

LA PROBATION EN LOS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL
¿Una laguna axiológica permite a los jueces realizar una interpretación extensiva?

Por Natalia Aguirre ()*
*y María Dolores Vélez Massa (**)*

Sumario

I. Introducción. II. Suspensión del juicio a prueba. III. El avenimiento. IV. El fallo. V. Laguna axiológica. VI. Interpretación extensiva. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. Introducción

El razonamiento judicial constituye un proceso complejo que abarca una serie amplia de problemas de diversa índole. Así, entre otros, se debe escoger el conjunto de todos los enunciados jurídicos de referencia que puedan tener consecuencias normativas relevantes respecto del caso; se debe determinar la extensión del significado de los enunciados jurídicos seleccionados; se debe analizar las soluciones normativas que se derivan del sistema elegido y establecer aquella que se corresponda con el caso individual; y para algunos, a su vez se debe determinar si la solución normativa del caso individual que se deriva del sistema normativo en cuestión es aceptable desde el punto de vista de las convicciones morales del juzgador¹.

Ahora bien, los problemas que pueden surgir en ese complejo proceso como así también el modo en que el juez fundamenta su decisión dan cuenta de la dificultad o facilidad para la resolución de un caso. Entonces, será un caso difícil cuando surjan inconvenientes en la reconstrucción del sistema normativo relevante para su solución, o en la subsunción del caso individual en dicho sistema². Es por ello, que los casos difíciles se presentan ante la formulación de las premisas³, la cual puede suscitar tres clases de problemas en relación: a la

* Abogada. Adscripta en la cátedra de Derecho Penal I. Docente en la cátedra de Derecho Penal II. E-mail: natyaguirre@hotmail.com

** Abogada. Adscripta en la cátedra de Derecho Penal II y Procesal Penal. E-mail: dolovelez@hotmail.com

¹ RODRIGUEZ, Jorge L., *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, 2002, p.307. Sin pretensión de exhaustividad se realiza dicha enunciación al esquematizar las cuestiones que han de resolverse a fin de la adopción de una decisión judicial.

² Ibid p.310.

³ Ibid. p.304. Citando a Manuel Atienza “y no al realizar el pasaje de las premisas a la conclusión del razonamiento judicial. Por eso, caso difícil es aquel supuesto en el cual el establecimiento de la premisa normativa o fáctica es una cuestión problemática, siendo necesaria la presentación de razones adicionales a favor de las premisas”.

valoración de los hechos, a la interpretación de las normas o a la elección de las normas aplicables.

Este trabajo tiene por objeto analizar un reciente fallo del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba (T.S.J.). Precisamente porque consideramos que se trata de un caso difícil, centraremos nuestro estudio en la decisión del juzgador y en los inconvenientes que surgen al realizar la elección de las normas aplicables y su interpretación.

En efecto, mediante sentencia número 93 de fecha 28 de abril de 2008 en autos "B.,M.A.⁴ p.s.a. Abuso sexual agravado -Recurso de Casación", a fin de resolver el caso planteado ante su jurisdicción, el T.S.J. entendió que: "la ley 25.087, en el art. 132 del C.P., 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 nuestro desarrollo, en primer lugar, haremos referencia a la regulación legal de los institutos de suspensión del juicio a prueba y el avenimiento, determinando algunos aspectos relevantes de ellos. En segundo lugar, efectuaremos una descripción del fallo mencionado, deteniéndonos en la interpretación que realiza el T.S.J. del conjunto normativo que entiende aplicable. En tercer lugar, señalaremos la discrepancia entre el sistema axiológico del juzgador y el sistema axiológico del legislador plasmada en la solución normativa que da al caso. En cuarto lugar, revelaremos que el órgano jurisdiccional realiza una interpretación extensiva de las normas por él seleccionadas como relevantes (art. 76 bis y art. 132 del Código Penal⁵) para resolver el supuesto traído a estudio. Finalmente, expondremos las conclusiones.

II. Suspensión del juicio a prueba

El art. 76 bis del C.P. establece que el imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar el beneficio de la suspensión del juicio a prueba o también llamada, comúnmente, *probation*. Este instituto ha sido contemplado como un modo alternativo de reacción estatal frente a casos de delitos de menor gravedad, en los cuales, el imputado al presentar la solicitud debe ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión, ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio.

⁴ En el presente trabajo utilizaremos las iniciales del imputado a fin de resguardar su identidad y la de la víctima.

⁵ De ahora en adelante C.P..

Se trata de una alternativa sustitutiva de reacciones mas gravosas para hechos delictivos que debido a su levedad no tenían respuesta estatal o culminaban en una condena de ejecución condicional. En estos casos, el juez frente a la solicitud decide sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada, mientras que la parte damnificada puede aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente. Debemos destacar que el consentimiento de la víctima no es un requisito para la concesión de este beneficio al imputado.

Por otra parte, acerca de los delitos que posibilitan la suspensión del juicio, el mencionado artículo refiere a los delitos de acción pública, por lo que sólo quedan excluidos los delitos de acción privada. En consecuencia, es correcta la intelección de que resultan beneficiarios de este instituto tanto los imputados de la presunta comisión de un delito de acción pública cuyo ejercicio se realice de oficio, como los de aquéllos en que ésta se encuentra condicionada por la instancia de los particulares, es decir, los delitos de acción pública dependiente de instancia privada.

El texto legal menciona la procedencia del instituto cuando se tratare de delitos reprimidos con pena de prisión o reclusión cuyo máximo no exceda de tres años, lo que ha suscitado dos tesis interpretativas, a saber: una que sostiene que procederá cuando la escala penal del o de los delitos que se atribuyen al imputado tenga un máximo no superior a tres años de prisión o reclusión; y la otra, que entiende que podrá aplicarse cuando excediendo dicho límite de punición, se estimara que, en caso de condena, la pena a imponer en concreto no superaría dicho monto y fuera factible aplicarla en forma de ejecución condicional. Esta última tesitura es la sostenida por el T.S.J.⁶.

III. El avenimiento

Como ha quedado plasmado en el nuevo art. 132, por imperio de la ley 25.087, el avenimiento es un modo de resolución de los conflictos motivados por determinados delitos contra la integridad sexual, mediante el cual el acuerdo transaccional que arriban los sujetos activo y pasivo, al ser excepcionalmente aceptado por el tribunal interviniente, en orden a la comprobada relación afectiva preexistente entre aquéllos y a que resulta el modo más equitativo de armonizar el conflicto con mejor resguardo del interés de la víctima, pone fin al

⁶ T.S.J., Sent. N° 10, 19/03/04, autos “Balboa, Javier Eduardo p.s.a. Defraudación por desbaratamiento de derechos acordados”; Sent. N° 84, 18/08/05, autos “Castellán, Abel Omar p.s.a. Homicidio Culposo –Recurso de Casación, entre otras.

proceso, sea extinguiendo la acción penal emergente del hecho, sea produciendo la suspensión del juicio a prueba⁷.

En efecto, es la propuesta realizada por las partes a fin de conciliar y dar por terminado el conflicto suscitado con el delito sexual. Para evitar avenimientos indeseados, donde la víctima se viera forzada a convenir, la nueva ley exige un estricto control judicial previo a la aceptación de la propuesta. Así, dispone como requisitos a su procedencia: en primer lugar, *que la propuesta sea libremente formulada por las partes y en igualdad de condiciones*, para ello entiende que el consentimiento debe provenir de una víctima con un mínimo de madurez; y por eso requiere, en segundo lugar, *que la víctima sea mayor de 16 años*; en tercer lugar, una *comprobada relación afectiva preexistente* entre víctima y victimario, ampliando la reforma a otras relaciones y no sólo las matrimoniales; y en cuarto lugar, finalmente, que la propuesta sea *un modo más equitativo de armonizar el conflicto en resguardo de los intereses de la víctima*.

Como consecuencias del avenimiento, la ley dispone la extinción de la acción penal, en forma inmediata o luego de la aplicación de lo dispuesto en el 76 ter y quáter del CP. Es decir, que el juez podrá: extinguir la acción penal o imponer el régimen dispuesto para la suspensión del juicio a prueba. En este último caso, la acción penal se extinguirá sólo si durante el tiempo fijado por el juez: el imputado no cometiere nuevos delitos, reparare los daños en la medida ofrecida y cumpliera con las reglas de conducta establecidas. Esta posibilidad, habilitada a partir de la reforma, tiene la finalidad de resguardar el interés de la víctima y armonizar el conflicto suscitado a partir del delito. Ello, en cuanto que el cumplimiento de lo dispuesto para la probation significa tomar mayores recaudos, previo a extinguir la acción penal, y considerar en forma particular la reparación del daño a la víctima.

En definitiva, el nuevo contenido del avenimiento a partir de la reforma y su carácter excepcionalísimo, es un claro intento de conceder mayor protección y participación en el proceso penal a la persona ofendida por un delito contra la integridad sexual.

IV. El fallo

El imputado B.,M.A. fue acusado del delito de abuso sexual agravado por el vínculo (C.P., art. 119, 1º y último párrafo en función del inc.“b” del 2º párrafo), se le atribuyó haber manoseado las partes pudendas de su hija N. B., quien contaba con cuatro años de edad al momento de los hechos delictivos. Previo a la audiencia del juicio, con fecha 23/07/07 el imputado solicitó la *suspensión del juicio a prueba*, ofreciendo una reparación patrimonial a

⁷ NUÑEZ, Carlos Alberto, “El Avenimiento”, *Ussus Fori n° 16 C.E.I.J.S.- A.G.E.P.J.*, Córdoba, 2001, pp.9.

la víctima. El Ministerio Público evacuó la vista y estimó que la solicitud de suspensión formulada por el imputado no debía prosperar. La madre de la menor víctima en su carácter de querellante particular rechazó toda oferta efectuada y solicitó se deniegue el beneficio solicitado por el acusado. El juzgador –Cámara del Crimen de 7° Nominación de la ciudad de Córdoba- concluyó que no era procedente la aplicación del instituto previsto en el art. 76 bis del C.P. a favor del acusado B.,M.A. pues se encontraban ausentes los requisitos exigidos por el art. 132 del C.P., en tanto que la representante legal de la víctima no había propuesto el avenimiento con el acusado, impedimento insalvable para la procedencia del instituto requerido.

La defensa del imputado B.,M.A., dedujo recurso de casación en contra de dicha resolución, en función de lo normado por el art. 468 inc. 1° del C.P.P., sosteniendo la errónea aplicación de la ley sustantiva pues el tribunal había dirimido el pedido de suspensión de juicio a prueba a la luz del art. 132 del C.P.. La defensa expresó que el art. 132 del C.P. nada tiene que ver con el art. 76 bis del C.P. en tanto no se pueden mezclar las normas mediante una hermenéutica donde se pide una cosa y se contesta con otra, alude que si se peticiona la suspensión de la acción penal, no es posible responder con una norma ajena al caso. Advirtió que el art.132 del C.P. en su redacción vigente descarta de pleno su aplicación al caso en cuestión, ya que la víctima no es mayor de dieciséis años y no puede avenir con nadie, por lo tanto es imposible comprobarse la existencia de todos los requisitos necesarios del avenimiento. Por ello, consideró que el precedente *Bonko*⁸ no es pertinente al caso, pues son supuestos distintos. Objetó que no es aceptable perder la coherencia abandonando las palabras de la ley para crear categorías de imputados a no ser beneficiados por el art. 76 bis, pues ello vulnera la garantía de igualdad ante la ley, consagrando la inaceptable idea que a los fines de la probation, no todos los perseguidos por delitos de acción pública son iguales. Finalmente, expresó que el art. 132 C.P. es inaplicable, y solicitó se resuelva dentro de lo estrictamente normado por el art.76 bis C.P..

El T.S.J. mediante sentencia n° 93 de fecha 28/04/08 resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado, esgrimiendo en síntesis los siguientes fundamentos:

⁸ Sent. n° 158, del 5/7/2007. Es el primer fallo en que el TSJ deniega la concesión del beneficio de la suspensión del juicio a prueba en función de la interpretación conjunta entre arts.76 bis y 132 del C.P. En este fallo, el supuesto de hecho era distinto en cuanto, por un lado, la conducta de Bonko encuadraba en la figura delictiva del art. 120 (abuso sexual que presupone el consentimiento de la víctima y una relación preexistente entre ellos) y por otro lado, la víctima tenía 16 años cuando el imputado solicita el beneficio de la *probation*.

Que el instituto de la *probation* tiene como finalidad buscar un modo mas 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. Que en la especial clase de delitos contra la integridad sexual, prevalece el interés privado por sobre el público en la persecución penal, debido al particular bien jurídico protegido (art. 72 C.P.); es la víctima o su representante legal quien elige impulsar la investigación, derribando el obstáculo legal de la instancia. Es decir que el ofendido tiene un derecho pre procesal y la facultad de provocar la promoción.

Por otra parte, el tribunal refiere que 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. Señala que, percibir ese 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. La citada ley, en el art. 132 del C.P., 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 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.

El tribunal agrega, que 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. 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.

Asimismo, expresa que 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. En los delitos sexuales, la norma especial del art. 132 C.P. fija las exigencias a que debe ajustarse la concesión de la *probation* en este tipo de delito.

En el caso de marras, el acusado ha solicitado el beneficio de la probation en uno de estos delitos especiales por la particular naturaleza del bien jurídico lesionado; sin embargo, manifiesta el tribunal que puede advertirse que se encuentran ausentes los requisitos exigidos por el art. 132 del C.P., pues por la edad de la víctima, quien al momento de los hechos contaba con sólo 4 años de edad, no se encuentra en condiciones de proponer un avenimiento con el imputado, no obstante la comprobada relación afectiva preexistente entre ellos (paterno-filial), decisión que no podría suplantar su madre, quien por otra parte ha evidenciado su negativa a soluciones alternativas del conflicto. Finalmente, el T.S.J. señala que dicha circunstancia, constituye un impedimento insalvable para la procedencia de instituto requerido por el acusado; obstáculo insuperable, que los libera del análisis de los requisitos propios de la suspensión del juicio a prueba, art. 76 bis y ss. del C.P..

V. Laguna axiológica

Podemos afirmar que la sentencia analizada es una solución elegida por el tribunal, que pone fin a una controversia puesta a su conocimiento. Como es sabido, el tribunal no sólo está obligado por el sistema jurídico a adoptar decisiones sino también a fundamentarlas en derecho vigente, cuyo cumplimiento determina la legalidad de su resolución. Hacemos referencia a la concreta relación que debe existir entre norma general y norma particular como derivación de esta última respecto de la primera. En efecto, una decisión se justifica normativamente en un sistema jurídico, si y sólo si, es una consecuencia lógica del sistema en conjunción con ciertos enunciados descriptivos. Es importante recordar que la cuestión de justificación de una decisión judicial es siempre relativa a un sistema normativo determinado y, que por lo tanto, también es relativa a una interpretación de cierto conjunto de expresiones normativas.

En el caso en estudio, consideramos que si bien la sentencia del tribunal constituye un acto concreto de aplicación del derecho argentino vigente, no estamos frente a una correcta subsunción del caso individual en el caso genérico del sistema normativo propuesto, en tanto son cuestionables las premisas normativas elegidas por el juzgador. Estimamos que el tribunal sentenciante recurre a diversos argumentos a fin de fundamentar la decisión tomada, con la finalidad encubierta de suplir una laguna axiológica existente en el caso que analiza. A esos efectos, y atento el especial bien jurídico protegido en los delitos contra la integridad sexual, interpreta la intención de la autoridad normativa tomando en cuenta una cierta propiedad como relevante, esto es, el consentimiento de la víctima. Así, correlaciona el caso con una solución normativa diferente a la propiciada por el ordenamiento jurídico aplicable. Ciertamente, el caso que nos ocupa tiene prevista una solución, ya que de lo contrario se

trataría de una laguna normativa⁹, circunstancia incompatible con la existencia de una laguna axiológica¹⁰. Sin embargo, a los ojos del juzgador dicha solución resulta incorrecta, por lo que reconstruye las propiedades que deben ser consideradas relevantes para el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba en los delitos sexuales, de acuerdo con el sistema axiológico que presupone que posee la autoridad normativa. En este sentido, asume que el legislador mediante la promulgación de la Ley 25.087, estableció un régimen especial de suspensión de juicio a prueba, distinguiendo dentro del universo de delitos de acción pública una clase particular de delitos, que serían aquellos atentatorios contra la integridad sexual de las personas, dado el particular bien jurídico protegido, el cual es redefinido a partir de dicha ley, introduciendo una excepción implícita en la norma general de suspensión de juicio a prueba –art. 76 bis del C.P.–. De tal modo, en la sentencia se asigna significado a las formulaciones normativas efectuadas por el legislador de tal manera que se considera la relevancia no solo de las propiedades explicitadas por la autoridad normativa, sino también de aquellas otras propiedades que a juicio del juzgador son derivadas de otras expresiones normativas, reconstruyendo así los valores presupuestos por el legislador. A fin de justificar la adecuación de la hipótesis de relevancia¹¹ sostenida por el tribunal con la tesis de relevancia¹² del sistema normativo en cuestión¹³, el fallo refiere que existe una clase especial de delitos para la concesión de la suspensión de juicio a prueba en virtud del especial *bien jurídico protegido*, y que a través del instituto alternativo incorporado en el art. 132, se propicia un nuevo modelo de reacción legal, que pretende una mayor protección de la persona ofendida. Todo lo cual se traduce en que la solución alternativa del conflicto importa el consentimiento de la víctima, por lo que, para el tribunal, recién comprobada la existencia de todos los recaudos

⁹ Existe una *laguna normativa* cuando un determinado caso genérico no se encuentra correlacionado por un determinado sistema normativo a una solución. Cfr. ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 2006, p.49.

¹⁰ Un caso C de un universo de casos -UC- es una *laguna axiológica* del sistema normativo α en relación a un determinado universo de acciones -UA-, cuando definido el caso C está solucionado por α y existe una propiedad p, tal que p debe ser relevante para el caso C, de acuerdo con una determinada hipótesis de relevancia, y p es irrelevante para α en relación a ese UA. Cfr. ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, ob. cit., p.158.

¹¹ Llamaremos *hipótesis de relevancia* para un universo de acciones -UA- a la proposición que identifica el conjunto de propiedades que deben ser relevantes para ese UA. Cfr. ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, ob. cit., p.154.

¹² Llamaremos *tesis de relevancia* de un sistema normativo α para un UA a la proposición que identifica el conjunto de las propiedades relevantes en relación a α y UA. Cfr. *ibid*, p.154.

¹³ Para poder hablar de la existencia de una laguna axiológica es necesario que haya una discrepancia entre la tesis de relevancia del sistema y la hipótesis de relevancia.

establecidos en el art. 132 para el avenimiento podrá analizarse, en el caso de los delitos contra la integridad sexual, la concesión del beneficio de la suspensión del juicio a prueba regulado en el art. 76 bis, funcionando como un obstáculo insalvable para su procedencia.

VI. Interpretación extensiva

El T.S.J. formula su premisa normativa seleccionando dos normas del C.P.: el art. 76 bis y el art. 132, y a fin de solucionar el caso realiza una interpretación conjunta de dichas disposiciones. Respecto de la selección del sistema normativo efectuada por el tribunal, consideramos que la misma es errónea en tanto el caso a resolver encuadra sólo en el art. 76 bis. Por otro lado, y en relación al significado que atribuye a las normas seleccionadas sostenemos que realiza una interpretación extensiva de las mismas. Es decir, amplía el significado a prima facie de las disposiciones, incluyendo en su campo de aplicación supuestos de hecho que, según la interpretación literal, no entrarían en él¹⁴. En resumen, el tribunal al resolver el caso a la luz de ambas normas, incluye en el campo de aplicación del art. 76 bis, como así también del art. 132, supuestos de hecho que, según una interpretación literal de los artículos mencionados, no estarían incluidos por ellos (cumplimiento de las condiciones exigidas en la figura del avenimiento para la procedencia de la probation en los delitos sexuales). Esta interpretación va mas allá de lo que la misma norma quiere decir e intentan colmar una laguna normativa inexistente, en cuanto el caso a resolver tiene su solución en el art. 76 bis del sistema jurídico.

Basta con observar lo dispuesto por el legislador en dichas disposiciones. Por un lado, el art. 76 bis no realiza ninguna distinción teniendo en cuenta los delitos sexuales para determinar su procedencia. Por otro lado, el art. 132 concede excepcionalmente la posibilidad de concluir el proceso con un avenimiento, facultando al juez no sólo a extinguir la acción penal sino también proceder según lo dispuesto para la probation, ello en pos de salvaguardar los intereses de la víctima y lograr resolver el conflicto de un modo más equitativo.

En razón del carácter restricto del avenimiento, la propuesta conciliadora sólo puede proceder cuando los requisitos legales se encuentren acreditados en grado de certeza, y ello es congruente con lo fatal de su consecuencia, que puede llegar a la extinción de la acción penal¹⁵. La reforma introducida al avenimiento al contemplar también una situación

¹⁴ GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, 1999, p.34.

¹⁵ TRABALLINI DE AZCONA, Mónica A. "Las desavenencias de un avenimiento. A propósito del nuevo art. 132 del Código Penal", *Pensamiento penal y criminológico*, Córdoba, 2001, Año II, n° 2, p.291.

intermedia, es decir, la suspensión del juicio, mantiene la posibilidad de un final no punitivo, y permite esperar un período de prueba para recién luego dar por extinguida la acción.

En definitiva, el art. 132 otorga al juez la posibilidad de optar por extinguir la acción penal de forma inmediata o través del régimen de la suspensión del juicio a prueba, pero de ninguna manera establece una categoría especial de probation para los delitos sexuales. Por lo tanto, el caso individual en estudio es sólo subsumible en el art. 76 bis. A partir de allí, es que decimos que el T.S.J. elabora una errónea selección de las normas relevantes al caso, y a su vez realiza una interpretación extensiva al condicionar la concesión de la probation en los delitos sexuales al previo cumplimiento de los requisitos del avenimiento.

En consecuencia, podemos concluir que la regulación legal de la probation y el avenimiento establecen diferentes ámbitos de aplicación, por lo que no corresponde extender las características, exigencias o efectos de uno al otro. Si así lo hubiera querido el legislador habría modificado el texto de las normas, haciendo expresa mención de la supuesta relación que vincula a ambas. Por lo tanto, en nuestra opinión el T.S.J. realiza una interpretación extensiva en perjuicio del imputado que se encuentra completamente vedada en el ámbito del derecho penal.

VII. Conclusiones

Estimamos que el caso en estudio se trata de un caso difícil, en cuanto que la laguna axiológica existente suscita inconvenientes al realizar la elección de las normas aplicables y su interpretación. En el fallo, el juzgador pese a la existencia de una solución en el sistema jurídico de referencia, otorga una solución diferente por considerar que la prevista en el ordenamiento es axiológicamente inadecuada debido a que el legislador no ha tomado como relevante ciertas propiedades que deberían haber sido consideradas. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico el caso está correlacionado con una solución normativa, sin embargo, a fin de suplir la laguna axiológica identificada, el tribunal realiza una interpretación extensiva y reconstruye el sistema normativo aplicable.

Por nuestra parte, si bien valoramos correcto el tratamiento diferencial que requiere la probation para los delitos contra la integridad sexual, en función del bien jurídico protegido y la importancia del resguardo de la víctima, ello no habilita al juez a sustituir a la autoridad normativa. Actualmente, el instituto de la probation tiene en cuenta a la víctima, pero creemos insuficiente dicha consideración cuando se trata de delitos sexuales por el especial bien jurídico protegido. Es indudable, que el menoscabo a la integridad sexual implica en la víctima una mayor vulneración a su persona, en cuanto afecta sus sentimientos más íntimos. Es por ello, que al momento de resolver el conflicto a través de un medio alternativo, es

imprescindible tenerla en cuenta, más aún si resolver el conflicto significa ni más ni menos una posible extinción de la acción penal.

Sin dudas, la reforma realizada en el avenimiento ha querido manifestar, ya sea de forma explícita o implícita, la necesidad de revalorizar la participación de la víctima en el proceso penal. Sin embargo debemos ir más allá, y definitivamente, interrogarnos sobre si es necesario modificar el régimen legal de la probation en los delitos sexuales, incluyendo como requisito ineludible el consentimiento de la víctima.

Ahora bien, mientras tanto la redacción actual del art. 76 bis no realiza ninguna distinción en cuanto a los delitos sexuales, por ello consideramos que el T.S.J ha realizado una interpretación extensiva en perjuicio del imputado, de todos modos, prohibida en el ámbito del derecho penal y de ninguna manera justificada en nuestro ordenamiento jurídico.

VIII. Bibliografía

ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 2006.

DEVOTO, Eleonara A., *Probation e institutos análogos*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.

LAJE ANAYA y GAVIER, *Notas al código penal argentino*, Córdoba, Marcos Lerner, 1996.

NUÑEZ, Carlos Alberto, "El Avenimiento". En *Ussus Fori* n° 16. Córdoba, C.E.I.J.S.-A.G.E.P.J., 2001, pp.8-12.

RODRIGUEZ, Jorge L., *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, 2002, pp.251-331.

SAYAGO, Marcelo J., *Suspensión del juicio a prueba*, Córdoba, Marcos Lerner, 1999.

TRABALLINI DE AZCONA, Mónica A. "Las desavenencias de un avenimiento. A propósito del nuevo art. 132 del Código Penal". En *Pensamiento penal y criminológico*, Córdoba, Mediterránea, 2001, Año II, n° 2, pp.291-306.

WESTON, Anthony, *Las Claves de la Interpretación*, Barcelona, Ariel S.A.1998