres. Defensores fueron presentados dentro del plazo previsto por el artículo 441 del CPP., por lo que entiendo que el requisito temporal se encuentra cumplido. Por otro lado, quienes apelan resultan ser las defensas técnicas de las imputadas, respecto del auto que resolvió elevar la presente causa a juicio, impugnación que se encuentra expresamente prevista en el artículo 337 último párrafo del CPP.

En virtud de lo expuesto, entiendo que los recursos de apelación fueron interpuestos en forma tempestiva y por quienes tenían derecho a hacerlo, razón por la cual deben ser admitidos (artículos 337 último párrafo, 421, 439, 441, 442 y 443 del CPP.) y así habré de proponerlo al acuerdo.

Así lo voto.

A la segunda cuestión el Sr. Juez Stepaniuc dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante Dr. Pitlevnik por sus mismos motivos y fundamentos.

Así lo voto.

A la segunda cuestión el Sr. Juez Cayuela dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante Dr. Pitlevnik por sus mismos motivos y fundamentos.

Así lo voto.

A la tercer cuestión el Sr. Juez Pitlevnik dijo:

1. Como ya fue mencionado, los letrados defensores de Buchniv, Gogonza y Diap -por un lado- y el letrado Defensor de Nuñez -por el otro-, por diferentes motivos, solicitaron la nulidad del auto de elevación a juicio, y el mencionado en último término solicitó -además- la nulidad de la grabación efectuada por el denunciante.

2. Desde mi punto de vista, estos planteos no pueden tener acogida favorable.

En primer lugar, tanto los ataques a la validez de la imputación que realizan los Dres. Mercau, de Estrada y Mougán, como los que apunta el Dr. Murcho a la validez de la grabación no fueron planteadas en el momento procesal oportuno.

El artículo 205 del CPP. regula la oportunidad para la articulación de las nulidades y establece en que momento estas, bajo sanción de caducidad, pueden deducirse.

3. Con relación al planteo nulificante dirigido a la grabación efectuada por la víctima, rige el inciso 1 del artículo 205 del CPP. ya referido, por lo que debería haber sido planteada (en el mejor de los casos) en la oportunidad del artículo 336 del CPP., cosa que el esmerado defensor no hizo, sino que -por el contrario- la trae a conocimiento de esta Alzada al momento de recurrir la elevación a juicio. Los fundamentos que brindó para justificar tal situación no me convencen, toda vez que -a diferencia de lo que sostiene- ya en la

requisitoria de elevación a juicio fue ponderada y -además- fue el detonante de toda la presente investigación.

4. Sin perjuicio de ello, tampoco comparto los argumentos del recurrente en cuanto a la invalidez de la grabación ya que no encuentro afectación alguna a derechos constitucionales.

Es cierto lo que afirma el Sr. Defensor Particular en cuanto a que se realizó sin control jurisdiccional, pero ello se debió a que la grabación en crisis no fue realizada por ningún órgano del Estado en el marco de una investigación ya comenzada, sino por la iniciativa privada del denunciante en un acto de defensa con relación a actos delictivos en perjuicio de su hija de un año y seis meses de edad. La pretensión de que los padres violentaron la intimidad de las maestras para grabar conversaciones en que éstas denigraban, amenazaban y maltrataban a los niños de la guardería, no resiste el menor análisis, a menos que se pretenda que los niños no tenían intimidad a resguardar. Lo que los padres de M. H. realizaron fue un acto en defensa de su hija, supuesto respecto del cual existe una pacífica doctrina en cuanto a la legitimación del afectado, a registrar la agresión de que es objeto sin requerir el filtro procesal impuesto a la autoridad estatal en la investigación de hechos delictivos (por todos, ver Garibaldi, Gustavo, "Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito", Ad Hoc, Bs. As, 2010, pag. 244 y sigs.).

Descartada la cuestión de nulidad, los argumentos que esgrime el apelante contra tal grabación tienen que ver con cuestiones relativas a la valoración probatoria. En otras palabras, los cuestionamientos aludidos en cuanto a su autenticidad y a la posibilidad de edición deben ser analizados en cuanto al mayor o menor valor probatorio que los jueces puedan darle a una grabación efectuada en el contexto de la realizada en la presente, pero no la invalida como prueba para tener en cuenta.

5. El criterio de oportunidad referido en los puntos 2 y 3, debe aplicarse - a mi modo de ver- a la nulidad del auto de elevación a juicio que articulan los Dres. Mercau, de Estrada y Mugan, relacionado con la alegada vaguedad e imprecisión de la imputación.

De hecho, previo al dictado del auto de elevación a juicio que se tilda de nulo, la misma imputación venía contenida en la requisitoria de elevación a juicio, sin que los letrados defensores hayan articulado nulidad alguna relacionada con tal cuestión en la oportunidad del artículo 336 del CPP.

Por otro lado, si bien la técnica utilizada por el representante del Ministerio Fiscal para relatar el hecho no es la mejor, lo cierto es que no advierto que dicha técnica haya generado un conculcamiento del derecho de defensa de la imputadas, el que ha sido debidamente ejercido mediante la correspondiente oposición a la requisitoria de elevación a juicio que todos los letrados presentaron. Nadie ha sido sorprendido en cuanto a cuál es la conducta endilgada, en qué contexto se realizó y de qué modo afectó a los niños contra los que se dirigía.

6. Con relación al planteo nulificante subsidiario del auto de elevación a juicio efectuado por el Dr. Murcho relacionado con la supuesta violación al principio de congruencia, entiendo que tampoco puede prosperar.

Desde mi punto de vista, el Magistrado no ha utilizado elementos de prueba no tenidos en cuenta por la Fiscalía, sino que por el contrario, tanto el órgano acusador como el órgano encargado de la decisión tuvieron en cuenta los mismos elementos probatorios.

La supuesta falta de higiene, inadecuada alimentación, abandono por largos períodos y climatización de los ambientes -que indica el letrado defensor- ha sido descripta por los padres de los niños damnificados, y sobre estas declaraciones -junto con otra prueba- se sostiene la imputación del Ministerio Fiscal a la que los Sres. Defensores se opusieron en la oportunidad del artículo 336 del CPP.

El auto del Juez Garante no ha hecho más que presentar la prueba y la imputación fiscal sin agregar elementos que sorprendieran a la Defensa. Cierto es que la exposición de los fundamentos del juez son de un detalle y profundidad sobresaliente; pero es evidente que la decisión del magistrado no debe ser una copia del pedido fiscal, sino una resolución razonada a partir de las críticas vertidas por la Defensa en la oportunidad prevista en el art. 336 del C.P.P. En respuesta a dichas críticas, el juez de la instancia ha realizado un análisis tan meduloso y preciso de la prueba traída por el fiscal, que no encuentro resquicio alguno como para que el cuestionamiento de los recurrentes pueda tener éxito.

7. Finalmente, y como lo he sostenido en anteriores pronunciamientos (Causa 77.780/II entre otras) el instituto de la nulidad no es un recurso que las partes cuenten para hacerlo valer cuando no estén de acuerdo con una resolución judicial, sino que solo puede dictarse ante las inobservancias

procesales previstas en el artículo 201 del CPP y ante una violación a una Garantía Constitucional conforme el artículo 203 del CPP., siempre que estas generen un perjuicio.

En la presente, además de no verificarse inobservancia ni violación a garantía constitucional -por los fundamentos ya indicados-, los recurrentes no demostraron el perjuicio que los supuestos actos tildados de nulos les causarían.

En tal sentido: "en materia de nulidades debe primar un criterio de interpretación restrictiva y solo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que causa un perjuicio irreparable, mas no cuando falte una finalidad práctica de admisión... De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, que va en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también esta interesado el orden público" (CSJN., "Acosta, Leonardo y otros s/robo calificado en grado de tentativa", 4-5-2000, publicado en fallos 323:929).

Asimismo, ha sostenido el máximo tribunal federal, que "para que prospere la declaración de nulidades procesales, se requiere la existencia de un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el sólo cumplimiento de la ley importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia." (CSJN, Clutterbuck, Marcos, 23-10-2007, del dictamen de la Procuración General de la Nación al que la Corte remite, publicado en fallos: 330:4549).

El mismo criterio ha sostenido el Tribunal de Casación Penal de esta Provincia que tiene dicho que: "A tenor de la reforma impuesta por la ley 13.260 al texto del artículo 201 del Código Procesal Penal se establece la idea de que toda nulidad es de carácter manifiestamente excepcional, de allí que debe demostrarse perjuicio, el que no podrá consistir en la mera pérdida de chance de salir absuelto" (Tribunal de Casación Penal provincia de Buenos Aires, Sala I, c/nº 10.820 "recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal").

8. En virtud de lo expuesto, es que he de proponer al acuerdo que no se haga lugar a las nulidades articuladas (artículos 201 y ss. del CPP.).

Así lo voto.

A la tercer cuestión el Sr. Juez Stepaniuc dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante, Dr. Pitlevnik, por sus mismos motivos y fundamentos.

Así lo voto.

A la tercer cuestión el Sr. Juez Cayuela dijo:

La cuestión a quedado dirimida por mis colegas preopinantes, por lo que me eximo de efectuar consideraciones.

Así lo voto.

A la cuarta cuestión el Sr. Juez Pitlevnik dijo:

1. En primer lugar, estimo que corresponde recordar que opera la apertura de esta instancia en los términos del art. 434 del CPP., que atribuye a este Tribunal de Alzada el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los motivos de los agravios expuestos por los recurrentes; pudiéndose conocer mas allá de ellos cuando eso permita mejorar la situación de las imputadas (artículo 435 del CPP.).

2. En la resolución materia de recurso, el Sr. Juez *a quo* entendió que se encontraba acreditado con el grado de probabilidad requerido en esta etapa procesal y conforme el Agente Fiscal de intervención intimara a las imputadas, el hecho que a continuación se transcribe de manera textual: *"Que en el año lectivo del 2012 y en la colonia de vacaciones de enero del 2013, en el Jardín de Infantes "Tribilín" sito en la calle O'Higgins 591 de la localidad y partido de San Isidro, de la Pcia. de Buenos Aires, Mariana Buchniv (maestra especializada en Educación inicial (-fs. 356 y vta-), Yanina Gogonza, Di Pascuale, Graciela Nélica; Nuñez, Noemí (Maestra especializada en Educación inicial -fs 246-); Gallardo, Noelia Soledad y Diap Vanina Gisela (Profesora de Educación inicial -fs.828 y vta-), en su carácter de maestras (Buchniv, Nuñez y Diap) del establecimiento educativo antes mencionado y el resto personal de dicha entidad, colocaron en peligro la vida y la salud tanto física como psíquica de los niños: ..., con extremos capaces de repercutir tanto en su vida como en la integridad física y psíquica- de los mismos, al no prestarles la ayuda, vigilancia cuidados, auxilio y contención necesarios para su desarrollo, educación, manutención, preservación, e integridad de la salud llegando a agredirlos psíquicamente mediante dichos amenazantes e insultos diciéndole : "cada vez que viene con el padre ...(se dirige a otra femenina presente en el lugar) cada vez que viene con el padre viene hecha una loca" "que se vaya a jugar , no lo soporta mas, anda a jugar anda, anda a jugar... andate a*

jugar."Susú, Susú...para que se le todo el ojete . Chicas, se le ve la bombacha. El bambino se está cagando de la risa porque se les ve la bombacha a ustedes..."se escucha el sonido de un golpe y luego el llanto de un niño"VOZ DE UN NIÑO: se puso en la nariz el dedo.!. que se ponga el dedo en el ojete decile, en el culito" . "se escucha el llanto persistente de un niño.1-deja de gritar, callate , deja de gritar!!! Queres ir a la pileta, bueno callate, callate!!!Callate."44 1-preparen que ahora vamos a la pileta .1-porque la otra se la lleva siempre de arriba y me revienta.1 C. veni para acá, vos mira como está ella, si ella también va a ir(se escucha el llanto de una niña), no, no, no, C. sabes porque ? Porque te la llevas siempre de arriba, sacate las cosas vos C..Vení Quicu.Callate C., callate, callate, C. guai(fonético) que vayas a decir cualquier huevada a tu casa, escuchaste."1. Ponete a guardar enferma mental ...guardá, andá a guardar....J. a guardar.1-guai (fonético) que me vomites, me entendiste ?Me entendiste? Entendiste? Sentate aca enferma (se escucha el llanto de una niña) Sentate acá. Callate !!! Ay J. basta ...4 VOZ DE UN NIÑO : no, al agua no, al agua no, al agua no (entre llantos y gritando)."1. si... 1. viste, comé vos. Abrí la boquita, guai que vomites."1- mirá porque vomitaste, si nadie te había dicho nada. Decime porque vomitaste decime porque vomitaste, decime porque vomitaste....porque vomitaste. Cuanto juntaron. Vivi? Por qué vomitaste te estoy preguntando, porque vomitaste."1- Por tu bien que hayas tragado ya M., eh..."1 ponete a comer la concha de tu hermana, que no tenés..."1- ay M. porque te tengo que terminar de cagar a palos M. porque si estas haciendo las ..."1- te estas clavando el .. te estas clavando el tenedor en la garganta, estúpido.F.!!! Ponete a comer , que mierda te pasa F. ? Odio cuando te haces el tarado,eh""en vez de mirarme la Cajeta ponete a comer "1- dale M., no me hagas que te pegue, porque te voy a pegar fuerte, porque ya ...1- pendeja de mierda ..(se escucha el llanto de una niña, cuando de te pase seguís comiendo la concha de tu hermana terminala, callate la boca, mira lo que hiciste, mirá lo que hiciste .. basta , basta J., J. No le hice nada boluda, porque si me decis que yo la estaba obligando . Que vas a hacer, come con N. ...estúpida . Deja de hacer, (le pega a la niña) deja de hacer...a hora resulta que se te da vuelta el orto y te pones a hacer arcadas boluda- 1. y porque es una caprichosa de mierda ... callate, no te quiero ni escuchar mas, eh.Vas a seguir comiendo como que me llamo Yanina te aviso, sí.Vas a querer agua o me la vas a escupir (se escucha el llanto de la niña). Dejá de hacer fuerza J. (le pega a la niña ,

deja de hacer fuerza porque vas a terminar mal ahora me hiciste calentar enserio, esta loca nena" 1- puedes levantar el tenedor y comer. Agarra primero el tenedor, dale F. ..F. te llevo al agua eh, come eso ...1 F. te sentas ... Mira F., ponete a comer porque yo ya no tengo ... es mi último día pero los voy a terminar cagando a palos con unas ganas a todosAsí las cosas y mediante dichos extremos, colocaron en situación de desamparo a los mencionados niños, personas estas incapaces de valerse por si, dada la escasa edad, y labilidad psíquica como las características físicas, y personales de los mismos, y respecto de quienes tenían la obligación especial de mantener y cuidar, conforme a las tareas correspondientes a la función que las mismas cumplían, teniendo conocimiento acabado de dichos extremos ya que como se refirió precedentemente algunas de ellas resultaban ser maestras, cuidadoras, hallándose permanentemente presentes y al auxilio de los menores (no realizando ninguna acción tendiente a salvaguardar a los niños) Mas aun dicha situación incluso se tradujo en causar daños en la psiquis de los menores de edad tal como surge del las pericias psicológicas de fs. 811/812; 813/815; 816/817; 821/823 y 850/852; 824/826 y 847/849; 839/841; 853/845; 877/879; 888/890; 891/893; 894/896; psicodiagnóstico de fs. 957/958 y amenazas respecto de los mismos a los que amedrentaron psíquica y psicológicamente."

Dicho evento, lo entendió constitutivo *prima facie* de los delitos de abandono de personas agravado por el resultado, amenazas y lesiones leves, previstos en los artículos 106 párrafo segundo, 149 bis y 89 del CP., en concurso real.

3. Todos los recurrentes se agravan respecto a dos cuestiones centrales: El valor probatorio de las declaraciones de los padres de los niños damnificados y la inexistencia de constancias médicas para acreditar las lesiones y el grave daño a la salud del artículo 106 segundo párrafo del CP.

Para una mayor claridad expositiva habré de tratarlos en ese orden, y luego me dedicaré a los agravios que no son comunes a los tres recurrentes

4. En cuanto a los testimonios de los padres de los niños, entiendo que las quejas no pueden tener acogida favorable.

No corresponde invalidar ex-ante el testimonio de los denunciante o víctimas por su sola calidad de denunciante o víctima -como pretende el Dr. Del Rio-, sino que debe realizarse una valoración en concreto, es decir caso por caso, a efectos de asignarle el valor probatorio pertinente.

Tampoco encuentro razonable el criterio relativo a que los testimonios de los padres no deban ser admitidos porque no estuvieron presentes cuando ocurrían los hechos. Esta circunstancia, desde un punto de vista estrictamente fáctico, es correcta, pero tampoco invalida los testimonios.

Los padres de los niños que concurrían al establecimiento "Tribilín" expusieron bajo juramento lo que sus hijos pequeños, con las limitaciones expresivas propias de sus cortas edades, les contaron. También expusieron actitudes o reacciones peculiares que notaron en sus hijos luego de que el hecho materia de investigación tomara estado público.

No existe razón alguna para neutralizar el valor de esos dichos en la medida que concurran a generar convicción y que se los evalúe con la prueba restante. Y de hecho, el relato de los padres concurre de manera inequívoca con los demás elementos colectados. Coinciden con lo que dicen los vecinos Jorge Enrique Maccari y Florencia Castagli, con lo que aprecian los peritos que vieron a los niños, con el contenido de la grabación que, a su vez, resulta verosímil en un todo, si se tiene en cuenta que, como bien señala el juez de la instancia, coincide con otros elementos que confirman su autenticidad (me refiero a las coincidencias en cuanto al día en que Gogonza habría ido al médico, el día en que las imputadas se probaban ropa, la fiebre de uno de los niños a la que se hace alusión en la grabación, el día en que un vecino tocó el timbre preocupado por el modo en que lloraban los niños, los golpes que se escuchan en el audio). Además, se trata de la concurrencia por vías autónomas de relatos que convergen en muchos aspectos, como por ejemplo, la metodología de inmersión en el agua que las imputadas utilizaban para maltratar a los niños (tanto a aquél al que se lo hacían como a los que entendían el contenido de la amenaza).

El Dr. Murcho refirió, en este sentido, que los dichos de los padres no se encuentran corroborados por el médico que intervino en el allanamiento ni por los peritos.

A mi modo de ver, esta afirmación es parcialmente correcta. Es cierto que el médico que intervino en el allanamiento concluyó que las lesiones que constató no eran indicativas de ningún tipo de maltrato físico (conforme surge del informe médico impreso en hoja de fax y agregado a fs. 29 del principal). Sin embargo, no concuerdo con que los dichos de los padres no hayan sido corroborados por los peritos.

En efecto, los daños psicológicos que describen los padres de los niños que concurrían a "Tribilín" se encuentran corroborados mediante las pericias psicológicas obrantes a fs. 811/812 respecto de L. Z., 813/815 respecto de C. G. D., 816/818 respecto de K. A. (K.), 821/823 respecto de A. M., 824/826 respecto de P. C. (P.), 891/893 y vta. respecto de los gemelos I. y L. V. y 894/896 y 932 de M. B. C.; así como por los testimonios de los pediatras de los nombrados L. Z., J. y F. J. obrantes a fs. 987/988, 997/998 y 993/994 respectivamente.

El contenido de las pericias psicológicas indicadas, da cuenta de un daño compatible con el exigido por el tipo objetivo del delito de lesiones que permite sostener el grado de sospecha necesario para pasar a la etapa de juicio.

La salud psíquica -y por lo tanto una afectación de tal carácter- está incluida en el concepto genérico de Salud, que configura un elemento normativo del tipo del artículo 89 del CP.

La O.M.S. definió ya en el año 1946 que "La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades". En tal sentido y con cita al pensamiento de Soler, sostiene Donna que: "la alteración del psiquismo constituye también el delito de lesiones, siempre que pueda afirmarse que se trata de una alteración patológica, sea ésta durable o relativamente pasajera, como el desmayo, excluyéndose todo lo que es pura impresión, sensación o percepción. Con relación al daño psíquico, no sólo se incluyen los casos en que se causa una enfermedad mental a la víctima (ej. alienación), sino también cuando se la afecta psicológicamente. En este caso, no alcanza con el mero agravio moral sufrido, sino que debe haber un real daño psíquico sobre el damnificado. El daño en la salud puede referirse al funcionamiento general de todo el organismo o a ciertas funciones particulares." (Donna, Edgardo, "Derecho Penal Parte Especial", ed. Rubinzal Culzoni, Tomo I, pg. 137).

Este mismo criterio podría aplicarse al agravante por el resultado del segundo párrafo del artículo 106 del CP., aunque no se encuentra claro -al menos a esta altura- que la afectación sea de una gravedad tal que habilite la aplicación de dicha agravante. Sin embargo, no corresponde el tratamiento de tal cuestión en virtud de la regla establecida en el artículo 23 inciso 5º del CPP. y toda vez que la aplicación o no de dicha agravante no incide en la coerción

de las imputadas, que nunca se encontraron privadas de su libertad en el presente proceso. Tampoco encuentro que la no aplicación de dicha agravante -llegado el caso- aparezca como el *vehículo de una pretensión definitiva y actual* de la parte recurrente, ni que pueda tener consecuencias relevantes y concretas en el proceso (como podría ser v. gr. el dictado de una prescripción).

5. En cuanto al agravio introducido por los Dres. Mercau, de Estrada y Mougán relativo al argumento de la certeza negativa que utiliza el Sr. Juez *a quo*, desde mi punto de vista no corresponde en la presente la aplicación del artículo 323 inciso 6º del CPP., en primer lugar porque no advierto que se encuentre agotada la posibilidad de aportar nuevos elementos al juicio, o de reforzar los existentes. Sumado a ello, como ya lo dijera, el hecho imputado -mas allá de las falencias en su relato- se encuentra razonablemente acreditado, con el grado de conocimiento exigido en esta etapa procesal.

6. Por último, tampoco puedo compartir el agravio introducido por el Dr. Murcho relativo a la atipicidad del abandono de persona.

A mi modo de ver el abandono que cuestiona el recurrente surge -con el grado de conocimiento exigido en esta etapa procesal- de las declaraciones testimoniales de los vecinos del jardín, obrantes a fs. 133/134 y 170/171, así como de lo que refieren los padres de los niños damnificados.

Estos últimos, concuerdan en que les eran devueltos con mucha hambre, el cuerpo frío, sucios, defecados y orinados. Es decir, las condiciones en que eran retirados de la guardería importaban una falta de atención o cuidado que las imputadas estaban llamadas a procurar. El juez garante ha analizado con precisión los dichos de los padres en cuanto a las enfermedades de los niños a raíz del frío o la irritación por la falta de cambio de pañales. En este sentido, es suficientemente indicativo lo declarado por la Sra. Sandra Elizabeth Stella (fs. 284/285) en cuanto al modo en que comprobó que a su hija R. B. G. de un año de edad, quienes debían cuidarla la dejaron durante horas con el mismo pañal sucio (en el mismo sentido declararon Alejandra Daniela Ortega a fs. 146/147, Nestor Javier Villafañe a fs. 256/257 y Sandra Marina Gervasoni a fs. 395/396 y vta.).

También es demostrativo de la situación lo declarado por los vecinos Jorge Enrique Maccari y Florencia Castagli (fs. 133/134 y 170/171 respectivamente) pues los dos, de manera independiente, explicaron que era

tan desgarrador el llanto de los niños escuchado desde la calle que hacía sospechar que eran dejados a su suerte, sin ser atendidos.

Debe tenerse en cuenta que, por tratarse el delito del artículo 106 del CP. de un tipo penal omisivo en posición de garante (omisión impropia), lo que configura la tipicidad objetiva es realizar cualquier otra conducta distinta a la debida, en una situación típica.

En tal sentido: "El tipo omisivo objetivo sistemático, por su naturaleza, debe captar ante todo una situación objetiva que se da en llamar *situación típica*... [e]l núcleo del tipo objetivo es la exteriorización de una conducta *distinta de la ordenada*" (Zaffaroni, Eugenio Raúl y otros, "Derecho Penal. Parte General", ed. Ediar, pg. 573)

Desde mi punto de vista, esto fue lo que hicieron las imputadas, sin perjuicio de la gravedad y la relevancia típica de las amenazas y lesiones que también hayan cometido. Una persona encargada del cuidado de niños, que a lo largo de varias horas les pega, o los introduce en agua fría, los amenaza, los maltrata y los deja durante mucho tiempo a su suerte; no me cabe duda de que comete delitos de acción y de omisión por los cuales debe responder ante el Estado.

El deber de actuar viene dado por lo que la doctrina denomina "posición de garante", que, si bien no vino cuestionada (y hace a la tipicidad objetiva que sí se cuestiona) se configura con claridad desde el punto de vista personal por la calidad de docentes y responsables de un establecimiento educativo que revestían las imputadas. En tal sentido: "la posición de la omisión en el suceso que condujo al resultado debe ser comparable a la posición del autor que realiza la conducta comisiva y estar al mismo nivel. Desarrollada sobre la base de la teoría final de la acción, el puente decisivo tendría que haberlo construido el concepto de dominio del hecho, porque este concepto no se basa en la mera causalidad, sino en el dominio proporcionado por el hacer activo de la totalidad del suceso que conduce a la lesión del bien jurídico" (Schüneman, Bernd, citado por Donna, "Derecho Penal. Parte General", ed. Rubinzal Culzoni, Tomo VI, pg. 296). Me eximo de mayores apreciaciones pues la decisión criticada a desarrollado con solvencia y profundidad lo atinente a la cuestión.

7. Por los motivos expuestos es que he de proponer al acuerdo que se confirme la resolución recurrida en cuanto no hace lugar al sobreseimiento de Mariana Buchniv, Yanina Graciela Gogonza, Vanina Gisela Diap, Noemí

Elizabeth Nuñez y Noelia Soledad Gallardo, y en cuanto dispone elevar a juicio la presente causa, seguida a las nombradas, en orden a los hechos provisoriamente calificados como constitutivos del delito de abandono de personas agravado por el resultado, lesiones leves y amenazas, los que concurren materialmente entre sí (artículos 45, 106 segundo párrafo. 89 y 149 bis del CP., 23 inc. 5, 209, 210, 323 inciso 3 -a contrario- 434 y ccdtes. del CPP.).

Finalmente, corresponde tener presente las reservas de recurrir en Casación, ante la Suprema Corte de Justicia de esta provincia y de Caso Federal, efectuadas (artículos 451, 483 del CPP. y 14 de la ley 48).

Así lo voto.

A la cuarta cuestión el Sr. Juez Stepaniuc dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante Dr. Pitlevnik, por sus mismos motivos y fundamentos.

Así lo voto.

A la cuarta cuestión el Sr. Juez Cayuela dijo:

La cuestión ha quedado dirimida por mis colegas preopinantes, por lo que me eximo de efectuar consideraciones.

En virtud del resultado de la votación de las cuestiones planteadas, el Tribunal,

RESUELVE:

Por mayoría, I. NO HACER LUGAR a la audiencia solicitada por los letrados defensores de las coimputadas Mariana Buchniv, Yanina Graciela Gogonza y Vanina Gisela Diap, por los motivos expuestos en el considerando (artículo 442 del CPP.).

II. DECLARAR ADMISIBLES los recursos de apelación interpuestos contra la resolución que obra en copias a fs. 83/111 de la presente incidencia, de conformidad con los motivos expuestos en el considerando (artículos 337 último párrafo, 421, 439, 441, 442 y 443 del CPP.).

III. CONFIRMAR la resolución que obra en copias a fs. 83/111 de la presente incidencia en cuanto no hizo lugar al sobreseimiento de Mariana Buchniv, Yanina Graciela Gogonza, Vanina Gisela Diap, Noemí Elizabeth Nuñez y Noelia Soledad Gallardo, y en cuanto dispuso elevar a juicio la presente causa, seguida a las nombradas, en orden a los hechos

provisoriamente calificados como constitutivos del delito de abandono de personas agravado por el resultado, lesiones leves y amenazas, los que concurren materialmente entre sí (artículos 45, 106 segundo párrafo. 89 y 149 bis del CP., 23 inc. 5, 209, 210, 323 inciso 3 -a contrario- 434 y ccdtes. del CPP.).

IV. TENER PRESENTES las reservas de recurrir en Casación, ante la Suprema Corte de Justicia de esta provincia y de Caso Federal, efectuadas (artículos 451, 483 del CPP. y 14 de la ley 48).

Regístrese, notifíquese y devuélvase a la instancia de origen a sus efectos.

Sirva lo proveído de atenta nota de envío.

FDO: LEONARDO G. PITLEVNIK- JUAN E. STEPANIUC- LUIS C. CAYUELA

Ante mí: ADRIANA R. ERNAGA