

El avenimiento errónea aplicación de una ley derogada

Escrito por hector luis manchini

Miércoles, 28 de Diciembre de 2011 22:32 -

Que los jueces al decidir respecto de cualquier contienda judicial deben apreciar no solo la norma jurídica específica aplicable al caso sino la totalidad del ordenamiento jurídico, pues en el supuesto de no hacerlo pueden incurrir en graves errores de hecho y de derecho que en última instancia se traducirán en una decisión que no se ajuste a la cuestión debatida.

Que en tal sentido y tratando específicamente la causa caratulada "Tribunal de Impugnación Penal de Santa Rosa (TribImpugnaciónPenal Santa Rosa) de fecha 02 de noviembre de 2011; partes: T.M.J. (F.C. querellante) s/impugnan rechazo de avenimiento) publicado en La Ley Online, AR/JUR/78593/2011, caso en el que se trata el supuesto de una mujer que fue atacada sexualmente por quien era su pareja y padre de su hijo efectuó un pedido de avenimiento. Fundamentó su solicitud en el matrimonio contraído con su agresor con posterioridad al ataque, rechazada la proposición por los jueces de la Audiencia de Juicio, la peticionante impugnó el decisorio. El Tribunal de Impugnación hace lugar al recurso deducido y al avenimiento formulado.

Que entrando al análisis de la cuestión en debate con fecha 2 de diciembre de 2011 el Tribunal de Impugnación Penal de Santa Rosa, resuelve por mayoría hacer lugar al avenimiento formulado oportunamente por la parte en los términos del artículo 132 del Código Penal delegando en la Audiencia de Juicio de General Pico la imposición de las reglas de conducta pertinentes y por el termino que estime corresponder a fin de verificar la efectiva convivencia de los nombrados y la implementación de controles asistenciales y psicológicos tendientes a evitar la producción de nuevos hechos de violencia de género entre los ahora consortes –art. 76 ter. del Código Penal- todo ello bajo apercibimiento que en caso de incumplimiento injustificado, se revocará la medida aquí ordenada y se proseguirá del juicio en legal forma.

Que lo que hace al fondo de la cuestión el Sr. Fiscal A.G. puso de manifiesto la aplicación excepcional del instituto, que la denunciante manifestó en todo momento cuando se le propuso por la defensa celebrar un acuerdo de juicio abreviado un evidente temor respecto de que T. recuperara su libertad, que C.F. no tuvo en todo el proceso ningún tipo de contención efectiva, encontrándose prácticamente desamparada a nivel emocional, que el matrimonio celebrado por C.F. con T. es parte de la estrategia defensiva de este último y por todo ello dictamina que a su juicio es claro que el consentimiento al avenimiento prestado por la víctima no ha sido pleno y libre tal como lo reclama el art. 172 del Código Civil.

Que a su vez el Juez Pablo Tomás Balaguer al emitir su voto en esta causa destacó el colapso psicológico que le provocó a C.F. el violento ultraje padecido considerando además que las

El avenimiento errónea aplicación de una ley derogada

Escrito por hector luis manchini

Miércoles, 28 de Diciembre de 2011 22:32 -

secuelas perduraran en el tiempo, sin que le permitan aceptar seriamente que ella esté en condiciones de formular una propuesta de manera libre e igualitaria. Al respecto textualmente su pronunciamiento dice: "A partir de esa excepcionalidad, se debe analizar en cada caso concreto, si el mismo contiene cada uno de los requisitos exigidos por la norma. A mi modo de ver, aquello que expreso la víctima como consentimiento no fue formulado con libertad, por no estar en un plano de igualdad, circunstancias en que la posicionan una difícil historia de vida y que la colocan en una evidente situación de "vulnerabilidad", produciéndose una fragante asimetría respecto a su victimario. A los efectos postraumáticos del hecho violento que denunció en contra de T., se le deben agregar aquellas circunstancias trágicas que debió padecer la víctima a partir de los ocho meses de vida cuando su padre mató a su madre, y como consecuencia de ello debió criarla la abuela materna, en cuyo transcurso conoció a T., con quien a temprana edad (15 años) tuvieron un hijo. Todas estas circunstancias, colocan a C. F. en inferioridad de condiciones respecto del imputado, en especial si tenemos en cuenta que, la propuesta fue a instancia de T. por intermedio de quien ejerce su defensa -al mencionar en la entrevista el nombre de pila de su abogado-, teniendo como único y excluyente objetivo adquirir la inmediata libertad y la extinción de la acción del hecho por el que fuera acusado. Además, se debe destacar que el hecho que haya contraído matrimonio luego de formulado el pedido inicial de avenimiento, demuestra más que un afianzamiento de la relación entre ambos -por lo menos desde mi convicción- que cualquier medio justifica los fines que se propone T.; que, de ninguna manera la celebración del matrimonio entre ambos responde a los sentimientos que ambos se profesan -tal como novelescamente se expresara T. en la entrevista-, siendo que con anterioridad, en el escrito primigenio del presente incidente, cuando plantearon el avenimiento, el propio acusado solicitó que se le fije una restricción de acercamiento para con la víctima, lo que constituye una franca contradicción entre el matrimonio celebrado y esta medida, en la que se incluía el cumplimiento por parte de él de un tratamiento psicológico y psiquiátrico para poder recuperarse de las adicciones y problemas de conductas. En definitiva, no encuentro la equidad que exige la norma con su aplicación y menos aún, que se esté resguardando a la víctima respecto de algo que no se encuentra en condiciones de decidir, como no tuvo posibilidades antes de poder resolver otras cosas en su vida, con la diferencia que no estaba involucrada la jurisdicción. Por lo expuesto, entiendo que no corresponde hacer lugar al recurso de impugnación interpuesto con fecha 18 de octubre del corriente año, debiendo confirmarse la resolución dictada por los señores jueces de la Audiencia de Juicio de General Pico".

Que por todo lo expuesto el vocal opinante vota por no otorgar el avenimiento solicitado.

Que acto seguido el Dr. Juan Carlos Antonio Flores adelanta que no comparte las conclusiones a las que arribara su colega preopinante afirmando que el hecho en cuestión se ajusta a los requisitos formales exigidos por la ley.

El avenimiento errónea aplicación de una ley derogada

Escrito por hector luis manchini

Miércoles, 28 de Diciembre de 2011 22:32 -

No obstante me permito en este punto hacer una observación respecto de un segmento del razonamiento jurídico del magistrado cuando afirma “no dejo de reconocer que las agresiones entre personas unidas afectivamente se suelen dar generalmente en un contexto de una relación abusiva basada en al desigualdad, en donde existe un agresor dominante y una victima doblegada”.

Aquí no tengo dudas en sostener que si el Dr. Flores estaba convencido de la afirmación puesta de manifiesto jamás debió dar su consentimiento a una “relación abusiva basada en la desigualdad en donde existe un agresor dominante y una victima doblegada”.

Contrariando su criterio estimo que sin duda en el supuesto que describe el Sr. Juez Flores el interés punitivo del Estado debió estar por encima del reclamo de la victima en resguardo de su interés.

Considero que sobre el particular el magistrado ha sido traicionado por las modernas doctrinas privatistas del derecho penal que impusieron institutos como “el juicio abreviado”, “la suspensión del juicio a prueba”, “el avenimiento”, esta circunstancia se pone de manifiesto cuando en su voto señala expresamente: “En este sentido se ha señalado, al aludir a una solución política-criminal por, parte del Estado que "en esta tarea habrá de tenerse en cuenta necesariamente la dinámica de la sociedad moderna y los cambios y paradigma que se presentan en su evolución. De esta manera el derecho penal puede cumplir con el rol de última ratio, es decir, la necesidad de acudir a una sanción de naturaleza penal debe ser la última alternativa escogida por el legislador para reprimir las conductas antisociales (principio de intervención mínima) (Edgardo A. Donna, "Derecho Penal", parte especial, tomo II A, pág. 410), todo como parte de una línea de pensamiento orientada por los principios de mínima suficiencia y proporcionalidad mínima, conforme al cual “el costo de derechos de la suspensión del conflicto debe guardar un mínimo de proporcionalidad con el grado de la lesión que haya provocado (Zaffaroni, Eugenio; "Derecho Penal", parte general, Bs. As., 2000, pág. 123/124) siendo el matrimonio por el avenimiento una vía excepcional para la exclusión de la punibilidad del ilícito aquí investigado, tanto de modo inmediato, como a través de la suspensión del juicio a prueba”.

Finalmente y en el caso que estamos desarrollando el Dr. Gustavo Adolfo Jensen coincide con el voto del Dr. Flores con lo cual el consentimiento al avenimiento se concreta en definitiva advirtiendo que “Entiendo perfectamente la desconfianza que la experiencia tribunalicia ha generado en los magistrados del tribunal a-quo ante planteos de esta naturaleza, pues no soy ajeno a la utilización de subterfugios de este tipo para eludir la persecución penal, pero no por ello habré de caer en el error de negarle la oportunidad a quien lo peticiona, de perdonar a su

El avenimiento errónea aplicación de una ley derogada

Escrito por hector luis manchini

Miércoles, 28 de Diciembre de 2011 22:32 -

agresor y de convivir con él si así lo desea, pues en definitiva nuestra tarea consiste en solucionar los conflictos que nos traen en la forma mas armónica para el interés de las partes, sin descuidar la protección de la víctima”.

Que ocho días después de aprobado el avenimiento por el Tribunal C.F. fue asesinada por su conyugue M.J.T.

Descrito el hecho corresponde volver a la premisa inicial según el cual el crimen no hubiera tenido lugar si los jueces que resolvieron en definitiva la viabilidad del avenimiento, no solamente hubieran apreciado los hechos de la causa, esto es la denuncia de violación efectuada por C.F. respecto de M.J.T., su negativa a aceptar una probation por el tremendo temor que le tenía a T., el absoluto desamparo emocional en que se encontraba C.F., la ausencia de algún tipo de contención respecto de toda su problemática, los efectos del estrés postraumático, la actitud manipuladora de su asesino al provocar el casamiento para determinar el avenimiento y su libertad y múltiples circunstancias que permiten afirmar que si había un caso donde no debía darse el avenimiento previsto en el art. 132 del Código Penal era el que hemos desarrollado si el Tribunal y las partes involucradas hubieran aplicado la ley vigente.

Así, los jueces al dictar la resolución que comentamos no tuvieron en cuenta dos normas sustanciales, una la Convención sobre los Derechos del Niño que tanto en su Preámbulo, como los arts. 1 y 2 de la norma impide en asuntos como el que nos ocupa cualquier tipo de conciliación y la necesidad de que el Estado adopte medidas adecuadas para salvar la vulnerabilidad de C.F. asistiéndola, consiguiéndole abrigo y cobijo conforme lo disponen el art. 14 bis ccds. y ssgts. de la Constitución Nacional.

Que el art. 2 inc. 2 de la Convención de los Derechos del Niño que tiene carácter constitucional según el art. 75 inc. 22 de la Ley Fundamental prescribe que “Los estados partes tomaran todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición... “.

Que en el caso que nos ocupamos al tiempo del brutal ultraje que sufrió C.F. por parte de T.M.J. era una niña [\[1\]](#) protegida de esta manera por derechos internacionales, circunstancia que no fue advertida por los jueces.

El avenimiento errónea aplicación de una ley derogada

Escrito por hector luis manchini

Miércoles, 28 de Diciembre de 2011 22:32 -

Pero sustancialmente los magistrados no tuvieron en cuenta que el art. 132 incorporado al Código Penal por la ley 25.087 fue derogado tácitamente por la ley 26.485 promulgada el 1 de abril de 2009.

Todos sabemos que cualquier ley es derogada por otra del mismo calibre cuando esta nueva norma sin mencionar a la anterior se opone en forma irreconciliable a ella en su contenido.

Lo expuesto precedentemente se da en el caso que tratamos con la ley 26.485 que en lo pertinente ha derogado a la ley 25.087 y consecuentemente al art. 132 del Código Penal.

El art. 6 de la ley 26.485 prescribe “Modalidades. A los efectos de esta ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes: a) Violencia doméstica contra las mujeres: aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia;...”.

A su vez el art. 28 de la misma norma en la última parte manda: “... Quedan prohibidas las audiencias de mediación o conciliación”.

Así, siendo una ley posterior a la que modificó el art. 132 del Código Penal [\[2\]](#) la audiencia de avenimiento jamás debió llevarse a cabo por la necesidad de protección de los intereses del niño, en este caso la víctima y su hijo de tres años y sustancialmente porque la prescripción en cuestión fue derogada por la ley 26.485 conforme lo dicho.

En suma el crimen de C.F. por T.M.J. sería tan solo una mala pesadilla si los magistrados que decidieron la cuestión aplicaban al caso de manera estricta y rigurosa las reglas de la sana crítica, esto es la lógica, la experiencia y el sentido común, decretando la negativa al avenimiento requerido, pero además si abogados, defensores, fiscales y jueces se hubieran sometido a la ley vigente, ya que la audiencia de avenimiento nunca habría tenido lugar,

El avenimiento errónea aplicación de una ley derogada

Escrito por hector luis manchini

Miércoles, 28 de Diciembre de 2011 22:32 -

conforme las disposiciones del la ley 26.485, corriendo igual suerte el asesinato de C.F. motivado sustancialmente por una errada decisión judicial.

[1] (Art. 1 de la Convención de los Derechos del Niño)

[2] (Ley 25.087)