(Registro: Tomo 177:1091/1106)

_____Salta, 29 de julio de 2013._____

_____Y VISTOS: Estos autos caratulados **“C/C D. N. D.– RECURSO DE CASACIÓN”** (Expte. Nº CJS 34.187/11), y _____

_____**CONSIDERANDO**: _____

_____Los Dres. **Gustavo Adolfo Ferraris, Guillermo Alberto Posadas, Sergio Fabián Vittar, Guillermo Alberto Catalano** y **Guillermo Félix Díaz**, dijeron:_____

_____1º) Que a fs. 248/251 vta., el Dr. Pedro Sebastián Garay Ayarde, ejerciendo la defensa técnica de N. D. D., interpone recurso de casación contra la resolución de la ex Cámara Primera en lo Criminal de fs. 240/242 que no hace lugar al pedido de avenimiento solicitado a fs. 215/216 vta. de autos._____

_____2º) Que a fs. 269/270 vta., esta Corte declaró formalmente admisible el recurso, otorgando luego intervención a las partes, por lo que los autos se encuentran en estado de resolver. _____

_____3º) Que el agraviado deduce el presente recurso al entender que existe, en la resolución que ataca, una errónea aplicación de la ley sustantiva e inobservancia en las pautas de razonabilidad en la formación de convicción. En este sentido, manifiesta que en ningún momento se encuentra reconocido que la menor haya estado bajo la guarda del imputado, ni que pueda decirse que era la hijastra, como se menciona en el fallo atacado. Expresa que, en efecto, su defendido era el marido de la madre de la víctima, pero ya no vivían juntos; por el contrario, estaban separados al momento de ocurridos los hechos, por lo que toda calificación de hijastra o que estuviere bajo su guarda debe ser descartada, y es a partir de ese equívoco punto de partida que el fiscal manifiesta la improcedencia del avenimiento. _____

_____Aclara que el acuerdo de avenimiento presentado fue tan sólo un proyecto de lo que en definitiva se pedía, por lo que la defensa pensó que se fijaría una audiencia a los fines de que la menor fuera escuchada en presencia de su progenitora y de la Asesora de Menores e Incapaces para que, previa indagación, dé detalles puntuales sobre factores de agravación y otro que el tribunal considerare necesario, se decida o no la procedencia del avenimiento. _____

_____Sostiene que el fallo incurre en una errónea aplicación de la ley sustantiva, ya que se cumplen todos los requisitos previstos por el art. 132 del Código Penal, a saber, que la menor sea mayor de 16 años y la propuesta haya sido libremente formulada, que exista una relación afectiva y el avenimiento resulte el modo más efectivo de armonizar el conflicto. En este aspecto refiere que, si bien no tuvo intervención en la firma del avenimiento la Asesora de Menores e Incapaces, resultaba claro que se ofreció que el tribunal “a quo” fijare una audiencia en presencia de todos los actores a fin de que la menor pueda ser escuchada, toda vez que la norma sustantiva sólo habla de formulación libre del menor y no dice expresamente que en la redacción y firma de la propuesta debe intervenir necesariamente la Asesora de Menores e Incapaces, a la que jamás se le dio participación._____

_____Agrega que, contrario a lo sostenido en el fallo impugnado, quedó acreditado que existía una relación afectiva entre el imputado y la víctima sin que medie una relación de guarda y que la menor manifestó que no siente menoscabo a su moral o integridad sexual y no siente daño ni interés en que se le aplique pena alguna al imputado, ya que lo ha perdonado, ha continuado su vida de manera normal y la relación con el encartado puede recuperarse con el avenimiento propuesto._____

_____Finalmente expresa que, en razón de que lo solicitado fue el avenimiento, la defensa entendió que los requisitos requeridos para el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba se concretarían en la audiencia que se fijara a esos fines, entendiendo que dicho instituto resultaría procedente; realizando además, en el mismo

libelo, la solicitud de dicho beneficio; por lo que en razón de sus fundamentos pide que se haga lugar al recurso interpuesto y, en consecuencia, se revoque la resolución impugnada ordenando al tribunal "a quo" fijar una audiencia a los fines de escuchar a la menor y subsanar los detalles o requisitos que no fueron consignados en el acuerdo de avenimiento o, en su caso, se haga lugar al pedido de suspensión del juicio a prueba a favor de su defendido. _____

_____4º) Que a fs 297/298, el Sr. Fiscal ante la Corte Nº 2, luego de hacer referencia a los agravios mas relevantes, expresa que la casación propugnada no es procedente por cuanto la resolución recurrida se encuentra cimentada en una motivación legal, estructurada en estricta conexidad con los datos de acreditación obrantes en la causa de marras, siendo el derecho penal de fondo aplicado, objeto de una exégesis rigurosa que se condice con la letra y política criminal que animan al instituto del avenimiento introducido a nuestro ordenamiento penal de fondo por Ley 25087. _____

_____5º) Que el tribunal " a quo" no hizo lugar al pedido de avenimiento a favor del imputado N. D. D., en el entendimiento que dicha solicitud evidencia tan sólo el deseo de la menor damnificada en no seguir con la tramitación de las actuaciones en post de la integridad familiar de otros componentes, y además, no cumple con varias exigencias contempladas en la normativa para la procedencia del instituto solicitado._____

_____6º) Que la excusa del avenimiento (derogado por ley 26738) establecía una serie de condiciones que debían verificarse a fin de ser convalidada por el tribunal. Se requería que la víctima fuera mayor a dieciséis años, que hubiera una relación afectiva preexistente al hecho, que la propuesta hubiera sido formulada libre y voluntariamente por la víctima y que apareciera como el modo más conveniente de armonizar el conflicto. _____

_____En este sentido, enseña Donna: "El avenimiento tal como está redactado en el Código es una institución de excepción, que requiere que su aplicación haya sido solicitado libremente por la víctima, y en condiciones de plena igualdad. Esto requiere, en primer lugar, que la víctima haya formulado libremente su propuesta. Pero se exige, además, que haya existido una relación afectiva preexistente con el imputado y que con este avenimiento se termine el conflicto de manera más equitativa para la víctima. Habrá problemas, claro está, para entender qué es una relación afectiva preexistente. Tal como está redactada la norma, no entran en estos casos ninguno de los supuestos de agravantes. Por lo tanto, esta relación afectiva no puede ser ni de ascendiente, ni de descendiente, ni de afín en línea recta, hermano, tutor o curador, ministro de algún culto, encargado de la educación o de la guarda..." (Donna, Edgardo Alberto: "Delitos contra la Integridad Sexual", segunda edición actualizada, Ed. Rubinzal Culzoni, 2000, págs. 203/204). _____

_____Coincide Creus al afirmar que "Las relaciones agravatorias que encontramos aquí son de dos órdenes: las derivadas del parentesco (ascendientes, descendientes, afines en líneas recta y hermanos) y las provenientes de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo respecto de la víctima (Creus, Carlos: "Derecho penal. Parte especial", Ed. Astrea, Tomo I, pág. 270). _____

_____7º) Que en base a estas premisas, cabe señalar que conforme las declaraciones incriminantes de la menor, la testimonial de su madre e incluso manifestaciones del mismo imputado, surge que este último sería encargado de la guarda de aquélla. Por lo tanto, conforme el requerimiento fiscal de fs. 184/186 vta., en que se acusa a N. D. D. del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la guarda, surge la improcedencia del avenimiento por no verificarse los extremos

legales requeridos para su convalidación; en consecuencia, corresponde no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado._____

_____La Dra. **Susana Graciela Kauffman de Martinelli**, dijo: _____

_____Adhiero al voto precedente, sin perjuicio de agregar consideraciones referidas, en concreto, a la inadmisibilidad de la aplicación de la figura de avenimiento. _____

_____Según la terminología jurídica, el avenimiento es la conciliación, el entendimiento o un acuerdo dirigido a evitar un juicio eventual o para poner fin al juicio pendiente, ya sea mediante allanamiento, renuncia o transacción. Proviene de "avenencia", es decir, de convenio, unión, conformidad, acuerdo. Interpretado en tal sentido, podemos decir que el término implica "amoldarse", "conformarse o resignarse" a una situación. _____

_____La figura del avenimiento ingresó a nuestro Código Penal tras la reforma del año 1999, cuando por Ley 25087 se modificó el título que originariamente era de Delitos contra la Honestidad y que pasó a llamarse Delitos contra la Integridad Sexual. De esta manera, la reforma incluyó la posibilidad de extinguir la acción penal o suspender el juicio a prueba por medio de un avenimiento entre la víctima de un delito sexual y el imputado. _____

_____El Congreso de la Nación Argentina derogó por unanimidad, el 21 de marzo pasado, la figura de avenimiento del Código Penal, instituto legal que permitía que quedara sin efecto una condena por violación, si la víctima se avenía con su victimario, aceptando casarse con él. _____

_____El avenimiento, hasta el momento de su eliminación, era la única figura conciliatoria incluida en la legislación penal argentina, llamativamente, en lo relativo a delitos sexuales. El artículo 132 del Código Penal, tal como estaba redactado, disponía en lo referido al delito de abuso sexual que "la víctima podrá instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas. Si ella fuere mayor de dieciséis años, podrá proponer un avenimiento con el imputado. El Tribunal podrá excepcionalmente aceptar la propuesta que haya sido libremente formulada y en condiciones de plena igualdad, cuando, en consideración a la especial y comprobada relación afectiva preexistente, considere que es un modo más equitativo de armonizar el conflicto con mejor resguardo del interés de la víctima. En tal caso la acción penal quedará extinguida". _____

_____Del análisis de este artículo se desprende que el hecho que la figura de avenimiento fuera aplicable a partir de los 16 años contradecía la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, normativas que los/as protegen hasta los 18 años de edad._____

_____Por otro lado, que el tribunal pudiera "excepcionalmente aceptar la propuesta que haya sido libremente formulada y en condiciones de plena igualdad", solo podía interpretarse desde una perspectiva androcéntrica y sexista, a través de la cual se equiparan en una supuesta condición de igualdad dos partes que desde el inicio se encuentran en una situación de completa desigualdad de poder, haciendo caso omiso a la vulnerabilidad de la víctima frente al victimario.

_____Si el avenimiento se aplicaba una vez comprobada una "relación afectiva preexistente", a fin de "armonizar el conflicto con mejor resguardo del interés de la víctima", daba cuenta de la negación o desconocimiento de la lógica bajo la cual se encuadra la violencia contra las mujeres._____

_____Desarticular esta trama es un proceso de suma complejidad, que

requiere de abordajes interdisciplinarios, con mirada de género. En la buena intención de resolver el conflicto, la conciliación puede quedar inserta en el círculo de la violencia, creando la antesala de lo que se conoce con el nombre de "arrepentimiento" o "luna de miel".

Por otra parte, si el fundamento del avenimiento era evitar la revictimización, fracasaba en el intento, pues colocaba a las víctimas frente al dilema de tener que afrontar un proceso penal en el que sus derechos no tenían ningún resguardo institucional.

En este sentido, el avenimiento era un instituto discriminatorio para la dignidad y la autonomía de las mujeres y afectaba el derecho al acceso a la justicia, vía legítima para reclamar el cumplimiento de los derechos ante el sistema judicial y para garantizar la igualdad ante la ley.

En esta misma línea se puede afirmar que contemplar la posibilidad de un acuerdo conciliatorio era una estrategia inviable, porque una mediación y/o conciliación exitosa implica siempre la participación voluntaria de las partes en situaciones de igualdad, a fin de arribar a un acuerdo justo. Esta igualdad de poder no se presenta en aquellas relaciones de pareja o en las relaciones familiares afectadas y atravesadas por la violencia. La igualdad que se enunciaba, en tal caso, se reducía a una mera igualdad formal (igualdad ante la ley), pero no a una igualdad real, al ignorar y negar las desigualdades de poder en el que están inmersas las mujeres en el sistema patriarcal, lo que deriva en arreglos injustos, opresivos y violentos hacia ellas.

Cabe recordar que la figura de avenimiento, más que por las víctimas, ha sido utilizada por los victimarios, quienes en la mayoría de los casos ejercen presión directa o indirecta sobre las víctimas, coaccionándolas para acceder a este acuerdo que representaba un paso hacia la libertad, pero dejando impune el delito.

A su vez, reafirmaba la idea de la intervención estatal mínima en el ámbito privado y en los asuntos o conflictos familiares. De ahí que el sistema judicial solía presentar el avenimiento como una instancia necesaria para preservar la unidad de la familia y darle al agresor otra oportunidad para que se rehabilite, quedando al desamparo los derechos e intereses de las víctimas.

El avenimiento, en este sentido, facilitaba la impunidad de los abusos sexuales cometidos por parejas, ex parejas u otras personas allegadas a las víctimas, al brindar un tratamiento especial a estos casos en los que no se encuentra una justificación razonable.

Si se continuaba sosteniendo legislativa e institucionalmente esta figura ello implicaba incumplir los deberes asumidos por el Estado ante la comunidad internacional, principalmente la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos de las mujeres y la obligación de prevenir, de investigar con la debida diligencia, de sancionar a los responsables y de reparar los daños producidos.

Al respecto, Argentina suscribió significativos instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos que piden al Estado incorporar en su legislación y en el diseño e implementación de las políticas públicas acciones y estrategias para prevenir y eliminar todas las formas de discriminación y violencia de género, tales como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1994).

La CEDAW insta a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra las mujeres, comprometiendo al Estado a adoptar todas las medidas adecuadas, incluso aquellas de carácter legislativo, para

modificar o derogar leyes, disposiciones penales nacionales, reglamentos, usos y prácticas discriminatorios contra las mujeres.

_____Asimismo, dispone que el Estado deberá tomar todas las medidas apropiadas para modificar aquellos patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con el objetivo de eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres._____

_____Por otra parte, la Convención de Belém do Pará ordena al Estado adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, en particular, "todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer". _____

_____De manera mucho más específica, en el año 2008, el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de Implementación de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), encargado de examinar los avances realizados por los Estados parte con relación a los objetivos y disposiciones de dicha normativa, recomendó a los mismos que deroguen las disposiciones que permiten el uso de métodos de mediación o conciliación en los casos de violencia contra las mujeres, "considerando las desiguales condiciones de poder entre las partes que puede llevar a la denunciante a aceptar acuerdos que no desea o que no tienden a terminar con dicha violencia". Asimismo, que aseguren a las mujeres víctimas el acceso a la justicia en aquellos países donde las denuncias se resuelven en instancias diferentes a la judicial o donde se privilegian los métodos de conciliación o mediación para evitar que el caso llegue a la justicia.___ _____

_____La violencia contra las mujeres ha recorrido un largo trayecto hasta llegar a formar parte de la legislación y la institucionalidad de los países de la región. Fundamentalmente a partir de la lucha de los movimientos feministas y de mujeres, el reconocimiento de la violencia de género como una violación de los derechos humanos de las mujeres, ha requerido de una ruptura con nociones arraigadas en el imaginario social y en las prácticas sociales e institucionales, como aquella que lo privado no es político, o que el único actor que puede violar los derechos de las personas es el Estado. _____

_____En nuestro país, la sanción de la Ley 26485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales (11/03/09) vino a saldar, en este sentido, una deuda con las mujeres, y a llenar un vacío normativo e institucional en la lucha contra la problemática, interpelando al Estado a promover y garantizar el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencias. _____

_____Fundamentalmente, institucionaliza un nuevo paradigma al promover un cambio estructural de las políticas públicas de género impulsando una reorganización y reasignación de competencias en los distintos niveles y poderes del Estado, y promoviendo la remoción de prácticas y patrones socioculturales que sostienen y legitiman la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres.

_____Frente a esta normativa, mantener la figura de avenimiento en el Código Penal significaba tolerar una violencia indirecta hacia las mujeres, es decir "toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón". A la luz de estos avances, el avenimiento obstaculizaba el acceso de las mujeres a la justicia y a la participación social, política y laboral en igualdad de condiciones

que los hombres, sometiéndolas a revictimizaciones y a nuevos episodios de violencia e incluso a la muerte. Era una instancia inaceptable para toda sociedad democrática que tiene como meta avanzar hacia el cumplimiento pleno y efectivo de los derechos humanos para todas las personas._____

_____Tanto en la sesión ordinaria llevada a cabo en el Senado de la Nación (14/3/12), como en la Cámara de Diputados (21/03/12), los/as legisladores/as coincidieron en la necesidad de eliminar el avenimiento del Código Penal por considerarlo una "figura incongruente" con los tratados internacionales de derechos humanos que ha suscripto el Estado argentino; un "resabio de una concepción muy antigua donde se naturalizaba la agresión a las mujeres"; un "dispositivo legal que significaba el pasaporte a la impunidad de los agresores"; un "dispositivo discriminatorio"; una "figura retrógrada"; una "figura arqueológica", entre otros significados. Asimismo, coincidieron en señalar que las mujeres víctimas de violencia, al estar sometidas a situaciones desiguales de poder, no pueden tomar una decisión en condiciones de igualdad y con plena libertad, siendo revictimizadas por los procedimientos judiciales.

_____Por tales razones, además de las expuestas en el voto precedente, resulta inadmisible la aplicación de la figura de avenimiento en los presentes autos._____

_____El Dr. **Abel Cornejo**, dijo:_____

_____Doy por reproducida la reseña de los hechos efectuada en los considerandos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º y 7º del voto emitido por los distinguidos señores jueces preopinantes en primer término, como así también comparto la solución jurídica a la que se arribó en el sentido de no hacer lugar al recurso de casación. _____

_____Por lo que resulta de la votación que antecede, _____

_____**LA CORTE DE JUSTICIA**, _____

_____**RESUELVE**: _____

_____I. **NO HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto a fs. 248/251 vta.__

_____II. MANDAR que se registre, notifique y, oportunamente, bajen los autos._____

(Fdo.: Dres. Guillermo A. Posadas -Presidente-, Guillermo A. Catalano, Guillermo Félix Díaz, Abel Cornejo, Gustavo A. Ferraris, Susana Graciela Kauffman de Martinelli y Sergio Fabián Vittar -Jueces de Corte-. Ante mí: Dr. Gerardo J. H. Sosa –Secretario de Corte de Actuación-).