

General Pico, Octubre 04 de 2011.-

AUTOS:

El incidente Avenimiento, Tomaselli-Figueroa en legajo N° 912/11, caratulado "Ministerio Público Fiscal c/ TOMASELLI, Marcelo Javier s/ Abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma" y:

VISTOS:

La presentación efectuada por la víctima Carla Figueroa por derecho propio y el imputado Marcelo Javier Tomaselli por derecho propio con el patrocinio letrado del Dr. Armando Agüero donde solicitan la aplicación del instituto del avenimiento regulado por el art. 132 del C.P., manifestando ser la mejor forma de armonizar el conflicto existente, que sería la manera de reconstruir la vida y relación de padres del menor Tobías Valentín. Que el imputado solicita se suspenda la acción penal por el término de tres años y se autoimpone restricción de acercamiento a la víctima, así también tratamientos psicológicos, psiquiátricos a fin de lograr la recuperación de sus adicciones y problemas de conducta.

Que celebrada audiencia con la presencia de los interesados, el tribunal colegiado integrado por los Dres. Alfredo Alonso, Florentino Rubio y Carlos Federico Pellegrino, por el ministerio Público Fiscal la Dra. Ivana Hernandez, como querellante particular el Dr. Raúl Quiroga y el Dr. Armando Agüero por la Defensa Técnica.

Que leído el acuerdo presentado la víctima ratificó el mismo, expresando que consideraba que era lo mejor para su hijo, fruto de la relación con el imputado y que sabía en que consistía el instituto, narró sus circunstancias personales.

La representante del Ministerio Público Fiscal, a su turno, se opuso a la aplicación del instituto por no corresponder en cuanto a la calificación jurídica del mismo, dado que el avenimiento es solo aplicable a los tres primeros párrafos del art. 119

del C.P. y no al cuarto párrafo, solicitando su rechazo in-limine. También expresó que de aplicarse lo solicitado el beneficio sería para terceras personas y no para la víctima. Asimismo puso de manifiesto que con el conocimiento que tiene de la víctima no es la solución que necesita y que la damnificada ha sufrido una manipulación, además de manifestar que como Ministerio Fiscal, va a proseguir la acción ya que se encuentra debidamente instada.

El querellante no realizó ninguna manifestación.

A su turno la Defensa no compartió el argumento fiscal en cuanto a la calificación, haciendo mención a que el avenimiento no distingue, para su aplicación, ningún supuesto del art. 119 del C.P. sino que incluye todos párrafos del artículo. Expresó que el argumento Fiscal es subjetivo y que se debe respetar la voluntad de las personas, donde la damnificada brindó su consentimiento a los fines de la aplicación del instituto regulado en el art. 132 del C.P..-

CONSIDERANDO: Que resultando desansiculado para emitir opinión en primer término el Dr. Carlos Federico Pellegrino; quien dijo:

Que en primer lugar, en cuanto a la posibilidad de aplicación del avenimiento previsto por el art. 132 del C.P., voy a coincidir con la posición de la defensa, en cuanto todos los supuestos del artículo 119 del mismo cuerpo legal se encuentran comprendidos, sin hacer diferenciación alguna con respecto a los agravantes enumerados en el cuarto párrafo del artículo en cuestión. La doctrina emanada del comentario del instituto del avenimiento es pacífica en dicho sentido, discurriendo las discusiones doctrinarias solo al respecto del alcance de la conciliación a los partícipes o no en el delito. Entiendo que, solo en lo que respecta a la posibilidad de aplicación del avenimiento en la calificación legal acordada, no existirían obstáculos legales para su aplicación.

El art. 132 del C.P., exige para convalidar el avenimiento, cuya aplicación huelga decir, es excepcional, la simultánea concurrencia de los siguientes requisitos; a) que la víctima sea mayor de 16 años, b) que la propuesta de avenimiento hay sido

libre y voluntariamente formulada y en plena igualdad con el acusado c) que preexista una relación afectiva entre la víctima y el acusado y, d) que resulte el modo más efectivo de armonizar el conflicto con el mayor resguardo del interés de la víctima.

En el presente caso sólo se da el primer requisito, por lo que no puede convalidarse la propuesta de avenimiento formalizada por escrito atento a lo que de la audiencia realizada surge, fundamentalmente de la impresión recibida al tomarse conocimiento personal de la víctima y del informe pericial psicológico agregado al legajo. Siendo ello así porque: En primer lugar, por la experiencia adquirida en la innumerable cantidad de delitos de éste tipo que hemos intervenido, y que en el presente caso es corroborado técnicamente por la Licenciada en Psicología Mónica Perez en su informe pericial del cual se colige claramente el colapso psicológico que tan violento ultraje ocasionó a Carla Figueroa y cuyas secuelas aún perduran con toda su fuerza y profundidad máxime atento al escaso tiempo transcurrido del mismo, no permiten aceptar seriamente que ella esté en condiciones de formular una propuesta de manera libre e igualitaria.

A lo que debe agregarse su precaria situación existencial de zozobra como la que causa la falta de un trabajo fijo que permita satisfacer las mínimas necesidades de subsistencia de ella y la de su pequeño hijo, que a su vez impele recurrir a la abuela de su hijo, madre del acusado. es precisamente en la la casa de ésta donde comienza a trocar la firme y decidida voluntad de lograr una condena del acusado, manifiesta en su constitución de querellante particular, en una nada creíble voluntad libre e igualitaria de avenimiento, apreciable en la audiencia en las lacónicas respuesta dadas por Carla Figueroa, alegando su cambio de parecer en las consecuencias negativas de un eventual encarcelamiento aparejará para el hijo de ambos, lo que si bien es atendible no es suficiente porque también ello puede obrar como elemento de coerción para propender a la impunidad del acusado. A este respecto, la audiencia permitió apreciar que las manifestaciones de la víctima se limitaban a un mero asentimiento a las pretensiones del acusado,

más cercanas a un contrato de adhesión, que a una manifestación convincente de querer verdaderamente un acuerdo, en cuanto al consentimiento brindado libremente y en condición de igualdad, entiendo que el mismo no existió al momento de la formulación del pedido. Luego del hecho y por su hijo, se produjo un acercamiento a su suegra, quien le comenta o hace saber la posibilidad del avenimiento, lógicamente como madre de la persona detenida. Además, en la audiencia desarrollada no brindó ningún relato espontáneo que vislumbrara deseos concretos de conciliar, sino que fue necesario preguntar, por parte de todos los presentes. Habiendo cambiado su parecer en un escaso tiempo, como bien lo manifestó la representante del ministerio Público al expresar que hasta hace menos de veinte días pretendía una condena para el imputado. También llama la atención del querellante quien no manifestó convalidar el pedido de su asistida ni estar de acuerdo con el mismo. La defensa del imputado expresa que el dictamen Fiscal es subjetivo, siéndolo también su posición en una interpretación más favorable a sus intereses. La defensa expresa mucho más de lo que realmente dice la víctima.

Por otro lado, al momento del hecho no existía ninguna relación entre ambos, la misma ya había cesado con la separación y de forma tan contundente, conforme surge de la naturaleza del hecho. No había relación afectiva vigente.

Además, de lo expresado por el propio acusado surge que no hay voluntad de armonizar el conflicto, que solo persigue su impunidad e inmediata libertad al ofrecer que se le imponga una medida restrictiva de acercamiento a la víctima, lo que lisa y llanamente significa reconocer la falacia de avenimiento presentando pues, ello presupone que el acusado sabe el terror que Carla Figueroa tiene de encontrárselo. Esta restricción es propia de una medida cautelar tendiente a proteger a la víctima de futuras agresiones de las cuales la víctima tiene temor que puedan repetirse, que de un acuerdo entre víctima y victimario como un modo resolver el conflicto del mejor manera y en interés de la damnificada como lo exige el instituto que nos ocupa

La fórmula del art. 132 dice expresamente que el tribunal podrá excepcionalmente aceptar la propuesta, de lo producido en la audiencia desarrollada no se vislumbra, en absoluto, dicha excepcionalidad. "No se trata entonces de una excusa absolutoria sino de una facultad que, como se ha dicho claramente, sólo puede invocarse en caso excepcionales mediante una formulación libre y en condiciones de plena igualdad" Código Penal, Baigún-Zaffaroni, T4, parte especial, Editorial Hammurabi, pág. 835.

Al no reunir los requisitos de procedibilidad para la aplicación del instituto, voy a expresar mi voluntad en contrario al mismo, por no considerar que sea el modo más equitativo de armonizar el conflicto ni el mejor resguardo para el interés de la víctima.

Además de lo señalado en lo que respecta a los requisitos del art. 132 que se ven incumplidos en el presente, debemos tener en cuenta que estamos en una conciliación, donde para que sea procedente no puede haber violencia, siendo esa violencia constitutiva del delito imputado. Tal así lo prevee la ley 26.485, de protección integral a las mujeres en la parte final del art. 28. Ley que pretende asegurar la realización del plenario en casos de violencia de género, siendo éste un caso de aquella violencia. Decidir en contra de la normativa implicaría incumplir con los tratados internacionales firmados por nuestro país con rango constitucional, específicamente contra la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Toca emitir opinión en segundo término al Dr. Alfredo ALONSO; quién manifestó :

He de adherir a las conclusiones del voto precedente.

Entiendo, que la Ley 26485 de Protección Integral para Prevenir, sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, prohíbe en sus arts. 9 inc.e) y 28, cualquier forma de mediación, negociación o conciliación entre las partes.

El avenimiento representa una conciliación, entendimiento o acuerdo dirigido a

evitar un juicio eventual o para poner fin al juicio pendiente, ya sea mediante el allanamiento, renuncia o transacción. En tal sentido, Natalia GAMBARO, al presentar su proyecto de ley de exclusión del citado avenimiento en el Art. 132 C.P., ha señalado con acierto que "el principal cuestionamiento es que las particulares condiciones que sirven de sustrato a los hechos de abuso sexual no suponen condiciones de libertad e igualdad entre las partes que puedan en definitiva traducirse en una manifestación conciente y voluntaria de la víctima en los términos que plantea la norma. Todo lo contrario, los delitos contra las mujeres suponen una situación desigual de poderes y, por consiguiente, de vulnerabilidad de la víctima frente al victimario que atenta a que se den verdaderamente los presupuestos que tornan procedente el avenimiento.... En este sentido, Belloti destaca que el avenimiento niega "la relación de desigualdad que existe en la sociedad" y sostiene que "no existe posibilidad de autonomía y libertad de consentimiento cuando hay relaciones de dominio de por medio"

"En el caso de violencia contra las mujeres, claramente, las estrategias que apelan a la negociación o conciliación, para llegar a acuerdos o soluciones entre víctima y victimario, esconden esta noción fundamental porque se trata de sujetos con diferente capacidad de autonomía para adentrarse en esa negociación.... Tanto en materia de delitos sexuales como , en general, en todos aquellos delitos que se cometen en el marco de violencia intrafamiliar, se cuestiona que la víctima tenga una real posibilidad de manifestar su voluntad de manera libre y espontánea, debido a las condiciones que generan los efectos de la violencia reiterada, la que distorsiona la voluntad para acceder a un acuerdo que renuncie a la posibilidad de llegar a juicio."

"La desigual relación de poderes no es sólo plataforma de los delitos que constituyen violencia doméstica sino que, luego de cometido el hecho perdura y se manifiesta en distintas situaciones de presión sobre la víctima que atentan contra su verdadera voluntad para decidir en su beneficio e interés" (Proyecto de ley: exclusión de avenimiento; Natalia GAMBARO)

Ha sido evidente en la audiencia producida para recibir el pedido de avenimiento, que la afectada, una vez entrevistada por el letrado del acusado y la madre de este último, por cuestiones que más tienen que ver con la continuación de su vida ante la presencia de un hijo común, accedió a suscribirlo, siendo que, como se lo recordara la Fiscalía, en todo momento pidió el castigo de su ofensor de otrora. Y con ello, se patentiza la presencia de la presión moral que desautoriza un posible acuerdo de avenimiento.

De otro lado, el pedido parece recordar tan sólo el abuso sexual y un tanto desconoce lo prolegómenos, que podrían hacer ingresar el hecho en otro tipo penal, que por supuesto, impediría todo posible intento de conciliación, cosa que recuerda el voto que me precede y que comparto.

Por ello entiendo que el avenimiento propuesto es inaceptable, recordando al citado proyecto en su expresión "Por ello consideramos que la resolución judicial de un delito de la gravedad del abuso sexual, en la que está vinculado el interés público, no debe ser privatizado; todo lo contrario, es necesario abrir la caja negra de la violencia doméstica a la protección irrestricta e incondicional del Estado"

En definitiva, porque el avenimiento es figura incompatible con los acuerdos internacionales emergentes de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 – Ley nacional 23.179- ; la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer – Belem do Pará, 1994- Ley nacional 24632 , a más de lo dispuesto en el Acuerdo 2899 del Superior Tribunal de Justicia de esta Provincia, disponiendo introducir la perspectiva de género en ámbito del Poder Judicial de la Provincia de La Pampa, de conformidad a los cánones establecidos por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, estimo que cabe rechazar el pedido formulado. Así lo voto.

Por último, corresponde sufragar al Dr. Florentino Rubio; quien expresó: Por los fundamentos expuestos:

Voto adhiriendo al voto del Dr. Carlos F. Pellegrino.

Por el mérito que ofrece la votación que instruye el acuerdo precedente, la Audiencia de Juicio, por unanimidad de sus miembros:

FALLA: NO HACER LUGAR AL AVENIMIENTO propuesto.

Notifíquese.