

"B., Félix Eduardo s/ abuso sexual sin acceso carnal agravado – Recurso de Casación -"

SENTENCIA NUMERO: DOSCIENTOS TREINTA Y DOS

En la ciudad de Córdoba, a los quince días del mes de setiembre de dos mil diez, siendo las once horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la doctora Aída Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos "B., Félix Eduardo p/a abuso sexual sin acceso carnal agravado –Recurso de Casación-" (Expte. "C", 63/2009), con motivo del recurso de casación interpuesto por los Dres. Carlos Pedro Brochero y Leonardo Gustavo Flores, a favor del imputado Félix Eduardo B., en contra del Auto número noventa y uno, del veintiocho de octubre de dos mil nueve, dictado por la Cámara en lo Criminal de Segunda Nominación de esta ciudad de Córdoba. Abierto el acto por la Sra. Presidente, se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

- 1)-. ¿Han sido erróneamente aplicados los arts. 76 bis y 132 del CP?
- 2)-. ¿Qué resolución corresponde dictar? Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. María Esther Cafure de Battistelli, Aída Tarditti y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel.

A LA PRIMERA CUESTIÓN: La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo: I. Por Auto número noventa y uno, del veintiocho de octubre de dos mil nueve, la Cámara en lo Criminal de Segunda Nominación de esta ciudad de Córdoba, resolvió: "...No hacer lugar al pedido de suspensión del juicio a prueba requerido por el imputado Félix Eduardo B. patrocinado por los Dres. Carlos Pedro Brochero y Leonardo Gustavo Flores (arts. 76 bis y 132 del CP)..." (fs. 191 vta.). II. Los Dres. Carlos Pedro Brochero y Leonardo Gustavo Flores defensores del imputado Félix Eduardo B., interponen recurso de casación en contra de la aludida resolución e invocan el motivo sustancial (CPP, art. 468 inc. 1), por cuanto consideran que la misma ha inobservado el art. 76 bis del CP y ha aplicado erróneamente el art. 132 del CP. Concretamente, exponen que el fallo en crisis impidió a su asistido acceder al beneficio de la suspensión del juicio a prueba, pese a que el caso concreto reúne todos los requisitos legales contemplados en la normativa regulatoria de dicho instituto (arts. 76 bis, ter, concordantes y correlativos del CP). Agregan que el art. 132 del CP contempla el avenimiento entre la víctima y el imputado en el supuesto de los delitos previstos por el art. 119 del CP pero a instancia o solicitud de la propia víctima, lo cual configura una situación diferente a la planteada en autos. Sostienen que no se aplica lo dispuesto en el art. 132 del CP cuando el acusado de un delito contra la integridad sexual solicita la probation, conforme el contenido de dicha norma que reseña. Señalan que el avenimiento es una nueva institución de "conciliación" creada por la ley que configura una causa de extinción de la acción y no de la pena. Asimismo, entienden que dicha institución requiere que la víctima sea mayor de 16 años y que ella proponga el avenimiento con el imputado. Mencionan que también el acusado puede solicitar el beneficio y que en este caso lo importante es la víctima y su intención de conciliar con aquél. Estiman que este instituto de excepción necesita que su aplicación haya sido solicitada libremente por la víctima, aunque esté dirigida al supuesto autor, y deberá presentarse ante el Juez o Tribunal de la causa. En la hipótesis de que el acusado no haya consentido las condiciones de la propuesta, el Juez o Tribunal puede aún considerarla viable, o procurar conciliar a las partes modificando dichos requisitos. Aducen que cumplidos todos estos requisitos la acción penal quedará extinguida o el Tribunal puede disponer la aplicación y suspensión del proceso a prueba de los arts. 76 ter y quáter del CP. Consideran que en el caso de autos evidentemente no fue formulada ninguna proposición de avenimiento por parte de la víctima -más allá que la misma

no tenga a la fecha de presentación 16 años, lo tornaría dicha proposición inviable-, sino que por el contrario, su representado formuló una solicitud de suspensión del juicio a prueba. Agregan que si bien es cierto que la última parte del mencionado art. 132 del CP, se refiere de manera expresa a la probation, lo hace simplemente a los fines de enunciar una facultad que tiene el Tribunal de la causa ante una propuesta de avenimiento formulada por la víctima, consistiendo ella en un período de prueba, en lugar de declarar extinguida la acción penal (art. 76 ter del CP). Arguyen que si la intención del legislador hubiese sido otra en la normativa que regula la suspensión del juicio a prueba se hubiese efectuado la aclaración pertinente o cuanto menos se remitiría expresamente al art. 132 del CP, siendo que las normas que contemplan el beneficio de la probation no mencionan o remiten al art. 132, así como tampoco efectúa excepción alguna a las reglas generales de aplicación a este beneficio en el supuesto de petición del instituto en el marco de imputaciones de delitos contra la integridad sexual. Advierten que aunque la víctima presente la petición de avenimiento con todos los requisitos legales, el propio juzgador puede desecharla si no la considera pertinente, pues expresamente se establece que si aquélla fuere mayor de dieciséis años podrá proponer un avenimiento con el imputado, pudiendo el Tribunal excepcionalmente aceptar la propuesta que haya sido libremente formulada. Ello siempre que la propuesta surja de la víctima. Reprochan que frente a la norma contemplada en el art. 132 del CP -que resulta ambigua producto de una defectuosa técnica legislativa- la resolución denegatoria del beneficio solicitado contiene una errónea interpretación de la misma, que causa perjuicio al imputado y que contradice los fines propios de la institución solicitada y las normas de derecho interno e internacional. Es por ello, afirman, en dicha resolución no predomina el método sistemático. Indican que el análisis integral de la disposición que contemple no sólo los fines para los cuales el instituto fue creado sino también el complejo normativo en el que se inserta (normas nacionales -constitucionales, sustanciales y procesales- e internacionales - arts. 5, inc. 6 de CADH; 10.3 del PIDCP; regla 63 y ss. de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de reclusos de la ONU, todas en función del art. 75 inc. 22 CN), en el cual rige un derecho penal de mínima intervención, en procura de la resocialización del acusado, evitando la condena y con ella los efectos estigmatizantes y aflictivos del derecho penal. En este contexto, resalta que se impone la utilización de un criterio de interpretación amplio del art. 76 bis del CP, que habilite los beneficios del instituto de la suspensión del proceso a prueba a quienes en razón de la pena podrían gozar de la condena condicional. Señalan que debe examinarse la finalidad buscada al crear la probation, esto es, el descongestionamiento de los puntos críticos de la organización judicial, con el objeto de incrementar la idoneidad en la persecución y la penalización de los delitos de elevada gravedad, evitando que los tribunales vean perturbado su funcionamiento con el tratamiento de causa más leves, a la vez que se limitan los efectos estigmatizantes de la reacción penal. Sugieren que sería de dudosa constitucionalidad que la institución se redujera a un problema de tipos penales y no a montos de penas, ya que con ello se estaría violando la garantía de la igualdad de la ley (art. 16 CN). No obsta lo anterior, según los quejosos, que el Fiscal de Cámara haya manifestado que no corresponde su intervención, quedando supeditada la aplicación del instituto de la probation a la manifestación expresa de la representante de la menor, por cuanto dicho dictamen fiscal no resulta vinculante, si el Tribunal estimase que, en todo caso, podría corresponder condena condicional. Sostienen que el delito endilgado a B. es de acción pública y por la pena prevista en abstracto, es posible que en el caso de delitos con máximos mayores a tres años la aplicación para la hipótesis de condena, la suspensión de la ejecución de la misma. Estiman que no es menester el estudio del dictamen fiscal y que la parte damnificada se limita a aceptar o rechazar la oferta de reparación -in totum y sin reservas- juzgada como razonable por el juez, con la posibilidad en el segundo caso de iniciar la correspondiente acción civil. Recuerdan que el legislador optó por establecer que el consentimiento del damnificado constituye una condición a que se somete el imputado una vez concedido el beneficio, por lo que la falta del mismo no supone una traba al tratamiento de la cuestión principal, es decir, verificar si el encartado cumple con los recaudos contemplados en art. 76 bis del CP, de conformidad con el escrito presentado por su defendido el día 13 de octubre de 2009.

Solicitan que este Tribunal case la resolución impugnada en este punto, aplicando correctamente el derecho sustantivo, que en lo que aquí respecta significa conceder la suspensión del juicio a prueba a favor de Félix Eduardo B., declarando que no es aplicable el art. 132 del CP, según las condiciones establecidas por los arts. 76 bis, ter, concordantes y correlativos del CP (fs. 194/199). III. El Tribunal de mérito resolvió denegar la suspensión del juicio a prueba solicitada por el imputado, destacando que "...no resulta procedente el pedido de suspensión del juicio a prueba requerido por el imputado B. patrocinado por los Dres. Carlos Pedro Brochero y Leonardo Gustavo Flores. El instituto de la probation tiene como finalidad buscar un modo más equitativo de armonizar el conflicto, orientando su solución hacia un sistema no punitivo, con el mejor resguardo del interés de la víctima buscando el eximente de pena para el acusado. En este mismo orden de ideas la ley 25087, que ha reformado el art. 132 del CP, establece un régimen especial para la suspensión del juicio aplicable a los delitos contra la integridad sexual dentro del cual se encuadra el hecho que se le atribuye al encartado. El precepto legal mencionado establece que a los fines del avenimiento, el Tribunal deberá tener particularmente en cuenta la comprobada relación afectiva preexistente entre víctima y victimario y que la propuesta libremente efectuada por la víctima mayor de dieciséis años, se presente como el modo más equitativo de armonizar el conflicto en resguardo de su interés. Conforme lo dijera el máximo Tribunal de la Provincia en los autos "BONKO, Orlando Luis p/a Abuso sexual con acceso carnal", Sentencia n° 158 del 5/07/2007, una vez comprobada la existencia de todos los requisitos necesarios según el art. 132 del CP, para el avenimiento, recién allí se podrá analizar la concesión del beneficio de la probation al acusado, de esta manera la inexistencia de los primeros, funciona como un obstáculo insalvable para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba. La norma especial del art. 132 del CP fija las condiciones que deben concurrir para la concesión de la probation en los delitos contra la integridad sexual. Se encuentran ausentes esas condiciones exigidas si la víctima mayor de 16 años no ha propuesto el avenimiento con el imputado y no se ha probado una relación afectiva preexistente entre ellos. En el caso que nos ocupa la víctima YEB tiene quince años de edad a la fecha, por lo cual no puede prestar el consentimiento necesario para proponer el avenimiento y además según su representante legal ha manifestado su voluntad contraria para ello. En consecuencia no se encuentran dados los presupuestos para entrar a considerar el pedido de suspensión del juicio a prueba realizado"(fs. 190 vta./191). IV. De la detenida lectura de la impugnación, se colige que el núcleo del agravio presentado por los recurrentes, apunta a solicitar la revisión del fallo de marras en orden a la errónea interpretación que se ha efectuado del art. 76 bis. del CP. A los fines de dar respuesta al agravio traído por los impugnantes, debemos recordar, previamente, los fundamentos que hemos vertido en precedentes anteriores (TSJ, "Bonko", S. n° 158, 05/07/07; "Azcurra" S. n° 315, 18/11/08, "Gordo", S. n° 347, 18/12/08). 1. El instituto de la probation tiene como finalidad buscar un modo más equitativo de armonizar el conflicto, orientando su solución hacia un sistema no punitivo, con el mejor resguardo del interés de la víctima y buscando el eximente de pena para el acusado. Este propósito deja traslucir el cambio de paradigma de la justicia penal, que busca una opción a la tradicional respuesta consistente en que la acción penal se agota en una sentencia, que en caso de condena, impone una pena. No deben perderse de vista los principios que lo guían: el de mínima suficiencia: entendiendo por tal "...la aceptación de un cierto nivel de conflicto sin una consecuente reacción de las instituciones de control jurídico penal, pese a no haber dudas sobre la lesividad del comportamiento... asumido a cambio de los beneficios en libertad individual obtenidos..." (Lascano Carlos, "Derecho Penal, Parte General", Advocatus, Córdoba 2002, pág. 114-115) y el de proporcionalidad mínima conforme al cual "el costo de derechos de la suspensión del conflicto debe guardar un mínimo de proporcionalidad con el grado de la lesión que haya provocado" (Zaffaroni, Eugenio, "Derecho Penal, Parte General"; Edgar, Bs As. 2000, pags. 123-124); todo como parte de una línea de pensamiento orientada hacia las exigencias de un derecho penal de mínima intervención. 2. Asimismo, la Sala se ha expedido respecto de la posibilidad o no de conceder el beneficio de la suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis del CP) en los supuestos de delitos de acción pública dependiente de instancia privada. Desde el

primer precedente sobre dicho tópico ("Bonko", cit.) se ha precisado que ante este tipo de delitos, prevalece el interés privado por sobre el público en la persecución penal, debido al particular bien jurídico protegido (art. 72 CP); es la víctima o su representante legal quien elige impulsar la investigación, derribando el obstáculo legal de la instancia. El telos normativo del art. 72 del CP otorga la facultad de instar al agraviado, a menos que éste sea menor de edad no emancipado, en cuyo caso la ejercen en orden excluyente sus representantes legales, tutor o guardador.

3. Concretamente, en relación a los delitos sexuales, la ley 25.087 (de fecha 14/05/99), reemplaza la rúbrica del Título III del Libro Segundo del Código Penal que rezaba, "Delitos contra la honestidad" por la de "Delitos contra la integridad sexual" y redefine el bien jurídicamente protegido: se trata ahora de la integridad sexual de la persona y no de un concepto público de honestidad o de la honra de los varones allegados a la víctima. Percibir este cambio es necesario para una mejor comprensión de la sustitución de la anterior eximente de pena, el matrimonio por el avenimiento, como vía excepcional para la exclusión de la punibilidad de algunos de estos ilícitos, tanto de modo inmediato, como a través de la suspensión del juicio a prueba. Esta ley 25087, en el art. 132 del CP, establece un régimen especial de suspensión del juicio a prueba, que habilita el beneficio para particulares supuestos, propiciando un nuevo modelo de reacción legal. En este sentido, el espíritu de la ley coincide con la finalidad –ya señalada- de la probation, en cuanto indica un cambio de paradigma de la justicia penal, buscando una respuesta alternativa a la habitual, en la solución de conflictos. La sustitución del matrimonio por el avenimiento judicialmente controlado y aprobado, que puede dar lugar a la extinción de la acción penal, en forma inmediata, o luego de un período de prueba, mantienen la anterior posibilidad de un final no punitivo (la del sustituido art. 132), sólo que con otra base. En efecto, a los fines del avenimiento, el tribunal deberá tener particularmente en cuenta la comprobada relación afectiva preexistente entre víctima y victimario y que la propuesta libremente efectuada por la víctima mayor de dieciséis años, se presente como el modo más equitativo de armonizar el conflicto en resguardo de su interés, en cuyo caso –según establece la propia ley-, quedará extinguida la acción o también podrá disponer la suspensión del juicio a prueba (Laje Anaya-Gavier, "Notas al Código Penal Argentino, Actualización a la primera edición. Ed. Marcos Lerner, pags. 403/404). Por cierto, que estas vías alternativas de resolución se presentan como una excepción y su habilitación está sometida a esas fuertes condiciones que deberán ser objeto de un estricto control judicial, que neutralizará el peligro de manipulación sobre las víctimas. Es que al considerar como condición necesaria que el avenimiento haya sido realizado en condiciones de plena igualdad y libremente expresado, se soslaya la potencial desigualdad entre víctima e imputado, se neutraliza cualquier exageración de sus pretensiones, se resta posibilidad a la privatización del derecho penal y se atiende el interés en la armonización del conflicto humano subyacente en el delito, descartando cualquier posible actuación abusiva del imputado (autor y obra citados).

4. En definitiva, a través de estos institutos alternativos, se intenta plasmar las nuevas corrientes en materia de victimología que pretenden una mayor protección de la persona ofendida, sujeto generalmente ausente del proceso penal, situación que se potencia en el caso de estos delitos (sexuales) por la naturaleza traumática que los mismos implican para la víctima al atentar contra su intimidad personal (Arocena, Gustavo; "Delitos contra la integridad sexual"; Ed. Advocatus, pags. 182/186). Es que, si bien debe procurarse satisfacer la pretensión punitiva del Estado, no debe olvidarse el reclamo de la víctima de que se atiendan sus intereses, recurriendo a una alternativa legítima cual es la de participar en la definición de su conflicto, procurando la reparación del daño sufrido. Se buscan soluciones posibles para desplazar a la coacción penal o para suavizarla aún en delitos que a pesar de su gravedad generan costos adicionales para el damnificado; costos que sólo la víctima puede decidir, dado el carácter predominantemente privado e íntimo del interés protegido. Negar la posibilidad de avenimiento, en consecuencia, significaría una sustitución autoritaria de la voluntad y el interés de la víctima, por un presunto interés público, secundario en delitos de esta naturaleza. Es que si la simple voluntad de la víctima puede evitar "ex ante" la persecución y punición, no se encuentra muchas razones para que no pueda evitarlos "ex post". Como corolario de todo lo

expuesto, en esta especial clase de delitos sexuales, recién una vez comprobada la existencia de todos los requisitos necesarios según el art. 132 del CP para el avenimiento, podrá analizarse la concesión del beneficio de la probation al acusado; la inexistencia de los primeros, entonces, funciona como un obstáculo insalvable para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba. La norma especial del art. 132 CP fija así las exigencias a que debe ajustarse la concesión de la probation en este tipo de delito.

5. Por ello, es menester recordar las condiciones impuestas por el art. 132 del CP que deben verificarse para que la propuesta de avenimiento sea procedente:

- * Existencia de una expresa y libre manifestación de voluntad del proponente mayor de 16 años de edad.
- * Situación de igualdad entre víctima y victimario.
- * Especial y comprobada relación afectiva preexistente.
- * El avenimiento debe ser el modo más equitativo de armonizar el conflicto, con el mejor resguardo del interés de la víctima.

V. Una vez sentadas las bases precedentes, se hace necesario atender a las concretas constancias de la causa. De ellas surge que:

1. Conforme la requisitoria de citación a juicio las conductas desplegadas por Félix Eduardo B. encuadran en el delito de abuso sexual calificado por el vínculo existente entre el imputado y la víctima –abuelo y nieta-, reiterado tres hechos (arts. 45 y 119 último párrafo en función del inc. “b”, primer supuesto del CP).
2. La menor víctima, YEB, tenía entre 9 y 11 años de edad al tiempo en que se perpetraron los hechos delictivos.
3. La damnificada del delito es nieta del imputado, existiendo entre ellos –antes de los hechos de la presente causa- vínculos afectivos propios de la relación entre abuelo y nieta.
4. La víctima no ha propuesto un avenimiento con el acusado ni se encuentra en condiciones de proponerlo (menor de dieciséis años), como se verá más adelante.
5. El día trece de octubre de dos mil nueve, el imputado solicitó la suspensión del juicio a prueba (fs. 182/183), ofreció en concepto de reparación patrimonial a la Sra. Roxana Elizabet Nieva en su carácter de representante legal de la menor YEB el pago liso y llano de la totalidad del tratamiento profesional que la aludida menor requiriera para recuperarse del posible y/o supuesto daño psicológico que manifestaba tener, en la Institución Privada y/o Profesional de la Psicología que la representante legal de la menor indicara, redundó su propuesta haciéndose cargo del pago de la totalidad los honorarios profesionales y gastos de todo tipo (transportes, medicamentos, etc.) que devengan de dicho tratamiento.
6. En lo sustancial, el Representante Legal de la menor expuso que conforme surge de la copia de DNI glosada a fs. 02, la víctima en ese momento tenía 15 años, por lo tanto se hallaba ausente el requisito de la edad exigido por el art. 132 del CP, no encontrándose aquélla en condiciones de proponer un avenimiento con el imputado (fs. 186 vta.).
7. El Fiscal de Cámara manifestó que, conforme lo dispuesto por el art. 132 y art. 119, 1er. párrafo, en función del último párrafo apartado b del CP, corresponde, por un lado, dar participación al Representante Legal de la menor con la finalidad de analizar la concesión o no de la suspensión del juicio a prueba toda vez que es un requisito indispensable de procedencia de la medida solicitada, si se consideraba la relación afectiva preexistente (abuelo-nieta) para un mejor resguardo del interés de la víctima, y por el otro, que su dictamen no es vinculante pues en el caso prevalece el interés privado sobre el interés público de reprimir el delito (fs. 185).

Luego de oír al Representante Legal de la víctima, expuso que su dictamen concediendo o no el beneficio requerido queda a cargo de aquél, pues es el único que puede aceptar o no la propuesta de avenimiento (fs. 188).

Según lo expuesto, el caso de autos, no sólo que no ha existido una propuesta de avenimiento por parte de la víctima del delito, sino que, a más de ello, la misma tampoco se encuentra en condiciones de poder realizarla, ya que se trata de una víctima menor de 16 años (ésta poseía al tiempo de la presentación 15 años) y no existe una situación de plena igualdad con el imputado B.. Ello es así, ya que siendo el acusado el abuelo paterno de la menor, existe claramente una relación de supremacía o superioridad del mismo sobre la víctima. Ambos, obstáculos insoslayables para poder proponer libremente un acuerdo.

En definitiva, el acusado ha solicitado el beneficio de la probation en uno de estos delitos especiales por la particular naturaleza del bien jurídico lesionado (art. 119 CP); sin embargo, a partir de lo precisado, puede advertirse que se encuentran ausentes los requisitos exigidos por el art. 132 del CP. Estas circunstancias –como se explicó en extenso-, constituyen un impedimento insalvable para la procedencia de instituto requerido. Este primer

obstáculo insuperable, nos libera del análisis de los requisitos propios de la suspensión del juicio a prueba. Por todo ello, voto negativamente a la cuestión planteada. La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo: La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido. La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo: Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Doctora María Esther Cafure de Battistelli, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma. A LA SEGUNDA CUESTIÓN: La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo: En virtud de la votación que antecede, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por los Dres Carlos Pedro Brochero y Leonardo Gustavo Flores, a favor del imputado Félix Eduardo B., en contra del Auto número noventa y uno, del veintiocho de octubre de dos mil nueve, dictado por la Cámara en lo Criminal de Segunda Nominación de esta ciudad de Córdoba. Con costas (CPP, art. 550 y 551). Así Voto. La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo: La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido. La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo: Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Doctora María Esther Cafure de Battistelli, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma. En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal; RESUELVE: Rechazar el recurso de casación interpuesto por los Dres Carlos Pedro Brochero y Leonardo Gustavo Flores, a favor del imputado Félix Eduardo B., en contra del Auto número noventa y uno, del veintiocho de octubre de dos mil nueve, dictado por la Cámara en lo Criminal de Segunda Nominación de esta ciudad de Córdoba. Con costas (CPP, art. 550 y 551). Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.