

En la ciudad de Santa Rosa, Capital de la Provincia de La Pampa a los veinticuatro días del mes de julio de dos mil doce, se reúnen los señores Ministros, Dr. Víctor Luis MENÉNDEZ y la Dra. Elena Victoria FRESCO, integrantes de la Sala B del Superior Tribunal de Justicia, de conformidad con el art. 421, en relación al art. 411 del C.P.P., a efectos dictar sentencia en los autos: "TOMASELLI, Marcelo Javier s/ recurso de casación interpuesto por la fiscalía", registrados en esta Sala como Legajo n° 912/3, con referencia al recurso de casación interpuesto a fs. 1/7vta., por la Fiscal, Dra. Ivana Soledad HERNÁNDEZ, contra la resolución del Tribunal de Impugnación Penal, que decidió, por mayoría: "...**HACER LUGAR AL AVENIMIENTO** formulado oportunamente por Carla FIGUEROA y Marcelo Javier TOMASELLI en los términos del Art. 132 del C.P...." y;-----

CONSIDERANDO:-----

----- 1º) Que contra la decisión del Tribunal de Impugnación, la representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación con invocación del art. 420 y 421 del C.P.P. y solicitó que se proceda a

casar la resolución "...por inobservancia de un precepto constitucional y/o inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva".-----

----- 2º) Que la Dra. HERNÁNDEZ desarrolló su texto recursivo en cuatro agravios, a saber:-----

----- a) Primer agravio:-----

----- Señaló la existencia de errónea valoración en el voto del Dr. Flores, en relación al art. 132 del C.P. y al requisito que exige "...una propuesta de avenimiento por parte de la víctima", pues surge de las audiencias realizadas, con claridad, que la idea de este acuerdo fue a instancias del imputado y su defensa técnica.-----

----- Agregó que el escrito de avenimiento fue suscripto sólo por la víctima, el imputado y su defensor, sin el acompañamiento del letrado que patrocinaba a FIGUEROA. Así, el magistrado entendió que la damnificada "...estaba en condiciones de libertad tal como para decidir..." (fs. 2), pero resulta evidente que FIGUEROA en ningún momento petitionó, en condiciones de plena libertad e igualdad, la aplicación del instituto de referencia.----- La fiscal recordó que la situación familiar de la víctima la colocó en un estado de vulnerabilidad que doblegó su voluntad, circunstancia que se apreció en el trámite

procesal, cuando en un principio le solicitaba a esa Fiscalía una condena para TOMASELLI y luego el pedido de avenimiento, impulsado por la defensa "...con la única finalidad de obtener la libertad del acusado..." (fs. 4).-----

Leg. n.º 912/3

///-2-

----- b) Segundo agravio:-----

----- La Dra. HERNÁNDEZ indicó que en el voto del Dr. JENSEN se advierte una errónea aplicación de la ley al considerar la presencia de todos los requisitos del avenimiento, pues no han sido analizadas "...las circunstancias que rodearon a la damnificada en forma previa e inmediatamente posterior a sucedido el hecho..." (fs. 4vta.). Tampoco la situación de violencia vivida en el entorno familiar, el homicidio de su madre, perpetrado por su padre, la falta de contención familiar "...y de las instituciones del medio que no cuentan con sistemas de apoyo a víctimas de violencia sexual..." (fs. 5).-----

----- c) Tercer agravio:-----

----- La recurrente se agravió -con fundamento en lo precedentemente expuesto- que el requisito de

"excepcional" que demanda el instituto bajo examen, para su procedencia, perdió virtualidad. Sin embargo, frente a la desatendida situación, los magistrados concedieron el beneficio.-----

----- Señaló que en el debate parlamentario para la reforma del art. 132 -ley 25087- se expuso la excepcionalidad de esta vía, sometida a estrictos controles judiciales y que incluso los jueces debían asesorarse por "expertos en la materia", sin dejar de considerar "...que el avenimiento de la víctima haya sido realizado en condiciones de plena igualdad y libremente expresado'..." (fs. 5vta.).-----

----- d) Cuarto agravio:----- -

----- Por último, la impugnante manifestó que no fueron considerados preceptos constitucionales y tratados internacionales, como la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer de Belem do Para y la ley 26485.-----

----- Este aspecto "...implica necesariamente una falta de perspectiva de género en la apreciación realizada, aún cuando nuestro país ha adherido a la mirada de la comunidad internacional sobre el abordaje de los hechos de violencia en contra de las mujeres...". (fs. 6vta).-----

----- 3°) Que el señor Procurador General, Dr. Mario O. BONGIANINO, en la oportunidad procesal prevista, manifestó que el instituto objeto del presente recurso fue otorgado estableciéndose un plazo con diferentes condiciones, y que por los hechos que son de dominio público (muerte de la víctima) *"...que me eximen de mayores apreciaciones, han determinado su incumplimiento y por lo tanto su revocación de pleno derecho..."* (fs. 38).----- 4°) Que antes de ingresar al planteo
Leg. n.° 912/3

///-3-

central de la propuesta recursiva formulada, corresponde analizar su procedibilidad formal, teniendo en cuenta que el recurso de casación sólo procede contra *"...las sentencias definitivas condenatorias y contra aquellas resoluciones que causen un agravio de imposible reparación ulterior"*.-

----- La recurrente sostiene que el decisorio objetado le causa un agravio de imposible reparación ulterior, y si bien no se detuvo a fundamentar las razones de esa invocación, puede advertirse que estamos ante un auto que hace imposible la continuación de la acción, y en definitiva impide su prosecución por parte

del Ministerio Público Fiscal (art. 403 en relación con el art. 421 del C.P.P.).-----

----- Es decir, que la resolución de concesión del avenimiento es un auto que impide la continuación de las actuaciones para el Ministerio Fiscal, pues en el caso de cumplimiento de las condiciones para su procedencia, la acción penal quedará extinguida. En definitiva, son *"...las resoluciones que, sin ser sentencias finales, paralizan definitiva o temporariamente el proceso, sea en su fase cognoscitiva o en la ejecutiva"* (CLARIA OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. T.V. Ed Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2009: p.524).-----

----- Por lo tanto, las condiciones de impugnabilidad objetiva para el recurso de casación se encuentran cumplidas, debiendo estimarse a través de los relatos circunstanciados de cada uno de sus agravios, que el caso se subsume en el inciso 2° del art. 419 del C.P.P.-----

----- 5°) Que si bien el análisis que se propone está referido al artículo 132, segunda parte, del Código Penal, que ha sido derogado con posterioridad a la interposición del recurso (ley 26738), en el momento de la propuesta del remedio procesal intentado, dicha norma se hallaba vigente, y

en consecuencia, se genera la necesidad de su estudio por el principio general de ultraactividad de las leyes.-----

----- 6º) Que con relación al primer agravio, en el que se señaló una errónea valoración respecto de la exigencia del art. 132 del C.P., que requiere que *"...la propuesta [haya] sido libremente formulada y en condiciones de plena igualdad..."*, puede advertirse que en el voto mayoritario del Tribunal de Impugnación Penal (voto del Dr. Carlos FLORES), se consideró: *"...Sin perjuicio de la cautela que cabe tener respecto de la aplicación de este instituto y que conforme señala la doctrina, nada garantiza la*
Leg. n.º 912/3

///-4-

libertad de decisión de una víctima que puede estar fuertemente condicionada, la audiencia personal llevada a cabo por los integrantes de la Sala, me ha permitido tener por acreditado que lo manifestado por la joven Carla Figueroa y la propuesta realizada luce real y sincera, libre sin presiones y que desea que la causa se termine para lograr una adecuada convivencia familiar; no coincidiendo con mi colega preopinante que tal consentimiento no fuera formulado con libertad, que fue presionada para hacerlo y que el matrimonio

celebrado no responde a los sentimientos que ambos se profesan" (fs. 10vta.).-----

----- Surge evidente que la valoración vinculada a este requisito del avenimiento se redujo a las apreciaciones que tuvo el magistrado en la audiencia llevada a cabo por el T.I.P. con la víctima, vale decir alcanzadas por medio de la intermediación, ámbito ajeno a esta instancia casatoria.-----

----- Sin embargo, el error en que incurrió el magistrado estuvo en el enfoque que realizó, pues parcializó su objeto de valoración para analizar si la propuesta fue realizada libremente, porque para ello era necesario apreciar otros elementos obrantes en la causa, por ejemplo el informe psicológico realizado a FIGUEROA, sin desatender su propia historia de violencia familiar (el homicidio de su madre en manos de su padre).-----

----- No hay más que reparar en dicha evaluación, para observar que "*...se trata de una **Personalidad Normal con características fóbicas y rasgos de indefensión y vulnerabilidad***", que "*...se ve limitada su capacidad de decidir libremente y en función del deseo propio con la consiguiente pérdida de la subjetividad...*"; "*...cuando se le pregunta como se*

siente en la actualidad, dice sentirse intranquila y atemorizada ante la posibilidad de que el imputado obtenga la libertad...”, que se despertaba “...durante la noche, por temor a ser agredida durante el sueño, considerando que esto era 'aprovechado' por su pareja para manipularla y someterla”.-----

A todo ello se agregó en relación a su “historia vital” que el “...vacío de la función parental es ocupado por su abuela materna y sus tíos, aunque con algunas carencias en lo que respecta a las funciones básicas, como es neutralizar los aspectos más indefensos, el cuidado y sostén emocional, quedando la menor en un estado de cierta vulnerabilidad e indefensión”.-----

Leg. n.º 912/3

///-5-

----- En definitiva, esta interpretación del tribunal soslayó el informe pericial, incluso el repentino cambio de opinión de la víctima, que pedía la condena por el ilícito cometido. *“Concluir que la libertad se excluye sólo por amenazas, error, ignorancia o incapacidad derivada de la menor edad o de la insuficiencia mental, importa desestimar los*

paradigmas de la reforma [25987], en la que 'se amplían los nuevos factores que anulan el libre consentimiento más allá de la fuerza y la intimidación, incluyendo los supuestos de coacción, engaño, abuso de poder, aún cuando fuera en el marco de relaciones conyugales o de concubinatos e incorporando otras relaciones de autoridad y jerarquía que fuercen el libre consentimiento'." (TRABALLINI DE AZCONA, Mónica. *Las desavenencias de un avenimiento- A propósito del nuevo artículo 132 del Código Penal*, www.eldial.com.ar/bases/doctri/notas/nt020228.asp.-----

----- En los casos de víctimas de violencia, - en lo particular FIGUEROA no era menor de edad, ni tampoco tenía una discapacidad mental,- debe apreciarse igualmente que la intimidación o el temor se ejerce más allá de una simple amenaza; y aquí el temor se sembró desde el momento del ataque y estuvo presente en cada acto que realizó, incluso en la entrevista realizada. Su voz, casi inaudible, sumada a las breves respuestas brindadas, permite "Comprender [que] los procesos de las respuestas de las mujeres a la intimidación, amenazas o conductas violentas puede posibilitarnos entender las razones por las que la mujer permanece en silencio. El silencio, contrariamente a lo que comúnmente se dice, no

significa aceptación tácita. El silencio es la forma en que luchan las personas que sienten que no tienen poder. El silencio es una DECLARACIÓN. Factores tales como la preocupación por los otros, indefensión situacional, miedo, pánico y hasta una depresión inmovilizadora producen silencio. La investigación de las experiencias de las mujeres con conductas intimidatorias o violentas de los hombres debe articularse en la comprensión de la vida de las mujeres y el rol que la violencia masculina juega en ellas" (VILA DE GERLIC, Cristina. *Opúsculos de derecho penal y criminología. VIOLENCIA FAMILIAR Familiar- Mujeres Golpeadas*. Ed. Marcos Lerner. Córdoba, 1987:p.92/93).--

----- A propósito del planteo, y en relación a las críticas que recibió la reforma del artículo 132 se dijo que "Aunque se establece que la retractación de la víctima sólo podrá ser aceptada cuando haya sido formulada libremente y en
Leg. n.º 912/3

///-6-

condiciones de plena igualdad, cabe preguntarse cómo se garantizan esas condiciones. Nadie ignora que hacer una denuncia por un ultraje sexual es una decisión valiente, sobre todo si los causantes son familiares directos. En el contexto de sexismo imperante en la

*sociedad y en la Justicia, este artículo abre una vía a la impunidad y favorece la reproducción del delito, devenido 'un conflicto a armonizar'" (Del honor masculino a la integridad sexual- El difícil camino de los derechos de la mujer, Número 1 - Julio 1999 **Por Silvia Chejter, en Le Monde Diplomatique, edición Cono Sur, pag.30).**-----*

----- 7°) Que el segundo agravio, específicamente vinculado al voto del Dr. JENSEN, la recurrente entiende que los requisitos que exige el art. 132 no se encontraban cumplidos para la procedencia del avenimiento, pues no se tuvieron en cuenta los hechos de violencia en que se encontró inmersa la víctima, tales como el homicidio de su madre y la falta de contención familiar, como así también de organismos vinculados a la ayuda en casos de violencia sexual.-----

----- En este sentido, la fiscal equivoca su planteo, porque los aspectos referidos no conforman las causales enumeradas en el art. 132 del código de fondo. En todo caso debió revisar cómo el T.I.P. ha aplicado el derecho a los hechos, y si estos últimos han sido analizados en forma correcta o no, desde los términos de la norma señalada.-----

-- Igualmente las cuestiones descriptas por la

recurrente como desatendidas por el Tribunal de Impugnación fueron analizadas por esta Sala en el considerando precedente.-----

----- 8º) Que el tercer agravio se centralizó en subrayar que el avenimiento es un instituto de carácter excepcional, y recordó la Agente Fiscal que en este tipo de resolución alternativa del conflicto "*... me permito aclarar que no puede tratarse a un Abuso sexual agravado como un mero conflicto entre partes, que puede ser fácilmente solucionado con un acuerdo o perdón, cuando generalmente se parte de la base de una desigualdad en términos de autodeterminación y posibilidad de decidir*".-----

----- Más allá de la crítica de la recurrente respecto al instituto del avenimiento, la condición de excepcionalidad que se exige para su procedencia, en el *sub judice*, no se hallaba cumplimentada.-----

----- En el debate parlamentario del artículo 14 de la ley 25987, que reformó el art. 132, el diputado Cafferata Nores manifestó "*...que esta vía se presenta como una excepción, y que su habilitación está sometida a fuertes condiciones que deberían ser*

Leg. n.º912/3

///-7-

objeto de un estricto control judicial, lo que neutraliza el peligro de manipulación sobre las

víctimas" (ANTECEDENTES PARLAMENTARIOS, La Ley, 1999-B,1617).-----

----- A pesar de la observación del diputado, que evidentemente trasluce la falta de confianza que le generaba el "avenimiento", pues señala la necesidad de establecer un control para seguridad de las víctimas, la inclusión del vocablo "excepcionalmente" en la norma no brinda claridad. En principio, porque podría estar referido a que se cumplan las condiciones exigidas que a continuación se encuentran redactadas en el artículo en cuestión, es decir "*...que haya sido libremente formulada y en condiciones de plena igualdad,... en consideración a la especial y comprobada relación afectiva preexistente*", o tal vez que el avenimiento propiamente dicho sea en sí mismo un instituto extraordinario.-----

----- Entre ambas posibilidades, nos quedamos con la segunda apreciación porque el avenimiento es un instituto excepcional por su propia naturaleza, el que debe analizarse en el caso concreto, más allá del cumplimiento de los requisitos mencionados precedentemente.-----

----- Aquí la historia de violencia familiar de la víctima, la falta de contención institucional ante un hecho de violencia sexual, excluyen cualquier

consideración que habilite la procedencia de un instituto de estas características.-----

----- 9º) Que por último, corresponde analizar el cuarto agravio. Al respecto se debe precisar que no han sido observados los tratados internacionales con jerarquía constitucional vinculados a la perspectiva de género, e incluso la ley nacional 26458 de "Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos que desarrollan sus relaciones interpersonales".-----

- En este sentido, las Naciones Unidas, a partir del compromiso asumido de bregar por la igualdad entre el hombre y la mujer, en 1975 realizó la Primer conferencia mundial sobre la Mujer, en México. Su finalidad fue establecer recomendaciones a los gobiernos y a la comunidad internacional, para la plena igualdad de la mujer con el hombre en la vida social, política, cultural y económica. Posteriormente, en el marco de los esfuerzos internacionales para eliminar la discriminación a la mujer se realizaron nuevos encuentros como los de Nairobi, en 1985, Copenhague, en 1990, y Beijing en 1995, en los cuales nuestro país estuvo representado.

Leg. n.º 912/3

----- Así, en 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, y en 1994 se firmó la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará), documentos internacionales ratificados por nuestro país.-----

----- Este *racconto* tiene la finalidad de demostrar el largo camino de compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino en materia de perspectiva de género y, sin embargo, esas normas resultaron soslayadas.-----

----- La ley 26485 define, en su artículo 3°, que garantiza los derechos consagrados en las convenciones internacionales referidas, y en el artículo 5° señala como tipos de violencia la: "2.- *Psicológica: La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación o aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia o*

sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación. 3.- Sexual: Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres".----- Más adelante, en su artículo 28, establece que quedan prohibidas todas las audiencias de conciliación o mediación, es decir que los acuerdos de avenimiento resultan inaplicables por su tácita derogación, ante la sanción de la ley de referencia, y por el marco referencial de violencia sexual y psicológica sufrida por la víctima.-----

----- Además, no podemos desmerecer que el a quo no atendió a la oposición del Ministerio Fiscal a la concesión del avenimiento, que conlleva la suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis y ter del C.P.), requisito ineludible para su procedencia. En

Leg. n.º 912/3

///-9-

ese sentido, en nuestro país, al aprobar la Convención de Belém do Pará (ley 24632), los magistrados se encuentran obligados a considerar la oposición del fiscal en el marco de lo dispuesto en el art. 7: "*Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia...*".----- Por otra parte, los señores magistrados no deben olvidar que la inaplicabilidad de los tratados internacionales puede generar una eventual responsabilidad para el Estado argentino, en atención a las obligaciones asumidas.----

----- Así, el análisis jurídico que correspondió realizar en el voto mayoritario, debió ajustarse a la aplicación armónica del derecho vigente, de conformidad con el criterio sustentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de interpretación de la ley, en virtud de "*Que es doctrina del Tribunal que las leyes siempre deben interpretarse evitando darles un sentido que ponga en pugna sus*

disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilia y deja a todas con valor y efecto (Fallos: 300:1080; 313:1293), en tanto cuando la ley emplea determinados términos es la regla más segura de interpretación la de que esos términos no son superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, por cuanto, en definitiva, el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador (Fallos: 324:2780; doctrina de Fallos: 327:5345), cuidando de no alterar, y de buscar ... por vía de la interpretación, el equilibrio del conjunto del sistema legal que se examina (arg. Fallos: 296:432)" (CSJN Fallos 331:1234).-----

----- Las consideraciones señaladas conducen indefectiblemente a declarar la errónea aplicación de la ley sustantiva en el decisorio dictado por el Tribunal de Impugnación Penal.-----

----- 10º) Que este Tribunal no deja de advertir, que si bien la concesión del avenimiento generó la suspensión del juicio a prueba, sujeta al cumplimiento de reglas de conducta, entre ellas la no comisión de un nuevo delito, la causa n° 3535/0, caratulada: "Ministerio Público Fiscal c/ Tomaselli,

Marcelo Javier s/ homicidio agravado por el vínculo” que condenó al imputado de autos, aun no posee sentencia firme, circunstancia que desmerece el estudio de su revocación de pleno derecho.-----

Leg. n.º 912/3

///-10-

----- 11º) Que para finalizar, es necesario manifestar, en virtud del desenlace trágico que tuvo la vida de Carla FIGUEROA y la decisión jurisdiccional asumida, que se impone no solamente a los operadores judiciales, sino a todos quienes desde diferentes estamentos de los Poderes Legislativo y Ejecutivo les corresponde intervenir en el tratamiento de la violencia de género, una sincera y exhaustiva autocrítica que no se estanque en simples declamaciones sino en verdaderas acciones. Tal como dijo la Dra. Carmen Argibay *“El mero conocimiento de la existencia y contenido de estos tratados no alcanza. Detectar las múltiples situaciones en las que una mujer se encuentra en desventaja por su condición de tal requiere, además de un esfuerzo intelectual para comprender una temática que no fue parte de nuestra formación, agudeza de los sentidos para detectar los estereotipos culturales*

arraigados que reproducen la asignación de roles de género" (Prólogo del "Protocolo de trabajo en talleres para una Justicia con perspectiva de género", Corte Suprema de Justicia de la Nación, p.3).-----

----- En ese sentido, no puede evitarse la mención de los proyectos de derogación del art. 132, que estuvieron años sin tratamiento en el Congreso, y que "despertaron" ante el crimen atroz de Carla FIGUEROA.-----

----- 12º) Que en mérito a las consideraciones expuestas corresponde aceptar la procedencia del recurso de casación formulado por la representante del Ministerio Público, Dra. Ivana HERNÁNDEZ, revocar la decisión adoptada por el Tribunal de Impugnación Penal, y proseguir con el trámite del juicio en legal forma, por errónea aplicación de la ley sustantiva.-----

----- Por ello, el **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, SALA B,**-----

FALLA:-----

----- I.- Hacer lugar al recurso de casación formulado por la Fiscal, obrante a fs. 1/7vta., contra la decisión del Tribunal de Impugnación Penal dictada con fecha 2 de diciembre de 2011, por errónea aplicación de la ley sustantiva de los arts. 75, inc.

22 y 24, de la Constitución Nacional, arts. 3, 5, inc. 2 y 3, y art. 28 de la ley 26.485 y 76 bis del C.P. (conf. arts. 419, incs. 1° y 2° del C.P.P.).-----

----- II.- Revocar el avenimiento aceptado en los términos del art. 132 del C.P., y disponer la prosecución del trámite del juicio en legal forma (art. 308 y ss. del C.P.P.).-----

----- III.- Registrar, protocolizar, notificar a la Oficina Judicial de la Segunda
Leg. n.° 912/3

///-11-

Circunscripción Judicial y archivar el presente legajo.-----