

FALLO DE LA SALA PENAL DEL TSJ DE CÓRDOBA.

RECURSO DE CASACIÓN PENAL- DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL - AVENIMIENTO - DEROGACIÓN - SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA - PROCEDENCIA - ALCANCE.

1-A partir de la derogación de la figura del avenimiento dispuesta a través de la ley n° 26738, del 4/4/2012, desaparece la figura específicamente prevista para determinados delitos sexuales y la procedencia de la suspensión del juicio a prueba queda reconducida a la norma general del artículo 76 bis. Sin embargo, en tanto no ha variado el marco supranacional ya referido, la aplicabilidad de la *probation* debe ser analizada a la luz de las obligaciones internacionales dirigidas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, como así también las que protegen al niño de todo abuso físico y mental.2-Sin embargo, hay delitos en los que otrora podía proceder el avenimiento, pero quedan fuera del ámbito del artículo 76 bis; se trata de aquellos casos en los que el delito atribuido constituya un abuso sexual gravemente ultrajante o un abuso sexual con acceso carnal (CP, 119, 2°, 3° párrafos), por cuanto la pena a tener en cuenta para la suspensión del juicio a prueba (CP, 76 bis 1° y 4° párrafos) se ve superada con creces por el mínimo de la escala penal prevista legislativamente para los referidos injustos; la mentada improcedencia se refuerza si las particulares circunstancias de la causa permiten activar las obligaciones inherentes a la investigación, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer o contra la niñez.3-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 ya referidas, 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", y la Convención de los Derechos del Niño 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.4-Se concluye que en ciertos delitos, la introducción de figuras conciliatorias ignora la situación de sometimiento y abuso de poder en que se encuentra la víctima y consagran la impunidad del varón en las acciones cumplidas. No obstante la derogación del avenimiento corresponde en el caso considerar su aplicación conforme lo normado por el art. 2 del C.P.

SENTENCIA NUMERO: DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO

En la ciudad de Córdoba, a los treinta y un días del mes de octubre de dos mil doce, siendo las doce 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 **“ROBIDU Franco Daniel p.s.a. abuso sexual con acceso carnal continuado, etc. -Recurso de Casación-”** (Expte. “R”, 20/2012), con motivo del recurso de casación interpuesto por el Dr. José Daniel Fernández, a favor del imputado Franco Daniel Robidú, en contra del Auto número veintiocho, del veintinueve de febrero de dos mil doce, dictado por la Cámara Criminal, Correccional y de Acusación de 2da. Nominación de la ciudad de Río Cuarto, provincia de Córdoba.

Abierto el acto por la Sra. Presidente, se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

- 1º) ¿Ha sido erróneamente aplicado el art. 132 del CP?
- 2º) ¿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 n° 28, del 29 de febrero de 2012, dictado por la Cámara Criminal, Correccional y de Acusación de 2da. Nominación de la ciudad de Río Cuarto, provincia de Córdoba, resolvió: *"No homologar la propuesta de avenimiento presentada por CAA debiendo proseguir la causa según su estado"* (fs. 222/226).

II. El Dr. José Daniel Fernández en su carácter de defensor del imputado Francisco D. Robidu, interpone, a su favor, recurso en contra de la citada resolución al amparo del motivo sustancial (CPP, art. 468 inc. 1), denunciando la errónea aplicación del art. 132 del C.P. (fs. 228/234).

Objeta que el tribunal, al no homologar la propuesta de avenimiento formulada y aceptada, se deniega tácitamente la suspensión y/o extinción de la pena del delito que se le imputa al acusado.

Explica que el eje de su agravio finca en la errónea aplicación del art. 132 del C.P., materializado en cuanto el tribunal establece que "...se encuentran ausentes los requisitos exigidos por la edad de la víctima, quien al momento de

los hechos contaba con sólo doce años de edad y en la actualidad con catorce, motivo por el cual no se encuentra en condiciones de proponer un avenimiento con el imputado, decisión que no pueden suplantar sus progenitores...”.

Seguidamente, transcribe los argumentos expuestos en el decisorio en crisis para justificar su posición (fs. 229 vta/231) y explica que el fallo ha sido dictado rechazando la propuesta fundándose en lo impeditivo que resulta la menor edad de la víctima, condición exigida por la norma, sumando que ello no le ha permitido formular la expresión de libertad de avenirse, pues ha carecido para la misma de discernimiento, intención y libertad; y no se encuentra en condiciones de igualdad atento la evidente asimetría existente entre una joven de 14 años de edad y un hombre de 30 años.

Objeta que el encuadre jurídico del art. 132 del C.P. realizado por el tribunal y su consideración han sido efectuados descontextualizándolo del sistema jurídico nacional, definiendo a éste como el conjunto de normas enlazadas entre si, ordenado y armónico que contribuye a una determinada finalidad (constitución nacional, tratados internacionales, subsistema jurídico penal, subsistema jurídico civil, entre otras normas)

Ello reviste importancia, explica, pues en el caso se encuentran vinculadas las normativas civiles relativas a la capacidad de los menores adultos, la aptitud núbil, y el remedio del avenimiento en los delitos sexuales consagrados en el art.

132 del C.P.. No puede prescindirse para analizar el caso –adita-, de lo relativo a la capacidad de los menores adultos, es decir, de aquellos que cuentan con mas de 14 años de edad.

Recuerda que la capacidad como atributo de la persona, se refleja en la aptitud que tiene la misma y que entra en acción cuando se adquieren derechos en referencia a lo lícito. Así, ella es única, indivisible e intransferible. Agrega que la regla es la capacidad y la excepción la incapacidad, y la norma que así la consagre debe guardar concordancia y armonía con las demás normas del sistema jurídico que integra.

Siguiendo esta lógica, y conforme surge del art. 921 del C.C. (a contrario sensu) los menores adquieren discernimiento para lo lícito a partir de los 14 años por lo cual a partir de dicha edad actúan para ese tipo de actos con absoluto discernimiento intención y libertad. Se les reconoce por la ley una capacidad relativa para los actos lícitos.

Bajo esta lógica sistémica –reflexiona- cae el argumento de que “...la expresión de libertad de avenirse no ha sido realmente efectuada con discernimiento, intención y libertad por parte de CAA” pues ello contraviene las normas sobre capacidad referidas.

Igual suerte -entiende- corre la supuesta asimetría existente para el a quo, en razón de la diferencia de edad entre una y otro ya que, en lo relativo a la

menor, por expresa disposición legal, se ha declarado su pleno discernimiento para la realización de actos lícitos a partir de cumplir la edad de 14 años.

Tal asimetría y desigualdad, fundada sólo en la diferencia estaría no es mas que la formulación de una manifestación dogmática pues no encuentra respaldo probatorio en ninguna prueba pericial actualizada al momento de formular la petición; la referida por la asesora de menores y el ministerio publico -afirma- carece de actualidad, sin tener en cuenta el avance y desarrollo de la menor tanto psíquica como físicamente.

También se carece -advierde- de pericia psicológica del imputado por lo que nada permite afirmar con base sólida, la existencia de desigualdad que sostiene el decisorio.

Asegura que en manera alguna el avenimiento prestado por la supuesta víctima lo ha sido en ausencia de condiciones de plena igualdad entre un adulto de 30 años y una niña de 14 años. Ello se denota mas, advierde, cuando se omite considerar que la edad mínima requerida por el art. 132 del C.P. para solicitar el avenimiento es anterior al dictado de la ley 26579 que impuso la nueva mayoría de edad de los menores a los 18 años, modificando el régimen del CC. Analiza que antes el CC establecía que la mayoría de edad recién se alcanzaba a los 21 años de edad y de allí que el legislador consideró que recién a partir de los 16 años la mujer podía formular la propuesta de avenimiento. Esa es la lógica de

razonabilidad que poseía la norma en cuestión, la que ha desaparecido con la nueva norma y la interpretación que de ella hace el Organismo encargado de materializar el matrimonio en la Argentina.

Considera la unidad del orden jurídico y precisa que luego de la reforma, el ministerio de justicia de la provincia de Córdoba, Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, ha dispuesto por circular n° 8/2010 que “La misma ley 26579 `publicada en el Boletín Oficial el 22/12/2009 incorporó el siguiente texto nuevo al CC en el art. 168 que estableció: los menores de edad no podrán casarse entre si, ni con otra persona mayor sin el asentimiento de sus padres o del que ejerza la patria potestad o sin el de su tutor cuando ninguno de ellos la ejerce ,o en su defecto, sin el del juez. Con arreglo a este nuevo texto del art. 168 del CC hemos interpretado que los menores de edad –menores adultos entre 14 y 18 años- pueden casarse con el simple asentimiento de sus padres que ejerzan la patria potestad. Si no hubiere asentimiento de ambos padres se requiere la autorización judicial.

Ergo –razona- si la menor, después de cumplir 14 años de edad puede casarse, ello con el consentimiento de sus padres, y con una ley que fija la edad núbil en 18 años, no se observa cual seria el impedimento, o irrazonabilidad para que, en casos como el de autos, pueda formular válidamente la propuesta de avenimiento a idénticos fines y de igual forma. Por ello, el requisito de los 16

años como óbice para avenir aparece derogado tácitamente por contraposición con el nuevo régimen de menores, ley 26579.

Destaca que en el caso, los representantes legales de la menor apoyando la voluntad de aquella, prestaron su consentimiento a la propuesta. Cita jurisprudencia de la Sala (fs. 233/233 vta.).

Deja planteada la inconstitucionalidad del art. 132 del C.P.

III. El recurrente finca su agravio en la negativa del Tribunal de juicio a homologar la propuesta de avenimiento presentada por la menor damnificada con el consentimiento de sus progenitores, solución que -a su criterio-, evidencia la errónea aplicación del art. 132 del CP.

Tal decisión se sustenta en la ausencia de uno de los requisitos exigidos por el art. 132 del CP, como es la edad necesaria en la víctima para efectuar la propuesta, entendiendo el a quo que la expresión de libertad de avenirse no ha sido realmente efectuada con discernimiento, intención y libertad; no puede hablarse de un consentimiento libre –sostiene-.

La menor CAA no alcanza la edad prescripta por ley -16 años- , ya sea considerando la edad que tenía al momento de los hechos -12 años-, como en ocasión de formular la propuesta -14 años-.

Señala el tribunal, compartiendo lo manifestado por el representante del Ministerio Público, que “no es óbice a tal conclusión lo argumentado acerca del

cambio legislativo que redujo a los 18 años la mayoría de edad. Es que resulta manifiesta la asimetría de edad y consecuentemente la ausencia de condiciones de plena igualdad entre un adulto de 30 años y un niña de 14 años, embargada por sentimientos de atracción, culpa, vergüenza y angustia, lo cual surge claro de la pericia psicológica practicada, por lo que harto difícil es considerar que el matrimonio que se pretende pueda ser un modo mas equitativo de resolver el conflicto con mejor resultado para el interés de la víctima”.

IV.1. Para dar respuesta al quejoso, es necesario recordar que esta Sala Penal ha sostenido que el avenimiento es una respuesta alternativa para la solución de conflictos sometida a fuertes condiciones, objeto de un estricto control judicial a los fines de neutralizar el peligro de manipulación de las víctimas, garantizando condiciones de plena igualdad. Constituye una vía excepcional para la exclusión de la punibilidad de modo inmediato o a través de la suspensión del juicio a prueba.

Se trataría de un supuesto de conciliación en materia penal que fomenta la participación de la víctima en la redefinición del conflicto con miras a obtener una mejor reparación del daño sufrido.

La conciliación entre autor y víctima y la reparación representan soluciones posibles para desplazar a la coacción penal o para atemperarla, en ciertos delitos que pese a su gravedad generan costos adicionales para la víctima,

sobre los cuales sólo ella puede decidir atento el carácter predominantemente privado del interés tutelado.

-La propuesta de avenimiento o acuerdo debe ser **libremente formulada** y en condiciones de igualdad por la víctima mayor de 16 años.

La libertad exigida para tal acuerdo, no puede equipararse plenamente con los requerimientos civiles de un consentimiento válido, es decir que no se restringe a un hecho ejecutado con discernimiento, intención y libertad (arts. 897, 921, 922 y concordantes del C.C); es que, el legislador incluyó como medios comisivos de los delitos contra la integridad sexual, además de amenazas, el despliegue de ciertas conductas o aprovechamiento de ciertas situaciones que no se corresponden acabadamente con los clásicos medios que quitan validez civil al consentimiento. De la lectura del art. 119 se advierte que el legislador no se atiene a la fórmula discernimiento, intención y libertad para indagar si la víctima asiente voluntariamente, avanza mas allá en busca de abusos coactivos o intimidatorios de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, o cualquier causa por la cual aquella no haya podido aceptar libremente (AAVV, “Derecho Penal- Parte Especial”, Ed. Lerner, pags. 317).

Por ello, no puede afirmarse que la libertad se excluye sólo por amenazas, error, ignorancia o incapacidad, derivada de la menor edad, o de la insuficiencia mental, pues en los delitos contra la integridad sexual se han ensanchado los

factores que anulan el libre consentimiento incluyendo los supuestos de coacción, engaño, abuso de poder, o de otras relaciones de supremacía. Si estos medios son válidos para tipificar las conductas típicas que vulneran la integridad sexual, también deben serlo para satisfacer los requerimientos legales de los mecanismos destinados a despenalizar dicha manifestación delictiva.

-En cuanto al requisito de una **propuesta formulada en condiciones de plena igualdad**, ello se cumple cuando es realizada por una persona que se encuentra en posición similar respecto de otra; es decir que la víctima la realiza sin que exista relación de preeminencia del autor respecto de ella.

-En orden al **contenido del avenimiento** no existe una regulación legal expresa, puede tratarse de una propuesta matrimonial o un acuerdo de contenido económico. Se trata de un instituto que a partir de la composición entre autor y víctima del drama penal, permita la mejor satisfacción de los intereses de la última a través de cualquier medio eficaz a tal fin, no sólo el matrimonio. Es discutible la admisión del perdón liso y llano de la víctima con capacidad para proponer avenimiento o con capacidad para instar por sí.

-Es indispensable la **existencia de una relación de carácter afectivo preexistente**, una vinculación sentimental viva al momento de la comisión del delito. Ello no es posible con una persona meramente conocida y menos aún con terceros extraños.

El requisito se circunscribe a una persona a la cual se está ligado por sentimientos propios de una determinada unión espiritual permanente que se ha visto quebrantada por la comisión del delito (AAVV, “Derecho Penal- Parte Especial”, Ed. Lerner, pags. 316/319).

-Por último, el avenimiento debe ser el modo más equitativo de armonizar el conflicto, con el mejor resguardo del interés de la víctima.

2. Pues bien; es a partir de similar inteligencia que previo a la reforma legal, esta Sala hizo una cuidadosa aplicación del antiguo artículo 132 del CP, siguiendo las directrices arriba mencionadas, tarea que tuvo como resultante un significativo estrechamiento de la aplicación del instituto de la *probation* a ciertos delitos sobre los cuales era necesario que se cumplieran además los condicionamientos previstos en la figura del avenimiento. En atención a las propiedades especiales que estos casos presentaban, la doctrina judicial elaborada en diversos precedentes exigió mayores recaudos para alcanzar estos medios alternativos de solución del conflicto no punitivos.

En efecto, este mayor rigor en el examen de la procedencia del instituto previsto en el art. 132 del CP. se materializó en una interpretación estricta de sus requisitos, desestimándose los pedidos de avenimiento cuando éstos no se cumplían, ya sea porque la víctima no propuso el avenimiento con el imputado (“Sánchez”, S. n° 250, 3/10/2007; “Cardozo”, S. n° 85, 13/04/2010), no estaba en

condiciones de hacerlo por ser menor de 16 años (“Battiston”, S. n° 93, 28/04/2008; “Pezoa”, S. n° 75, 6/04/2010), no se encontraba en situación de plena igualdad con el acusado (“Escudero”, S. n° 42, 17/03/2009; “Gordo”, S. 347, 18/12/2008), no se había probado una relación afectiva preexistente entre ellos (“Bonko”, S. n° 158, 5/07/2007;), o que dicha solución no resultaba el modo más equitativo de resolver el conflicto, ni se hallaba resguardo el interés de aquélla (“Mercado”, S. n° 101, 26/04/2010).

Tan dirimente resultó dicha hermenéutica que, excepcionalmente, sólo en un caso -Azcurra S. 315, 18/11/2008- se resolvió a favor del avenimiento entre imputado y víctima debido a que del contraste de las circunstancias fácticas relatadas en la causa surgía, por un lado, la manifestación de voluntad expresada por la víctima era indicativa de que había cesado la situación de enfrentamiento entre ambos y, por el otro, que de la relación de concubinato mantenida entre víctima e imputado nació una hija que, necesariamente, creaba vínculos permanentes entre sus progenitores y la necesidad de una relación armónica entre ambos teniendo presente los derechos y deberes que el ejercicio de la patria potestad les impone.

Dicha perspectiva jurisprudencial fue reforzada in re “Garro”, S. 213, 25/08/2011, en donde se adujo que las razones de política criminal sustentadas en los fallos se correspondían con las directrices sentadas para las cuestiones 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"*.

Por último, en el precedente "Torres", S. 50 del 13/03/2012, y en función del marco jurídico enunciado, esta Sala formuló una interpretación restrictiva del requisito consistente en una "relación afectiva preexistente" y enfatizó que en tal circunstancia el avenimiento se presentaba como una *excepción* y su habilitación estaba sometida a esas fuertes condiciones que deberían ser objeto de un estricto control judicial, que neutralizara el peligro de manipulación sobre las víctimas.

Es que al ponderar como condición necesaria que el avenimiento haya sido realizado en condiciones de plena igualdad y libremente expresado, se equilibra la potencial desigualdad entre víctima e imputado, se morigera 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, descartándose cualquier posible actuación abusiva del acusado.

3. Recientemente, la Ley n° 26.738, BO 4/4/2012, dispuso la modificación de la norma mencionada suprimiéndose a partir de la misma la figura del avenimiento. Dicho cambio legislativo se sustentó en la cuestión vinculada a la problemática de género, la que ha sido plasmada entre los *fundamentos* del proyecto de ley finalmente sancionado y promulgado, el cual atravesó todas las etapas legislativas sin alteraciones ni observaciones.

Entre estos fundamentos, se recordó que la inclusión del instituto regulado en la normativa reformada provocó un fuerte debate en nuestra sociedad: por un lado, había quienes veían un novedoso mecanismo, dirigido a privilegiar la voluntad de la víctima por encima del interés estatal de perseguir las infracciones a la ley penal; pero, por otro lado, estaban quienes afirmaban que la misma poseía un sesgo discriminatorio que más que interesarse por la voluntad de aquella ponía en evidencia el desinterés estatal por sancionar penalmente la violencia de género

(conforme, Fundamentos del Proyecto de Ley presentado por la Senadora Sonia Escudero, S-2518/11).

Dado este marco político criminal, se consideró que el avenimiento constituye un incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado en diversos organismos internacionales, de investigar y sancionar a los responsables de tales actos, consagrando así la impunidad frente a hechos graves de violencia de género. Los estándares internacionales de derechos humanos obligan a los Estados a investigar toda violación de derechos humanos y a sancionar a los responsables, imponiendo además, frente a *ciertos delitos*, la obligación de iniciar pesquisas de oficio a fin de lograr individualizar y castigar a los responsables de dichas lesiones. Similar situación se verifica en torno a la victimización infantil.

Ambos ámbitos -violencia contra las mujeres y contra los niños- coinciden en tener como eje una relación asimétrica entre autor y sujeto pasivo, donde sólo se verifica una igualdad formal -es decir, de 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, aspectos éstos que tornan inviable que haya una libre negociación entre la víctima y su agresor.

Claramente comparte esta preocupación la Ley de Protección Integral de las Mujeres n° 26.485, BO 14/04/2009, que siguiendo la línea trazada en los apartados anteriores, y específicamente, en su art. 3 dispone que la misma

garantiza *"todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes"*, destacándose en lo que aquí interesa que éstos se refieren especialmente: *"a. una vida sin violencia y sin discriminaciones; b. la salud... y la seguridad personal; c. la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial; d. que se respete su dignidad... g. gozar de medidas integrales de asistencia, protección y seguridad; h. gozar de acceso gratuito a la justicia en casos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley; i. la igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres; j. un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización"*.

4. Ahora bien, a partir de la derogación de la figura del avenimiento dispuesta a través de la ley n° 26738, del 4/4/2012, desaparece la figura específicamente prevista para determinados delitos sexuales y la procedencia de la suspensión del juicio a prueba queda reconducida a la norma general del artículo 76 bis. Sin embargo, en tanto no ha variado el marco supranacional **ya referido, la aplicabilidad de la *probation* debe ser analizada a la luz de las**

obligaciones internacionales dirigidas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, como así también las que protegen al niño de todo abuso físico y mental.

Sin embargo, hay delitos en los que otrora podía proceder el avenimiento, pero quedan fuera del ámbito del artículo 76 bis; se trata de aquellos casos en los que el delito atribuido constituya un abuso sexual gravemente ultrajante o un abuso sexual con acceso carnal (CP, 119, 2º, 3º párrafos), por cuanto la pena a tener en cuenta para la suspensión del juicio a prueba (CP, 76 bis 1º y 4º párrafos) se ve superada con creces por el mínimo de la escala penal prevista legislativamente para los referidos injustos; la mentada improcedencia se refuerza si las particulares circunstancias de la causa permiten activar las obligaciones inherentes a la investigación, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer o contra la niñez.

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 ya referidas, 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", y la Convención de los Derechos del Niño 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.

Por estas razones, es que se concluye que en ciertos delitos, la introducción de figuras conciliatorias ignora la situación de sometimiento y abuso de poder en que se encuentra la víctima y consagran la impunidad del varón en las acciones cumplidas. No obstante la derogación del avenimiento corresponde en el caso considerar su aplicación conforme lo normado por el art. 2 del C.P..

V.1. Previo ingresar al examen de la cuestión, resulta necesario efectuar una síntesis de lo sucedido en la causa:

- Decreto que ordena la detención del imputado Franco Robidú (fs. 55).

-Declaración del imputado, en la que niega los hechos que se le atribuyen (fs. 67).

-Auto que resuelve ordenar la prisión preventiva de Robidú como supuesto autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal continuado (arts. 45, 119, tercer párrafo y 55 a contrario sensu del CP) –hecho nominado primero-, e inducción de un menor a la fuga (arts. 45 y 48 del C.P.) –hecho nominado segundo-, todo en concurso real (art. 55 del C.P.) en virtud de lo establecido por los arts. 336, 282, 281 incs. 1 y 2 del C.P.P.) (fs. 84).

-Oposición de la defensa (fs. 121).

-Auto del Juez de Control que hace lugar a la oposición y ordena la libertad del imputado, atento a la ausencia de peligro procesal (fs. 131).

-La requisitoria de citación a juicio (fs. 153/175) resuelve que el imputado deberá responder penalmente como probable autor responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal continuado (arts. 45, 119 tercer párrafos y 55 a contrario sensu del C.P.) –hecho nominado primero- y autor del delito de inducción de un menor a la fuga (arts. 45 y 148 del C.P.) –hecho nominado segundo- todo en concurso real (art. 55 C.P.).

-La damnificada CAA contaba con 12 años al momento de los hechos.

-Luego del auto de citación a juicio la menor –de 14 años de edad-, con fecha 26/12/2011, efectúa propuesta de avenimiento consistente en contraer matrimonio con el acusado (fs. 212), con la representación legal y debido consentimiento otorgado por su padres (fs. 212).

-Celebración del matrimonio entre la víctima CAA y el imputado Franco Robidú, con fecha 29 de diciembre del año 2011, según fotocopia de la libreta de familia obrante a fs 236.

-La asesora de menores plantea su negativa a dicha propuesta alegando la inexistencia de los requisitos exigidos por el art. 132 del CP, concretamente en lo relativo a la edad de la víctima -29/12/11- (fs. 215).

-El Fiscal de Cámara al contestar la vista corrida, con fecha 15/02/12, también expone su negativa argumentando acerca del interés superior del niño, la importancia del bien jurídico protegido y la ausencia de una voluntad libre en la niña (fs. 219).

-Auto de la Cámara Criminal, Correccional y de Acusación de Río Cuarto, de fecha 29/02/2012, que resuelve no homologar la propuesta de avenimiento (fs. 222).

2. Considero que le asiste razón al tribunal en cuanto resuelve no homologar la propuesta de avenimiento formulada por la menor, no obstante haberse celebrado el acto matrimonial entre los protagonistas, resultando necesario confirmar tal decisión.

Recordemos que para decidir acerca de la procedencia o no de la propuesta de avenimiento deben verificarse las siguientes condiciones impuestas por la ley:

- * 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.

La víctima del delito CAA no es mayor de 16 años de edad por lo que queda excluida objetivamente de la excusa legal. Los argumentos de la defensa respecto a la incidencia de la modificación del Código Civil en cuanto a la mayoría de edad y capacidad para contraer matrimonio y la integración de la voluntad del menor no son de aplicación en el ámbito examinamos donde las exigencias son mayores al vincularse con una excusa absoluta en relación a un hecho delictivo. Por ello la circunstancia de haber contraído matrimonio no obliga a la extinción de la acción penal ya que subsiste la obligación del Estado de sancionar los actos de violencia de género.

A mayor abundamiento se señala el requisito de la necesaria situación de plena igualdad entre las partes, se resiente debido a la diferencia de edad entre las mismas (14 años la menor y 30 años el acusado); es que, dicha circunstancia desarticula una posición similar entre los intervinientes, evidenciando una relación de superioridad del acusado sobre la víctima, con capacidad suficiente para forzar su libre consentimiento.

En efecto, aquella precaria relación afectiva entre las partes (a la que originariamente opusieron resistencia los padres de la menor, no obstante su consentimiento posterior al acuerdo), tamaña diferencia estaría, la personalidad de la menor, sus sentimientos de culpa y dependencia hacia sus padres (según los datos que surgen de su pericia psicológica fs. 102/105), constituyen un conjunto

integrado que seguramente funcionó como un real condicionamiento para ella al momento de formular la propuesta, teniendo así la libertad de la manifestación de su voluntad, que posiblemente ponderó distintos valores por encima de su interés particular que es el que, en verdad, debe priorizarse con el instituto del avenimiento, cuya concesión debe ser el modo mas equitativo de armonizar el conflicto victima-victimario.

Obsérvese que de la pericia psicológica de la menor surgen características en torno a su personalidad, destacándose que se trata de un tipo de personalidad desintegrada; se defiende desde la anulación especialmente en el aspecto afectivo emocional; necesita detenerse para analizar y revisar lo ya hecho, pero sentimientos de ansiedad, angustia y culpa la anulan poniendo en evidencia signos de dependencia desde donde reclama la contención y asistencia del otro, especialmente su madre y su familia, dejando ver signos de afectividad y sensibilidad reprimida, angustia y baja tolerancia a la frustración. Habla de situaciones vividas no resueltas que han impactado en su mundo interno; muestra sentimientos de vergüenza, culpa, angustia, ansiedad, inseguridad, hostilidad, acompañado de cierta inhabilidad para manejarlo; comportamientos autodestructivos.

En el item estructura de personalidad, se resalta signos de debilidad, pesimismo con sentimientos de fatiga, desaliento, no pudiendo enfrentar ni

resolver situaciones críticas vividas acudiendo a mecanismos de defensa que permitan distancia de lo sentido; dejando ver conductas actuadoras e impulsivas (fs. 102/105).

Recordemos que la asesora de menores entre sus argumentos negativos, inteligentemente rescata que los sentimientos de la niña son ambivalentes y se debaten entre el deseo de continuar su relación sentimental con el acusado y su erróneo sentimiento de culpabilidad por considerarse responsable del proceso al que él está sometido; mas el daño psíquico sufrido, circunstancia común en este tipo de delitos. Por ello, los dichos de la niña no pueden ser esgrimidos como expresión de una voluntad libre, de la que carece por su minoría de edad.

Por su parte, el Fiscal de Cámara destacó que la víctima solo cuenta con 14 años de edad y aunque sus padres han prestado su asentimiento a la propuesta, por la especial protección que el interés superior de la niña merece y la naturaleza del bien jurídico protegido, no cabe suplir la falta de aptitud legal con el consentimiento de los padres. Resulta manifiesta la asimetría de edad y consecuentemente, la ausencia de condiciones de plena igualdad entre un adulto de 30 años y una niña de 14 años embargada por sentimientos de atracción, culpa, vergüenza y angustia –lo que surge de la pericia psicológica que se le practicara– por lo que resulta difícil considerar que el matrimonio pueda ser el modo mas

equitativo de resolver el conflicto con mejor resguardo para el interés de la víctima.

El matrimonio de la menor autorizado por los padres, pese a la oposición del Sr. Asesor Letrado y el Sr. Fiscal de Cámara no puede eximir del cumplimiento de los demás extremos exigidos por la ley.

En consecuencia, considerando la edad de la víctima y su personalidad, la desigualdad entre las partes debido a la diferencia estaría entre ellos, y la consecuente ausencia de libertad en la propuesta formulada por la menor, resulta necesario confirmar la decisión impugnada y proseguir la causa según su estado.

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.

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 el Dr. José Daniel Fernández, a favor del imputado Franco Daniel Robidú. 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 el Dr. José Daniel Fernández, a favor del imputado Franco Daniel Robidú. 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.

Dra. Aída TARDITTI
Presidenta de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia

Dra. María Esther CAFURE DE BATTISTELLI
Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dra. María de las Mercedes BLANC G. de ARABEL
Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dr. Luis María SOSA LANZA CASTELLI
Secretario Penal del Tribunal Superior de Justicia