

IPP9640/I

Número de Orden:259

Libro de Interlocutorias nro.13

Bahía Blanca, septiembre 06 de 2.011.

AUTOS Y VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto a fs. 1/4vta., de la presente incidencia, por el señor Auxiliar Letrado de la Unidad de Defensa n° 4 Departamental, doctor Martín David Daich, **contra la resolución de fs. 13/16vta., que convirtió en prisión preventiva la detención que viene sufriendo su pupilo M. N.B..**

Y CONSIDERANDO:

Que la Defensa Oficial cuestiona la acreditación del acceso carnal, sosteniendo la carencia de prueba respecto a la comisión del ilícito que se le endilga a su defendido, entendiendo que con los elementos reunidos hasta ese momento, sólo alcanza para justificar un abuso sexual simple. Por otra parte, el recurrente entiende que el señor B. no se encontraba encargado de la guarda de la menor y que tampoco surge que existiera una convivencia previa de la cual el procesado hubiese aprovechado.-

Que analizadas las constancias de prueba existentes en la causa principal Nro. 02-00-009400-11 -que se tiene a la vista-, entendemos que el decisorio en crisis debe ser confirmado.

La materialidad delictiva y la probable autoría responsable de N. M. B., cuenta con elementos de convicción suficientes para sostenerse (art. 157 inc. 3ro., del Código Procesal Penal) y ello respecto al ilícito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser -momentáneamente- encargado de la guarda y por la situación de convivencia preexistente, en los términos del artículo 119

párrafo 3ero., en función del párrafo 4º incisos b) y f) del Código Penal, por los motivos que a continuación se detallan.

En efecto, contrariamente con lo sustentado por el impugnante, se advierte de los diversos elementos reunidos en autos, que en el caso y con la provisoriedad de la etapa procesal que se transita, se halla probado el acceso carnal referido.

En primer término, corresponde ponderar la denuncia del progenitor de la menor, señor M. A. M. (fs. 1), a partir de la cual, es posible obtener los primeros indicios -graves y concordantes- sobre la conducta desplegada por el prevenido, toda vez que tanto la posición en la que lo sorprende: "*...arrodillado sobre el piso con las piernas abiertas, con D. entre medio de ellas...*" como lo que la niña le manifiesta al salir de tal traumática situación: "*...ME QUIERE METER EL COSO ME DUELA LA COLA...*". Lo transcrito resultan ser claros indicadores de un camino, y que partiendo de dos hechos conocidos (posición en que se lo divisó al imputado más los dichos de la menor), se llega a una lógica conclusión y permiten acompañar la resolución recurrida y rechazar los embates del impugnante.

Es que en el mismo sentido obran las constancias del informe médico de fs. 11/12, practicado por el Dr. Hugo Abraham quien describe en el exámen vaginal de la niña, irritación perivulvar con himen perforado de reciente data. En dicho exámen se obtienen hisopados y extendidos vaginales y anales.

Los resultados de dichas pruebas se pueden apreciar a fs.132/135, los que si bien no pudieron ser tenidos en cuenta en oportunidad del dictado de la medida restrictiva de libertad, resulta otro elemento de sospecha que permite reforzar la hipótesis del señor Juez A-Quo, en función de justificar la materialidad ilícita y la autoría de B..

El registro positivo de PSA surgido en uno de los hisopos vaginales y de los anales, aunado a la determinación de dicho antígeno en las prendas tanto del procesado como de la menor –especialmente en la bombacha celeste que la madre indicó como la que le había dejado puesta al salir- y en otros elementos periciados, permiten afirmar la presencia de material genético masculino en los partícipes del acontecimiento y en los lugares (acolchado por ejemplo), donde denunciara el padre de la menor que acaeció el hecho.

Los dichos de la víctima (en el informe médico aludido inicialmente) de que el procesado le habría metido el dedo en la vagina, contrapuestos por la defensa en su interés de desmerecer la calificación penal impuesta, son reforzados por los indicios que emergen de los medios de convicción precedentemente citados, y por la coincidente versión de M. A. M. y de la propia víctima sobre la desnudez del procesado, tal lo expuesto en la pericia psicológica de fs. 137/138, donde la niña precisa que *"...su tío le sacó la ropa interior y la penetró con el dedo y con el 'coso que tiene para hacer pis' (sic)..."*.

Por lo expuesto, cabe tener por acreditado "prima facie" el acceso carnal cuestionado por el doctor Martín Daich en el hecho descrito, sin dejar de hacer una última aclaración. Si bien existe probabilidad positiva con respecto a la materialidad delictiva y a la autoría penalmente responsable (art. 157 inc. 3ero. del Rito), lo cierto es que, aún en caso de haberle dado razón a la defensa con respecto a que el elemento introducido en la vagina de la menor hubiese sido un dedo, consideramos que por las circunstancias de realización y por las lesiones que se le causaron en la vagina a la niña, sin dudas sería caracterizado como abuso sexual gravemente ultrajante en los términos del art. 119 segundo párrafo del C.P., que en relación con las agravantes del 4to. párrafo prevé la misma penalidad que la del 3er. párrafo que se da por acreditado, lo que sería una diferencia sin que varíe la situación cautelar del prevenido, volviéndose

una discusión de mero interés académico.

Con respecto al ataque cursado por el recurrente, en cuanto a las agravantes con que ha calificado el hecho el A-Quo, también entendemos que merece confirmación. El imputado ha resultado encargado de la guarda de la víctima, y en lo fáctico ha sido tan así que le permitió accionar en forma libidinosa sin control -esa noche- teniendo en cuenta que sólo estaba con la víctima en la vivienda (no cuento la presencia de otra menor por su muy escasa edad, y teniendo en cuenta que la madre había partido al casino).

Esta calificante, se funda en la particular relación del agente con la víctima, y, sustancialmente en la infracción de las obligaciones asumidas -en el caso voluntariamente- por quien tiene a su cargo su guarda, por el quebrantamiento de la confianza y respeto que, en esa relación, merece el victimario a la víctima y la violación de los deberes de protección que a éste le corresponde ejercer. Entendemos así que queda comprendida, en sentido amplio, toda persona que esté de hecho encargada de la guarda, aún cuando esta relación no sea desempeñada con continuidad o regularidad; la ley no impone esos requisitos como elementos del tipo penal objetivo para fundar la mayor punibilidad, sino que lo que contempla a tal fin, lisa y llanamente, es la mencionada particular relación del agente con la víctima.

En tal sentido, se ha resuelto (aunque en un caso donde la relación aún era más fugaz que en estos obrados): *"...La circunstancia calificante en los delitos contra la integridad sexual en relación al encargado de la guarda se aplica al guardador de derecho y de hecho tenga esta guarda carácter permanente o no, haya asumido la persona el manejo del menor por propia decisión o sea el resultado de la actividad o trabajo que realiza. La razón de la agravante está dada en que la condición -de médico en este caso- le facilita la acción delictiva al sujeto activo, por la confianza, el respeto o simplemente la cercanía que ello importa. Es decir la agravante no adquiere su justificación "en el*

hecho de ser o revestir tal condición", sino en las consecuencias que ello conlleva". (C.N.C.P., Sala II, registro n° 7061.2 "Barrionuevo, Jorge del Valle s/recurso de casación" de fecha 22/10/04, en causa: 5288, citándose: Nuñez, Ricardo "Derecho Penal Argentino" -Parte Especial-, Tomo IV, págs. 273 y ss. Cafferata Nores, José Ignacio "La guarda de menores", págs.104 y ss. Fontán Balestra, Carlos "Tratado de Derecho Penal", Tomo V, Parte Especial, pág. 95).

En similar sentido: "...debe señalarse que el argumento del recurrente relativo a que el contacto del imputado con los menores fue circunstancial no alcanza para desechar la agravante adoptada por el Juzgador desde que, tanto el inc. b del art. 119 como el "in fine" del art. 125 del código sustantivo, al mencionar la agravatoria de ser el sujeto activo encargado de la guarda, no exigen requisito alguno vinculado con la permanencia o temporalidad de la guarda para que el hecho resulte agravado..." (T.C.P.B.A., Sala II, de fecha 21/10/04 en causa 8851).

También (y si bien resulta un tema de puro interés dogmático porque la concurrencia de agravantes no agrava la penalidad en este estadio sí resultando de interés al momento del fallo definitivo y dentro de los parámetros de los arts. 40 y 41 del C.P.), es posible afirmar que el procesado se encontró, en relación con su víctima, en una situación de convivencia y que aprovechó de tal circunstancia para desplegar su conducta.

La calificante surge esencialmente por la cohabitación que tenían ambos, calidad que se ve aseverada por el testimonio de su hermana (fs. 10) y referencia en acta de procedimiento de fs. 14, por el domicilio denunciado por aquél a fs. 15 y declaración de fs, 35/36, de donde es posible colegir la oportunidad elegida por el procesado tanto por la cercanía que existía entre ambos como por la confianza que la menor le dispensaba por razón de la convivencia.-

Todo lo hasta aquí expuesto, lo es con el fin de darle

debida respuesta al planteo efectuado por la Defensa y demostrando así que con los medios de convicción supra referidos, se encuentran acreditados con el grado de probabilidad positiva requeridos en los extremos previstos por el art. 157 del Rito, debiéndose confirmar el fallo apelado.

Por último y con respecto a la previsión del inciso 4to. del art. 157 del C.P.P., se hace saber que no existe medida menos gravosa a imponer en este estadio que la prisión preventiva en Unidades Carcelarias de esta provincia, lo que también se viene confirmando. En particular se meritúa la existencia del peligro procesal de fuga a partir de la objetiva y provisional valoración de las características del hecho imputado (y que no vienen discutida por la defensa) y la pena que se espera como resultado del procedimiento la cual en su mínimo asciende a los 8 años de prisión y en su máximo los 20 años.

Por estos fundamentos; **SE RESUELVE: confirmar el auto de fs. 13/16vta. de esta incidencia, que convirtió en prisión preventiva la detención que viene sufriendo el encausado N. M.B., en orden al delito de abuso sexual con acceso carnal, agravado por la situación de convivencia preexistente, en los términos del artículo 119 párrafo 3ero, en función del párrafo 4º incs. b) y f) del Código Penal (Arts. 439, 447 y ccdts. del Código Procesal Penal). Notifíquese y firme procédase a su devolución a la instancia de origen.**