

T.S.J., Sala Penal, S. n° 213, 25/08/2011, “GARRO, Hugo Alberto p.s.a. Abuso Sexual - Recurso de Casación-”. SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA. *Fundamento. Principios rectores:* suficiencia y proporcionalidad. *Delitos sexuales:* vinculación entre la suspensión del juicio a prueba y el avenimiento. *Directrices emanadas de documentos internacionales.* Repercusión al examinar la procedencia la suspensión del juicio a prueba. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL: *Bien jurídico protegido.* *Avenimiento:* finalidad. Requisitos. Carácter excepcional.

SENTENCIA NUMERO: DOSCIENTOS TRECE

En la ciudad de Córdoba, a los veinticinco días del mes de agosto de dos mil once, siendo las diez horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la doctora María Esther Cafure de Battistelli, con asistencia de las señoras Vocales doctoras Aída Tarditti y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos “GARRO, HUGO ALBERTO P.S.A. ABUSO SEXUAL -RECURSO DE CASACIÓN-” (Expte. “G”, 57/2010), con motivo del recurso de casación interpuesto por el Dr. Osvaldo Idalgo, a favor del imputado Hugo Alberto Garro, en contra del Auto número veintitrés, del veintiséis de octubre de dos mil diez, dictado por la Cámara Once en lo Criminal 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. Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel.

A LA PRIMERA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por Auto n° 23, del 26 de octubre de 2010, la Cámara Once en lo Criminal de esta ciudad de Córdoba, resolvió *"No hacer lugar al pedido de suspensión del juicio a prueba formulado por el imputado Hugo Alberto Garro, con el patrocinio letrado del Dr. Osvaldo Idalgo y prosígase la causa según su estado (art. 76 bis en función del art. 132 del CP)"* (fs. 149 vta.).

II. El Dr. Osvaldo Idalgo, defensor del imputado Hugo Alberto Garro, presenta recurso de casación en contra de la citada decisión e invoca razones que sustentan el motivo sustancial (CPP, art. 468 inc. 1) (fs. 155 a 160).

En concreto, discute que el criterio interpretativo utilizado en el fallo para arribar a la conclusión cuestionada, resulte de una interpretación sistemática de la ley. Es que, expresa, se ha aprovechado la redacción defectuosa de la norma prevista en el art. 132 del CP para cercenar el derecho contenido en el art. 76 bis del CP. Refiere que la distinción contenida en dicha

interpretación no ha sido formulada por el legislador, no comprendiéndose por qué no lo ha hecho, y aún así denegado la *probation*.

Expone que no hay dudas que el art. 132 del CP posee un régimen diferente al de la suspensión del juicio a prueba, en el que se privilegia la voluntad de la víctima. Estima que si bien el primer instituto comparte con el segundo las condiciones para mantener su vigencia y demás efectos, por remisión a los arts. 76 bis, ter y quater del CP, allí termina la coincidencia, ya que ambas reconocen una causa distinta. La ley no establece expresamente la subordinación pretendida, de allí que nada autoriza a pensar con el grado de certeza requerido, que los condicionamientos de una son eficaces para invalidar la otra.

Afirma que sólo se puede extraer de la lectura del art. 132 del CP que ante el pedido de avenimiento, puede darse de modo alternativo la *probation* prevista en dicha norma, y si no se quiere o no existe la posibilidad de avenir, *"el único efecto incuestionable es que el tribunal no podrá decidir sobre la suspensión del juicio a prueba que es inherente a ese instituto, como una solución eventual, sustitutiva del avenimiento y además facultativa del mismo, cuando a su criterio sea más conveniente. Por lo que una vez dispuesta la voluntad de avenir la víctima no puede impedir que el tribunal si mejor lo considera, disponga un beneficio menor al solicitado"*.

Afirma que si el imputado ejerce el derecho que le acuerda el art. 76 bis del CP debe evaluarse el mismo conforme a las pautas dispuestas en dicha norma, y no en otra. La procedencia de la *probation* de esta disposición puede ser rechazada por motivos específicos e intrínsecos a la misma, inexistentes en el caso particular, mas no requiere el consentimiento de la víctima, a diferencia de la prevista en el art. 132, en donde el beneficio es en parte una consecuencia de la voluntad de aquélla.

Considera que no concurra la posibilidad de usar este último instituto no veda al otro, y tampoco el empleo de este último quita a la damnificada de hallar repuesta, ya que el mismo acarrea una carga para el acusado que quiera acogerse a dicho beneficio, que además queda sujeto a determinadas reglas de estricta observancia según el casos.

Aduce que en ciertos casos el particular no decide el modo de finalizar el conflicto, e incluso aunque quisiera hacerlo, no siempre ello ocurrirá.

Señala que *"establecer un paralelo entre ambas normas, sosteniendo que por estar ausente la voluntad de avenir, (que es tan sólo un requisito de legitimación procesal del tribunal para brindar, según su exclusivo criterio, la respuesta más conveniente al caso), no puede ejercerse el derecho sustancial del art. 76 bis con base en el carácter predominantemente privado del interés protegido"*. Advierte que puede darse el supuesto en que el interés privado desee el instituto del art. 76 y no el avenimiento, posibilidad que se excluye con la doctrina cuestionada,

haciendo prevalecer la voluntad del Estado de la del damnificado que paradójicamente se pretende proteger.

Menciona como planteo subsidiario a que desde otra óptica y conforme a la tesis amplia adoptada por esta Sala Penal, la suspensión del juicio a prueba supone -en el peor de los casos- la existencia de un pronóstico punitivo de condena leve. Ello implica asumir que existe una proporcionalidad entre la suspensión del conflicto y el grado de lesión. Por ello, estima que la reacción penal que prescindiera de ese criterio debe sustentarse en otro argumento más sólido que la decisión de la víctima, ponderando las circunstancias de cada caso.

Observa que con este fundamento se lo relega al acusado de su derecho a la *probation*, quitándole la chance de resocializarse, evitando la condena y los efectos estigmatizantes y aflictivos que conlleva el derecho penal. La preponderancia indiscriminada del interés privado impuesta, desatiende situaciones que no ameritan el rechazo de dicho derecho, lo cual trae como consecuencia la necesidad de una solución más justa y no punitiva.

Asume que la situación de su asistido permite la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, pues éste ha sido imputado por el delito de abuso sexual simple (CP, art. 119, primer párrafo). Refiere que tanto el acusado como su esposa llevan adelante actividades de acción social en el vecindario; por ésta razón, los niños del barrio, incluida MJP, conocían el interior de la vivienda donde habría ocurrido el hecho.

Entiende que corresponde valorar la gravedad que el suceso fáctico reviste, atendiendo al comportamiento de Garro, a la inexistencia de un afán de concupiscencia y al testimonio de la niña -quien no se hallaba desarrollada al tiempo en que se cometió el delito-. Añade que nunca se vieron comprometidas las partes pudendas de la menor, que el imputado siempre estuvo vestido y no desplegó sobre sí mismo, o sobre la niña, acto alguno que implique una intención de contenido sexual o una acción, que aunque indebida, sea más grave que la que se le reprocha.

Reseña que la moción presentada no fue rechazada por el Fiscal de Cámara pues en principio satisfacía los requisitos de procedencia del beneficio solicitado. Además, ni el Asesor Letrado, ni el Tribunal objetaron el cumplimiento de dichas exigencias, fundamentando su rechazo en lo dispuesto por el art. 132 del CP.

En suma, solicita se revoque la resolución atacada por resultar inaplicable al caso de autos el art. 132 del CP y en subsidio, se remita la causa al Tribunal que corresponda a fin que dirima la solicitud de suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis y ss del CP).

III. La Cámara del Crimen resolvió denegar la suspensión del juicio a prueba solicitada por el imputado, no obstante considerar que son institutos diferentes los previstos en los arts. 76 bis y 132 del CP, por razones de economía procesal adhirió a la jurisprudencia de esta Sala Penal que sostiene que en esta especial clase de delitos sexuales, recién una vez comprobada la existencia

de todos los requisitos necesarios para el avenimiento contenidos en la segunda norma citada, podrá analizarse la concesión del beneficio de la *probation* al acusado: la inexistencia de los primeros, entonces funciona como un obstáculo insalvable para la aprobación suspensión del juicio a prueba. Esta disposición legal especial fija así las exigencias a que debe ajustarse la concesión de la *probation* a este tipo de delitos.

Afirmó que en el caso de autos no procede dicho beneficio pues la víctima no ha propuesto el avenimiento con el imputado y no se ha comprobado una relación afectiva preexistente entre ellos, constituyendo estas circunstancias negativas impedimentos para la admisión del instituto requerido (fs. 149 vta.).

IV. De la detenida lectura de la impugnación, se colige que el núcleo del agravio presentado por el recurrente, 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 el impugnante, 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. 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 atacar 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 mas 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 Alberto Hugo Garro encuadran en el delito de abuso sexual simple (arts. 45 y 119 primer párrafo del CP).

2. La menor víctima, MJP, tenía 9 años de edad al tiempo en que se perpetraron los hechos delictivos.

3. La damnificada del delito no posee vínculos afectivos con el imputado.

4. La víctima no se encuentra en condiciones de proponerlo (menor de dieciséis años), como se verá más adelante.

5. El 19 de agosto de 2010, el imputado solicitó la suspensión del juicio a prueba (fs. 143 y vta.), ofreció en concepto de reparación patrimonial al Sr. José Miguel Pozo Galaz en su carácter de representante legal de la menor MJP el pago de \$5000, en cuotas del \$250 cada una que se depositarían en la cuenta que se abriera a tal efecto.

6. En lo sustancial, el Representante Legal de la menor expuso que conforme surgía de la partida de nacimiento glosada a fs. 5, al tiempo de su presentación la víctima tiene 12 años, por lo tanto se hallaba ausente el requisito de la edad exigido por el art. 132 del CP, no encontrándose aquella en condiciones de proponer un avenimiento con el imputado (fs. 146 vta.).

7. El Fiscal de Cámara formuló una opinión favorable a la procedencia de la *probation* por cuanto admitió que en el caso el pronóstico de condena habilitaría su ejecución condicional. Solicitó que para el supuesto en que se conceda el beneficio, se fijen como reglas de conducta que el imputado debería cumplimentar: la prohibición de dirigirse o relacionarse con la familia de la víctima, y con menores de la zona y el sometimiento a un debido tratamiento psicológico relativo al hecho que se le atribuye (fs. 145).

Según lo expuesto, el caso de autos, no sólo que no ha existido una propuesta de avenimiento por parte del representante legal 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*, lo que demuestra que no existe una situación de plena igualdad con el incoado Garro, erigiéndose esta circunstancia en un obstáculo insoslayable para proponer un acuerdo libremente.

Además, *no existe una relación afectiva previa entre víctima y victimario*. Éstos se conocían en virtud de una relación personal que tenía la madre de la niña con la esposa del acusado, mas el propio imputado manifestó que *"yo con ellos ningún contacto, ninguna cosa"* -sic- (fs. 79 vta.)

En definitiva, Garro 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.

VI. A mayor abundamiento, debe señalarse que esta interpretación que hace depender la viabilidad de la suspensión del juicio a prueba al cumplimiento de las exigencias dispuestas para la procedencia del avenimiento (cfr. CP, 132), resulta acorde con las directrices sentadas para los casos de violencia especialmente dirigida a la mujer y a los niños por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belém Do Pará", y la Convención de los Derechos del Niño.

En efecto, conforme lo dispone el art. 1 de la CIPSyE de la violencia contra la mujer, para los efectos de dicha Convención esta clase de violencia consiste en *"cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado"*. Además, la CDN establece que *"los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo"*.

No resulta ocioso reparar que los enunciados convencionales aludidos llevaron a la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal a adoptar una respuesta más estricta para este universo de casos. Así, en su voto el Dr. Guillermo J. Yacobucci, coincidiendo con el resto de los argumentos elaborados por el Dr. Luis M. García, sostuvo que *"... En tal inteligencia, y siendo que la República Argentina aprobó esa Convención a través de la ley 24.632, el consentimiento fiscal para la suspensión del juicio a prueba debe ser ponderado por la instancia jurisdiccional en relación con las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar hechos como los aquí considerados, pues estos aspectos hacen al compromiso asumido por el Estado al aprobarla. En ese marco la opinión fiscal favorable a la suspensión del juicio a prueba entra en colisión manifiesta con las obligaciones asumidas por el Estado argentino. En consecuencia, existe un óbice formal de naturaleza legal que impide al Ministerio Público disponer de la persecución penal"* (CNCP, Sala II, 7/12/2010, "Ortega, René Vicente s/Recurso de casación").

En virtud de lo anterior, a pesar de contar con un dictamen fiscal favorable, no corresponde la concesión del beneficio puesto que la solicitud no satisface los requerimientos establecidos en los precedentes judiciales de esta Sala Penal, a partir de los autos "Bonko".

VII. En razón de todo lo expuesto, a la primera cuestión voto por la negativa.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, 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 Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

En virtud de la votación que antecede, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por el Dr. Osvaldo Idalgo, a favor del imputado Hugo Alberto Garro, en contra del Auto n° 23, del 26 de octubre de 2010, dictado por la Cámara Once en lo Criminal de esta ciudad de Córdoba. Con costas (CPP, art. 550 y 551).

Así voto.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, 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 Aída Tarditti, 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 el Dr. Osvaldo Idalgo, a favor del imputado Hugo Alberto Garro, en contra del Auto n° 23, del 26 de octubre de 2010, dictado por la Cámara Once en lo Criminal 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.