

///Isidro, 14 de febrero de 2013

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en el presente incidente de eximición de prisión en relación al pedido articulado por los Sres. Defensores particulares, Dres. José M. E. de Estrada y Manuel Mougán, a favor de Yanina Gogonza y de Mariana Buchniv, por el Dr. Adrián Murcho a favor de Noemí Nuñez y por el Dr. Maximiliano Marga a favor de Noelia Soledad Gallardo, en el presente incidente correspondiente a la Investigación Penal Preparatoria número 14-00-917-13 del Area Ejecutiva de Correccionales de la Oficina Fiscal de Distrito San Isidro –sede central- carpeta 16.910 del registro interno de este Juzgado de Garantías N° 3 Departamental.

Y CONSIDERANDO:

Los Sres. Defensores Particulares actuantes, Dres. José M. E. de Estrada y Manuel Mougán, solicitaron se conceda la eximición de prisión de sus asistidas Yanina Gogonza y Mariana Buchniv, conforme las previsiones del artículo 185 del Código de Procedimiento en materia Penal, bajo caución juratoria, indicando que las nombradas no registran antecedentes penales ni causas en trámite, poseen domicilio y profesión conocidas, se han puesto a derecho y han colaborado con la investigación. Todas ellas, razones que impiden considerar que su permanencia en libertad constituya un peligro para la investigación o peligro de fuga. Desde la consideración de la defensa técnica el delito por el cual fueron imputadas tiene prevista una pena cuyo máximo no supera los ocho años de prisión.

Por su parte el Dr. Adrián Murcho manifestó la voluntad de su representada de intervenir activamente en la investigación (designar perito de parte, solicitar copia de la causa, prestar declaración), refiriendo que su ahijada procesal vive en la jurisdicción del departamento judicial desde hace muchos años, tiene o tenía hasta el inicio de la presente trabajo estable y, conforme las notificaciones cursadas y la diligencia de allanamiento practicada en su domicilio, ha demostrado su clara intención de no evadir el accionar de la justicia y/u obstaculizar la investigación. Trajo a colación pronunciamientos jurisdiccionales reafirmando el principio de libertad durante el

proceso y la referencia a los pactos y normas constitucionales de donde abrevan los pronunciamientos.

El Dr. Maximiliano Marga fundó su requerimiento en el principio de inocencia y el derecho a la libertad ambulatoria (Art. 18 de la Constitución Nacional), señalando además que su asistida no obstaculizará la investigación y se someterá a proceso.

El artículo 185 del Código de forma faculta a toda persona que se considere imputada en un delito en causa penal determinada, cualquiera sea el estado en que esta se encuentre y por sí o por terceros, a solicitar al órgano competente que entienda en el proceso, su eximición de prisión.

Presentada, el órgano judicial interviniente deberá calificar el o los hechos imputados y determinar si con arreglo a dicha estimación es procedente la excarcelación ordinaria y por ende la eximición de prisión (Art. 186 del C.P.P.).

El Ministerio Público Fiscal requirió la detención de Noemí Nuñez, Mariana Buchiniv, Yanina Gogonza, Graciela Di Pascuale y Noelia Gallardo (ver fs. 307/323 del cuerpo principal). En su extenso requerimiento el fiscal significó jurídicamente el hecho materia de imputación que, a su criterio, se encuentra a primera vista acreditado (Art. 151, 308 ss. y cc., del C.P.P.), y que, además, atribuye con idéntica intensidad participativa al conjunto de personas imputadas, como constitutivo del delito de Abandono de persona agravado en los términos del artículo 106 2do. párrafo del Código Penal.

El hecho fue relatado del modo siguiente "...durante la colonia de verano correspondiente al mes de enero de 2013, y forma reiterada, Noemí Nuñez en coautoría criminal con Mariana Buchiniv, Yanina Gogonza, Noelia Gallardo y Graciela Di Pascuale; siendo las dos primeras docentes y responsables del establecimiento Jardín Maternal Tribilin –revistiendo Noemí Nuñez la calidad de Directora del establecimiento- (respecto del cual la Dirección de Educación de Gestión Privada por pedido de su Representante Legal la Sra. Ada Josefina Micheletto, dispuso convalidar con fecha 19 de octubre de 1999, el cierre definitivo del Jardín de Infantes de Gestión Privada denominado "Tribilin" (Registro DIGEP nro. 1776) del distrito de San Isidro, que dejó de funcionar como tal a partir del 31 de diciembre de 1996 (fs. 77/80)-; en forma indistinta, y desde el comienzo de la jornada de la guardería maternal (08:00 hs.) hasta el retiro de los niños menores (tres, dos y un año de edad y bebés de meses),

concurrentes al lugar, abusando de su situación de incapacidad, ponían en peligro la salud de los mismos colocándolos en situación de desamparo diariamente dispensándole malos tratos, como asimismo omitiendo sus deberes de cuidar a los niños incapaces de valerse por sí, generando una privación de los auxilios debidos y el aislamiento de los inmediatos auxilios posibles, de modo que generaban a diario una situación de peligro actual en la salud de las víctimas incapaces de lograr por sí lo necesario para que su integridad física no corra peligro. Causando un grave daño en la salud de los niños, quienes presentan claros síntomas de traumas psicológicos de su salud tales como: fobia al agua, pesadillas, retraimiento, tratamiento por bajo peso, agresión en sus juegos y a sus progenitores, masturbación en exceso, llantos continuos, negación a la socialización en cuanto a la concurrencia al establecimiento objeto de estos autos y temor a la corrección de sus progenitores, destacando en especial el caso del niño Nicolás Gerber quien dos años después (teniendo en la actualidad casi cuatro años de edad) al revivir a través de los medios de comunicación masiva somatizó la situación traumática vivida en dicho jardín cuando asistiera al mismo orinandose siendo este una situación que jamás según referencia materna le había sucedido...”. Así, en los términos expresados, resulta el hecho que a criterio del Ministerio Público Fiscal se encuentra reconstruido en estos obrados.

La significación propuesta por el Ministerio Público Fiscal, esto es la calificación legal ensayada -dejando por fuera toda discusión en torno a si se ajusta a derecho y a las circunstancias fácticas de la investigación- permite considerar la situación de las imputadas en el marco del artículo 169 inciso tercero del Código de Procedimiento en materia Penal. Así queda normativamente determinado que, con arreglo a la calificación seleccionada, resulta procedente la excarcelación ordinaria y por ende la eximición de prisión.

A esto debe agregarse las pautas normativas estipuladas para el análisis del requerimiento, esto es lo dispuesto por el artículo 1, 3, 144, todos del ordenamiento ritual y 18 de la Constitución Nacional y la referencias efectuadas por los requirentes en torno a la carencia de antecedentes de las nombradas, el arraigo en el territorio de la provincia de Buenos Aires y los indicadores objetivos de sometimiento a proceso empíricamente demostrados en estos obrados, derivados de la efectiva notificación a las imputadas de los derechos que les asisten (conforme las constancias de fojas 13, 15, 75,

137, 138, 140 de los autos principales) y la voluntad de sometimiento predicable de quien ejerce sus derechos y facultades de un modo concreto dentro del proceso, provocando la decisión del órgano jurisdiccional con el requerimiento traído a despacho.

Las manifestaciones de las defensas en torno a la carencia de antecedentes de sus asistidas no vienen controvertida desde el órgano acusador, quien pudo -aunque no lo hizo- solicitar los antecedentes ante el Registro Nacional de Reincidencia y su paraigual provincial, ello cuanto menos desde el primer día de anoticiado el hecho ilícito, trámite que no le insume mas de 24 horas.

Entonces, sin antecedentes penales que puedan ser considerados para resolver la cuestión, debe señalarse la imposibilidad de descartar que en el supuesto caso de recaer condena por el hecho típico escogido por el fiscal -sin abrir juicio sobre el acierto de la imputación-, la misma sea en suspenso, en orden a la pena en expectativa y las circunstancias personales de las imputadas, todo ello -reitero- en la hipótesis de máxima propuesta desde el Ministerio Público Fiscal.

Como modo de neutralizar los peligros procesales de fuga y/o entorpecimiento en la recolección de datos de conocimiento que vienen sugeridos por el Fiscal en su requerimiento de detención, lo que además otorgará conocimiento empírico sobre el comportamiento de las imputadas y su sometimiento o no a proceso, considero prudente conceder la eximición de prisión bajo caución juratoria con más la obligación especial de comparecer mensualmente ante el órgano jurisdiccional de intervención (del 1 al 10 de cada mes) mientras dure el proceso (Art. 180 del C.P.P.).

Por imperio del artículo 16 de la Constitución Nacional y 11 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, corresponde resolver respecto de Graciela Di Pascuale.

Esto se explica del modo siguiente.

Inmotivadamente quienes fueron tratadas en un plano de igualdad en la imputación cursada por el Ministerio Público Fiscal, fueron privadas del conocimiento de la imputación y de la notificación de las medidas de investigación dispuestas.

En este sentido se aprecia como arbitraria -por ausencia de motivación- la selección del órgano acusador , quien garantizo el conocimiento de la imputación y el control de las medidas ordenadas a Yanina Gogonza, Mariana Buchniv y Noemí Nuñez y actuó a espaldas de Gallardo y Di Pascuale.

La pretensión de encierro de las cinco personas mencionadas sobre quienes se predica conforman un grupo activo que han emprendido acciones contrarias a la norma o han omitido hacer lo debido, sin diferenciación de roles, sitúa a la Sra. Di Pascuale en una posición desventajosa respecto de sus consortes cuya evidencia se aprecia al ser ésta la única que no requirió la eximición de prisión.

Esto es, a primera vista, atribuible al desconocimiento de la imputación, situación que no encuentra explicación plausible por parte del director del proceso y requiere su corrección desde el órgano de garantías, no sólo porque los principios constitucionales citados así lo exigen, sino además porque la pretensión de encierro por el mismo hecho para unas y otras propone un supuesto idéntico a la exigencia de actuación que deriva del artículo 173 del ordenamiento ritual ("...Pluralidad de imputados.- Si se pidiera la excarcelación a favor de un imputado en causa seguida contra varios, el órgano interviniente deberá expedirse sobre la procedencia o improcedencia de lo petitionado en lo que respecta a los demás, aun cuando no lo hayan solicitado, salvo que expresamente pidieren que el Juez no se pronuncie sobre el punto, o se tratare del supuesto establecido en el artículo 170 de este ordenamiento.).

Sobre el principio de libertad durante la sustanciación del proceso como regla debe decirse "...Es del caso recordar que por principio constitucional la única fuente legítima que el Estado tiene para privar de la libertad personal a un sujeto es la condena con culmina el debido proceso legal (Art. 18 C.N.), por lo que antes de ese estadio, toda facultad para cercenar la libertad personal tiene que interpretarse en forma restrictiva y proporcionada. De tal modo, el principio de proporcionalidad exige que las restricciones a los derechos fundamentales previstas por el ordenamiento positivo sean adecuadas a los fines legítimos a los que se dirijan y corresponde su aplicación siempre que sean idóneas y necesarias al fin perseguido. En consecuencia, es dable afirmar que dicho principio es una técnica para garantizar el respeto integral de los derechos fundamentales frente a los órganos de poder del Estado. Por su parte, el principio de razonabilidad no se detiene en fijar un contenido a las leyes, sino que requiere que toda la actividad del poder estatal -en cualquiera de sus ámbitos y funciones- sea siempre ejercida con un contenido razonable: *"(...) La razonabilidad es un elemento de la proporcionalidad y ésta implica dos exámenes: uno, anterior a la decisión, es decir hacia los argumentos que justifican una convicción, referidos a la necesidad de hacer*

injerencia, conectandola probable existencia de un hecho y el objeto de esa intromisión y,segundo, un exámen referente a la proporcionalidad en sentido estricto, en tanto hay una ponderación de bienes perseguidos: tal el supuesto en que, en determinada situación, no se justifique la privación de libertad de un imputado frente al costo de no poder llevar adelante el proceso (...)” (De Luca, Javier, “Pruebas sobre el Cuerpo del Imputado o testigos y las Garantías Constitucionales”, en Revista de Derecho Penal, Garantías Constitucionales y Nulidades Procesales, Ed. Rubinzal-Culzoni). Los principios descriptos, como se adelantó, tienen su fuente primera en la Constitución Nacional, la que expresamente establece que “ (...) *Los principios, garantías y derechos reconocidos (...) No podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio (...)* ” (Art. 28). Por su parte la Corte Suprema, en ejercicio de su función protectora de los derechos y garantías constitucionales, ha dicho que la prisión preventiva tiene como fundamento evitar que se frustre la acción de la Justicia, esto es que se entorpezca la investigación o que se eluda su decisión (condena), por lo que la sola referencia a la pena establecida para el delito por el que se acusa no constituye fundamento válido para su dictado, debiéndose precisar en cada caso cuáles son las circunstancias concretas de la causa que permiten presumir fundadamente que el imputado intentará burlar la acción de la Justicia (Fallos: 320:2105 y 321:3630). Siguiendo un similar orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que “ (...) *Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas o métodos que, aún calificados de legales, puedan reputarse como incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales del individuo por ser irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad (...)*” (*in re* C.I.D.H., “Villagrán Morales”, rta. el 19/11/1999, en Suplemento de Derecho Constitucional, La Ley, 19/10/2001, pág. 78)...” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional – Sala I – 07/diciembre/2007 – Luis Soro Broncano).

No se encuentra acreditado, por el momento, los extremos excepcionantes para decidir por el encierro de las imputadas.

Ahora bien, sin perjuicio de que lo expresado cierra la discusión sobre la procedencia del instituto, y que la pesquisa impide, por el momento y dada la carencia de conocimiento, efectuar con precisión el juicio de subsunción que reclama la norma procesal -señalando a todo evento que de lo actuado hasta la fecha no es posible -ni correspondería a éste órgano- alternativas típicas más cargosas a la propuesta-;

corresponde efectuar ciertas precisiones vinculadas con la imputación fiscal con el objeto de dejar a salvo la mirada del órgano jurisdiccional en torno a la actividad persecutoria desarrollada y plasmada, hasta este momento, por el Fiscal Departamental de San Isidro.

Con ese objetivo debe decirse que lo primero que revela la imputación son groseros defectos de intimación. Para señalar el más plausible merece especial consideración que el relato fiscal ha seleccionado un espacio temporal preciso en la reconstrucción de las acciones y/u omisiones típicas, las que quedaron circunscriptas del modo siguiente "... durante la colonia de verano correspondiente al mes de enero de 2013...", luego continua la imputación diciendo "...destacando en especial el caso del niño Nicolás Gerber quien dos años después (teniendo en la actualidad casi cuatro años de edad) al revivir a través de los medios de comunicación masiva somatizó la situación traumática vivida en dicho jardín cuando asistiera al mismo orinándose siendo este una situación que jamás según referencia materna le había sucedido...", esta porción no guarda correlación con el segmento temporal definido por el propio Ministerio Público Fiscal, las presuntas acciones y/u omisiones típicas cuyo destinatario resultó el menor Gerber son vinculables a hechos pretéritos expresamente dejados fuera de la imputación fiscal -sin ingresar a la consideración sobre la convicción emergente del legajo para realizar esa afirmación-.

Tampoco se aprecian acreditados los extremos objetivos y subjetivos requeridos por la figura típica seleccionada por el órgano acusador, ni en su modalidad básica ni en aquella agravada.

A modo de ejemplo debe señalarse que la afirmación "...Causando un grave daño en la salud de los niños...", no encuentra constatación científica alguna y aunque la fiscalía pueda considerarla plausible el juicio penal requiere la acreditación de cada uno de los extremos afirmados.

La actividad desarrollada no alcanza a satisfacer los extremos necesarios para definir el hecho y su significación jurídica en los términos pretendidos por la Fiscalía Departamental de San Isidro, aún teniendo en consideración el grado de conocimiento que requiere la media de coerción (Art. 151, 308 y concordantes del C.P.P.), convirtiendo en prematura su pretensión y en desproporcionado el ejercicio del poder de persecución penal que le fuera conferido por el legislador. Debería el Fiscal extremar

todas las medidas a su alcance para sumar conocimiento a la investigación, con la premura que el caso exige, antes de requerir encierro como solución a los conflictos penales.

A partir de lo expresado, desde mi punto de vista, sólo arbitrariamente puede afirmarse como acreditados los extremos objetivos y subjetivos del tipo penal escogido. De sostenerse tal postulado, se incurriría en afirmaciones sobre las que no son predicables verdad o falsedad, conteniendo, de manera contraria al proceso penal garantista, afirmaciones decisionistas insusceptibles de ser refutadas contrafácticamente. La verdad y falsedad son las categorías que deben adjudicarse a la reconstrucción que se hace en el proceso penal de los hechos ocurridos en la realidad. Luigi Ferrajoli afirma, en "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal". (Ed. Trotta, Madrid 1995): "Podemos llamar 'decibilidad de la verdad procesal' y 'decisión sobre la verdad procesal' respectivamente a la verificabilidad (y refutabilidad) y a la verificación (o confutación) de las motivaciones judiciales y configurar la alternativa epistemológica entre garantismo y autoritarismo en el derecho penal como una alternativa entre la presencia y la ausencia de las condiciones -o garantías- que aseguran una y otra. Allí donde la verdad sea indecible y/o indecisa, la decisión judicial se toma conforme otros criterios, relativos a valores distintos de lo 'verdadero' y lo 'falso' y, a diferencia de éstos, enteramente confiados a la discrecionalidad del juez. Allí donde, en cambio sea decidible, la decisión del juez es controlable y (relativamente) vinculada; pero en tal caso hay que aclarar su naturaleza específica, explicando las elecciones que también intervienen en la aceptación de la verdad fáctica y de la verdad jurídica, además de los criterios y las reglas que las justifican" (Página 65).

Por lo expuesto es que;

RESUELVO:

CONCEDER LA EXIMICION DE PRISION a NOEMI NUNIEZ, MARIANA BUCHINIV, YANINA GOGONZA, NOELIA GALLARDO y GRACIELA DI PASCUALE, bajo caución juratoria (art. 181 del C.P.P.) y con la obligación especial de comparecer mensualmente (del 1 al 10 de cada mes) ante el órgano jurisdiccional de intervención. A a tal fin líbrese citación para que las nombradas comparezcan a formalizar el acta dentro del quinto día de notificadas bajo apercibimiento de revocarse la eximición de prisión concedida. (arts. 169 inc. 1ro., 185 y 186 del C.P.P.).

Regístrese. Notifíquese. Fecho, remítase al Ministerio Público Fiscal a sus efectos, sirviendo lo proveído de atenta nota de envío.

Ante mi:

Se libró oficio. Conste.