

Voces: PROBATION - ABUSO SEXUAL - VÍCTIMA MENOR DE EDAD - VIOLENCIA DE GÉNERO - CONVENCIONES INTERNACIONALES - INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Título: Incidencia de la probation en torno al abuso sexual infantil y la violencia de género

Autor: Bentivegna, Silvina A.

Fecha: 6-oct-2014

Cita: MJ-DOC-6892-AR | MJD6892

Producto: COR,MJ

Sumario: *I. Introducción. II. Concepto de probation. III. Desviación de conducta. IV. Abuso sexual infantil. V. Jurisprudencia.*

Por Silvina A. Bentivegna (*)

«Mi papá cuando me ponía el pinche me decía

que si yo se lo contaba a mi mamá no me iba a querer más»

(Relato de una niña víctima en cámara Gesell)

I. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo me abocaré al tratamiento de la aplicación de la probation como método sancionatorio frente a los delitos de integridad sexual, como es la configuración del abuso sexual infantil, comprendiendo tanto a víctimas de violencia sexual como también a víctimas de violencia de género.

Motiva mi investigación el determinar si es idóneo que una persona imputada y condenada por el delito de abuso sexual infantil sea pasible de recibir el beneficio de la suspensión de juicio a prueba.

Se advierte día a día un incremento en el número de denuncias por abuso sexual infantil, mientras que a su vez, los imputados en solicitar la probation por este delito aumentan como asimismo su concesión desde el sistema penal.

Abordaré el tratamiento del tema comenzando por analizar el concepto propio de la suspensión de juicio a prueba, para luego abocarme al estudio de la desviación de conducta. Tras ello procederé a dar una concepción del abuso sexual infantil, analizar los indicadores y describir sus etapas, a fin de entender el perfil de un imputado por abuso sexual infantil. Finalmente, analizaré algunos casos

jurisprudenciales en donde se haya solicitado el beneficio de suspensión, su rechazo y su concesión.

II. CONCEPTO DE PROBATION

La probation surge de la necesidad de la humanización del proceso penal; es un método de tratamiento que la justicia impone a quienes han cometido infracciones con penas leves.

En el curso de su aplicación, la persona que ha sido sometida a él continúa viviendo en el seno de su familia y comunidad, organizando su vida conforme a las condiciones prescritas por el juez o autoridad competente bajo la supervisión y apoyo socio-humanístico del agente de Probación o Patronato de Liberados.

El tratamiento de reeducación es uno de los elementos fundamentales que caracteriza a este instituto. Implica un estudio profundo e integral de la persona que ha cometido un delito a la vez que la supervisión y el seguimiento por parte de profesionales preparados en las condiciones de prueba muy bien analizadas por el juez, con el propósito de su rehabilitación impidiendo y garantizando futuras reincidencias, teniendo en cuenta la reconocida capacidad criminógena de la propia cárcel y a su vez reduciendo la población carcelaria.

Este sistema implica simultáneamente la suspensión de la ejecución de la pena quedando el delincuente en libertad bajo caución de buena conducta.

La ley de probation para la suspensión de juicio a prueba, contribuye a una respuesta más humana en la justicia penal, ya que tiende a evitar las consecuencias negativas del encarcelamiento, como así también desde un punto de vista práctico impedir que llegue la sentencia en procesos de poca importancia en política criminal ahorrando recursos materiales y humanos, con la gran ventaja que se producen importantes reducciones de costos al Estado.

El elemento esencial de la probation es como método de reeducación del delincuente un plan de conducta en libertad, adaptando la respuesta del derecho penal a las circunstancias que rodean al hecho, las condiciones personales del imputado y a la posibilidad que brinde la comunidad o el sistema social.

El art. 76 bis del CPen dispone: «El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba. En los casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de 3 años...».

Esta figura tiene muchas ventajas, por ejemplo, el tratamiento se hace en libertad; la ayuda que se propone brindar al imputado durante el plazo de prueba de alguna manera lo vincula con la actitud que asuma durante un período de tiempo y al oficial de prueba que tenga a su cargo la supervisión, o el seguimiento de su conducta.

La implantación de este instituto es facultativa, y su finalidad de disuadir al imputado de la comisión de nuevos delitos y facilitar su resocialización muestra su naturaleza protectora, de ayuda y no punitiva, tendiente a fortalecer el propósito del autor de no recaer en el delito y de evitar así que su futuro sea la cárcel como destino cierto.

III. DESVIACIÓN DE CONDUCTA

Uno de los problemas cruciales que enfrenta la sociedad es la inseguridad en materia de política criminal y judicial, la de dar protección a la sociedad que tanto la reclama, como también a las personas que si han entrado en los caminos de desviación de su conducta necesitan encontrar las respuestas a tal

equivocación, para luego reparar y comenzar a reconstruir un nuevo proyecto que los lleve a reinsertarse con una identidad en sus grupos de pertenencia, familia, trabajo, comunidad y sociedad.

Para poder efectivizar tan caro objetivo es necesario aplicar la institución de la probation como se ha hecho en el sistema angloamericano hace ya más de un siglo con excelentes resultados.

Las obligaciones o «condiciones a prueba» son supervisadas por un agente especializado, el Oficial de Probación o Patronato de Liberados, con una supervisión que responda a la seguridad social y a la vez reeducar a la persona que ha cometido el delito para impedir que vuelva a delinquir.

IV. ABUSO SEXUAL INFANTIL

A fin de dar un concepto sobre abuso sexual infantil, lo abordaré como aquel consistente en involucrar a un niño o adolescente en actividades sexuales que no llega a comprender totalmente, ya que por su condición de tal, carece del desarrollo madurativo, emocional y cognitivo para dar un consentimiento informado acerca del o los actos en cuestión.

El abuso sexual infantil se manifiesta en actividades entre un niño y un adulto o entre un niño y otro (al menos 5 años de diferencia) que, por su edad o por su desarrollo, se encuentra en posición de responsabilidad, confianza o poder.

Estas conductas comprenden desde un manoseo hasta la implicación de los niños y adolescentes en cualquier tipo de intercambio sexual ilegal, tales como la explotación de niños a través de la prostitución o la producción de materiales y exhibiciones pornográficas.

Autoridad, poder y confianza son fundamentalmente los factores que, aprovechando la vulnerabilidad y dependencia del niño, permiten al agresor lograr su implicación en un vínculo sexualizado.

El abuso sexual infantil engloba una amplia gama de actividades sexuales, con y sin contacto físico, como ser: exhibicionismo, voyeurismo, estimulación de genitales, sexo oral, masturbación del adulto y/o del niño, penetración genital con el dedo y/u objeto, entre otras actividades.

Ahora bien, ¿podríamos considerar que el abuso sexual infantil es una violación? Tenemos que tener en cuenta que el abuso sexual no es sinónimo de violación, porque raramente el agresor utiliza la fuerza física, para un asalto sexual que no ocurre de manera impredecible ni repentina, sino que generalmente se trata de un vínculo abusivo que se va construyendo en el tiempo sobre la base del manejo de la confianza, la autoridad o el poder.

Se ha generado alguna discusión en cuanto a considerar el abuso como sinónimo de incesto. Debemos tener en cuenta que en principio no podría ser considerado tal, ya que puede ser ejercido por miembros de la familia y también por personas ajenas a ella.

El art. 125 del CPen prevé diversas figuras que protegen la integridad sexual de las personas, motivo por el cual puede afirmarse que las acciones reprimidas son las que pudieran alterar o trastocar la sexualidad de un niño. En este sentido, Carlos Creus ha sostenido que la corrupción debe ser entendida como «el estado en que se ha deformado el sentido naturalmente sano de la sexualidad, sea por lo prematuro de su evolución (con respecto a la edad de la víctima), sea porque el sujeto pasivo llega a aceptar como normal, para su propia conducta la depravación de la actividad sexual» . (1)

Sumado a ello, la Sala VII de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional ha expuesto: «El tipo de la corrupción se enlaza con la existencia de actos de contenido sexuales prematuros, excesivos o perversos». (2)

La doctrina y la jurisprudencia en forma generalizada son absolutamente contestes en señalar que los actos corruptores pueden ser tales por perversos en sí mismo o por prematuros. Así, se ha dicho que «los actos corruptores son aquellos actos de lujuria que siendo prematuros por la edad o depravados por su clase, tengan la entidad objetiva suficiente para producir sobre el espíritu de los menores una deformación psíquica que los altere moralmente, produciendo un vicio o una perversión del instinto sexual».

V. JURISPRUDENCIA

Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado a favor y en contra de la aplicación del juicio abreviado en materia de abuso en sexual infantil. En efecto, el TSJ de Córdoba (3) determinó que la probation no es aplicable en casos de delitos sexuales. La presente decisión se tomó en una causa contra una mujer acusada de abuso sexual simple.

En concreto, el Máximo Tribunal manifestó que la suspensión del juicio a prueba no resulta procedente en casos de abuso sexual simple, abusos cometidos con aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima y en los procesos relativos a la sustracción o retención de personas con propósitos sexuales abusivos, aun cuando las escalas penales previstas en el Código Penal para estos supuestos harían posible su aplicación.

El Tribunal llegó a la conclusión de la inaplicabilidad de la probation en el presente tras evaluar el impacto de la supresión de la figura del avenimiento.

De modo puntual, la Corte cordobesa destacó que no eran viables para casos de delitos sexuales las llamadas «soluciones compositivas», atento a que se trata de un tipo de delito que «se instala sobre una relación asimétrica», por lo que el juez tiene «la ineludible tarea de escrutar cada caso sometido a su conocimiento para hacer efectiva la tutela constitucional que dispensan las normas, en resguardo de los derechos humanos y especialmente de los niños a una vida sin violencia».

El Alto Tribunal señaló que «el caso concreto se encuadra claramente dentro de los de la clase de violencia de género y en contra de la niñez, en donde el sujeto activo se ubica en la posición dominante y fuerza a su víctima, mediante amenazas o abuso de poder, a la realización de conductas hostiles para sí misma».

En criterio opuesto, la Justicia capitalina en un fallo del 13 de abril del año 2012, (4) resolvió por sentencia firme condenar al imputado a la pena de dos años de prisión en suspenso y costas, por considerarlo penalmente responsable del delito de abuso sexual simple en carácter de autor conforme los arts. 5, 26 inc.3º, 40, 41, 45, y 119 primer párrafo del CPen y 530 y 531 del CPPN, imponiendo al imputado como regla de conducta someterse al cuidado de un patronato, abstenerse de acercarse a la víctima a menos de cien metros por el término de dos años y realizar un curso de derechos humanos y derechos de la mujer, sobre violencia de género.

De lo expuesto se desprende que el juez de Cámara impuso al imputado, el cual fue autor penalmente responsable del delito de abuso sexual infantil, establecer el cumplimiento de una probation o concesión de la suspensión del proceso a prueba, a fin de subsanar el hecho cometido (haber cometido una conducta abusiva de índole sexual en el cuerpo de una joven adolescente).

Amén de lo expuesto, con acertado criterio y en materia de violencia de género, la CSJN, en una sentencia del 23 de abril del año 2013 (5) consideró que siguiendo una interpretación que vincula a la violencia de género con la necesidad de establecer un «procedimiento legal justo y eficaz para la mujer», que incluya «un juicio oportuno» en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado

un instrumento internacional como lo es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (CIPSyE), tal el caso de nuestro país, la adopción de alternativas distintas en la instancia del debate oral es improcedente. Este impedimento surge, en primer lugar, de considerar que el sentido del término «juicio» resulta congruente con el significado que en los ordenamientos procesales se otorga a la etapa final del procedimiento criminal, (6) en tanto únicamente de allí puede derivar el pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificarse la posibilidad de sancionar esta clase de hechos exigida por la Convención precitada. Particularmente, en lo que al presente caso respecta, la Corte sostuvo que la concesión de la suspensión del proceso a prueba al imputado frustraría la posibilidad de dilucidar en aquel estadio procesal la existencia de hechos que prima facie han sido calificados como de violencia contra la mujer, junto con la determinación de la responsabilidad de quien ha sido imputado de cometerlos y de la sanción que, en su caso, podría corresponderle.

En segundo término, sostuvo la Corte que no debe tampoco obviarse que el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el «acceso efectivo» al proceso (7) de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria. Cuestión esta última que no integra, en ninguna forma, el marco legal sustantivo y procesal que regula la suspensión del proceso a prueba.

En efecto, la Corte considero que prescindir en el sub lite de la sustanciación del debate implicaría contrariar una de las obligaciones que asumió el Estado al aprobar la "Convención de Belem do Pará" (CIPSyE) para cumplir con los deberes de prevenir, investigar y sancionar sucesos como los aquí considerados. Amén de lo expresado, en el argumento esgrimido por el a quo y sostenido por la defensa al presentar el recurso de casación, se pretendió asignar al ofrecimiento de reparación del daño que exige la regulación de la suspensión del juicio a prueba, (8) la función de garantizar el cumplimiento de lo estipulado en el art. 7, ap. g, (9) del instrumento internacional al que se viene haciendo mención. Contrariando esa posición, es menester afirmar que ninguna relación puede establecerse entre ese instituto de la ley penal interna y las obligaciones asumidas por el Estado en virtud de la norma citada en último término, referidas al establecimiento de mecanismos judiciales que aseguren el acceso efectivo, por parte de la mujer víctima de alguna forma de violencia, «a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces». Asegurar el cumplimiento de esas obligaciones es una exigencia autónoma, y no alternativa, tal como la interpretó la Cámara de Casación, respecto del deber de llevar adelante el juicio de responsabilidad penal al que se refiere el inc. f (10) de ese mismo artículo.

Cómo se puede observar, en nuestro sistema judicial, existen jueces que consideran y avalan que ciertos delitos como son los cometidos contra la integridad sexual, probados y sentenciados pueden ser subsanados mediante la realización de una probation o suspensión del proceso a prueba, imponiendo el castigo de este tipo de conductas para evitar que su impunidad constituya una forma indirecta de tolerancia sobre esta clase de obrar, y otros jueces quienes, con sano criterio, aplican las penas contempladas en nuestro Código Penal a fin de punir tal delito, como es el cometido en el cuerpo de un niño, es decir, el abuso sexual infantil, dejando una huella profunda en el psiquismo del niño, quebrando por lo tanto su sentido natural y sano de su sexualidad.

VI. CONCLUSION

En supuestos de abuso sexual infantil y violencia sexual la suspensión de juicio a prueba es «inaplicable». En ciertos delitos, la introducción de figuras conciliatorias encubre la verdadera ofensa por los derechos humanos de las víctimas y la consagración de la impunidad de sus autores.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) contempla la adopción de 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. Es dable mencionar a su vez, su art. 3, el cual contempla el interés superior de todo niño en todas las medidas concernientes que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Por su parte, el art. 19 de dicha Convención contempla una infancia libre de toda forma de maltrato y abuso sexual, y el art. 34 del precitado Instrumento consagra la obligación del Estado de proteger a los niños contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. De manera tal que si frente a estos delitos aplicáramos el beneficio de la probation o suspensión del proceso a prueba, estaríamos radicalmente vulnerando de manera integral los derechos de los niños víctimas frente a tan grave delito como es un abuso sexual infantil, en donde los daños producidos a la víctima en general no se reparan quedando residualmente en ella desmedidas lesiones psicológicas físicas y emocionales sufridas.

Se puede considerar que ambos ámbitos, violencia contra las mujeres y contra los niños, coinciden en tener como eje una relación asimétrica entre autor y sujeto pasivo, donde solo se verifica una igualdad formal, es decir, igualdad ante la ley, de los protagonistas, pero a la vez se advierte una manifiesta desigualdad en la estructura vincular y en las relaciones de poder.

Por lo tanto, cabe sostener que de ninguna manera resultan viables soluciones compositivas cuando el delito se instala sobre una relación asimétrica, por lo cual frente a una norma general que habilita un medio alternativo, será a cargo del juez la ineludible tarea de escrutar cada caso sometido a su conocimiento para hacer efectiva la tutela constitucional que dispensan las normas supranacionales, en resguardo de los derechos humanos de la mujer y especialmente de los niños a una vida sin violencia. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belém Do Pará"(CIPSyE), y la Convención de los Derechos del Niño (CDN) imponen al Estado el castigo de este tipo de conductas para evitar que su impunidad constituya una forma indirecta de tolerancia sobre esta clase de obrar. Avalar soluciones compositivas implicaría entrar en colisión manifiesta con las obligaciones asumidas por el Estado existiendo un óbice formal de naturaleza legal que impediría disponer ciertas figuras conciliatorias encubriendo el verdadero desprecio por los derechos fundamentales de las víctimas y la consagración de la impunidad de sus autores.

(1) CREUS, Carlos, Derecho Penal Parte General, 3º Edic., Editorial Astrea, p.216.

(2) CNCC, Sala VII, "Ayala Juan s/abuso sexual", 31734, rta. 13/09/2007.

(3) "P., M. de los A. p.s.a. abuso sexual simple -Recurso de Casación", MJJ74580.

(4) Causa n° 3779, "O. R. H. s/ abuso sexual simple".

(5) Causa n° 14.092, "Góngora, Gabriel Arnaldo", MJJ78418 .

(6) Libro Tercero, Título 1 del Código Procesal Penal de la Nación.

(7) Artículo 7, inc. f: «establecer procedimientos legales justos y ef icaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos».

(8) Art. 76 bis, párr. tercero, del CPen.

(9) Art. 7, inc. g: «establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces».

(10) Ver ref. 7.

(*) Abogada, UBA. Especialista en Derecho de Familia, UBA. Magíster en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, UBA. Docente, UBA. Coautora de Violencia familiar. Aspectos prácticos, Hammurabi. Disertante en congresos y seminarios. Letrada adjunta de Casa Refugio para Mujeres en Situación de Violencia "Mariquita Sánchez" y de Casa de Medio Camino "Juana Manso" de la CABA. Letrada patrocinante de Fundación Salud Activa. Autora en publicaciones jurídicas.