



*Tribunal de Impugnación Penal de la Provincia de La Pampa*

Santa Rosa, 2 de diciembre de 2011.-

**AUTOS Y VISTOS:**

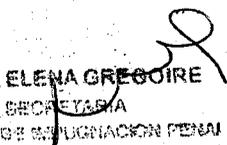
El presente legajo N° 912/2 caratulado: "**TOMASELLI, Marcelo Javier -Imputado- FIGUEROA, Carla -Querellante- S/Impugnan rechazo de avenimiento**"; y

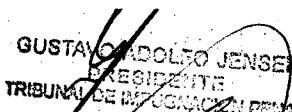
**RESULTANDO:**

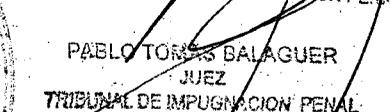
Que, mediante resolución de fecha 04 de octubre de 2011 los señores jueces de la Audiencia de Juicio de General Pico, no hicieron lugar al avenimiento propuesto por Carla Figueroa y Marcelo Javier Figueroa.-

Que con fecha 18 de octubre del corriente año, Carla Figueroa por derecho propio, con el patrocinio del Dr. Raúl Quiroga y Marcelo Javier Tomaselli con el patrocinio del Dr. Armando Agüero interpusieron recurso de impugnación, por entender que existe una evidente violación a lo dispuesto en el art. 132 del C.P., en base a una errónea interpretación de la ley penal, lo que habilita este recurso en los términos del art. 400 inc. 1, 402 y 405 inc. 6 del C.P.P. por violación del art. 1 y 18 de la CN. Consideran que de los votos de los Dres. Pellegrino y Rubio se desprenden ciertas circunstancias de hecho equivocadas que terminan dando una inexacta interpretación a los hechos y que fundan argumentos alejados de la realidad, sostiene Figueroa *"mi interés personal y mi deseo, es poder superar esta situación para poder iniciar una vida en común, en familia y matrimonio junto a Marcelo y nuestro hijo"*. En virtud de las distintas expresiones e inexactitudes consignadas en la resolución atacada se desvirtúa el verdadero sentido de la relación y la solución que se peticiona, sustituyendo su verdadera intención por la insistente intención de continuar con una investigación y acusación que ya no se encuentra entre sus intereses y prioridades, razón por la cual solicita la extinción de la acción penal. Asimismo consideran que, la existencia de la Ley de Violencia de Género no es un obstáculo para la concesión del Avenimiento y por ello este argumento de los jueces no resulta suficiente para fundar su negativa, lo contrario, es decir la interpretación sostenida por los magistrados, supone asimismo una subestimación de la voluntad y capacidad de la víctima. Una violación al principio de igualdad e intimidad. Una subrogación abusiva del interés público por sobre el privado, una re

  
CARLOS ANTONIO FLORES  
JUEZ  
TRIBUNAL DE IMPUGNACION PENAL

  
MARIA ELENA GREGOIRE  
SECRETARIA  
TRIBUNAL DE IMPUGNACION PENAL

  
GUSTAVO ADOLFO JENSEN  
PRESIDENTE  
TRIBUNAL DE IMPUGNACION PENAL

  
PABLO TOMAS BALAGUER  
JUEZ  
TRIBUNAL DE IMPUGNACION PENAL

victimización y desinterés por los deseos de las partes involucradas, una actitud proteccionista y extrema que por exceso termina vulnerando la intimidad y el fuero de convicción de quien debe poder decidir en ciertas circunstancias que es lo que considera mejor en relación a sus derechos y a su vida íntima. Por lo expuesto solicita se revoque la resolución atacada y se ordene conceder el avenimiento con las modalidades, seguimiento pautas y exigencias que se crean convenientes.

Al respecto el señor Fiscal Dr. Alejandro Gilardenghi, manifestó que no obstante lo informado por secretaría respecto del matrimonio celebrado entre el acusado y la víctima, entiendo que esta mera circunstancia no implica por sí misma la correspondencia de la aplicación del instituto del avenimiento, el que resulta ser de aplicación excepcional y siempre y cuando sea aceptada por el Tribunal. Entiende que la calificación legal establecida para el hecho acaecido el día 13 de mayo del corriente año no resulta de las previstas taxativamente por el artículo 132 del Código Penal, y no siendo el instituto mencionado un beneficio para el imputado sino una forma de armonización del conflicto, no es posible ampliar el espectro de aplicación cuando la norma resulta ser tan clara en su alcance.

A su vez, y de acuerdo a la cronología del caso, la víctima Carla Figueroa sostuvo su interés en reiteradas oportunidades respecto de la obtención de una condena de prisión para el acusado, Tomaselli, incluso se sostuvo con la defensa conversaciones tendientes a celebrar un acuerdo de juicio abreviado con la salvedad de re-calificar el hecho como una "tentativa de homicidio y no con la calificación legal impuesta en la acusación (cuyo monto punitivo excedía los parámetros dispuestos por la normativa procesal del artículo 377 del CPP); y en todo momento la denunciante manifestó un evidente temor respecto de la posibilidad de que Tomaselli recuperará su libertad. Por lo que, es evidente la presión ejercida sobre la víctima, quien no ha contado a lo largo de este proceso con ningún tipo de contención salvo las entrevistas que mantuvo con la licenciada en psicología Claudia Braico (quien ha abordado la atención de Carla Figueroa de manera gratuita y a instancias del pedido de la Fiscalía), encontrándose prácticamente desamparada a nivel emocional sin ningún tipo de protección o resguardo por



*Tribunal de Impugnación Penal de la Provincia de La Pampa*

parte de su círculo familiar o social. Es por ello que se advierte que el matrimonio celebrado recientemente es parte de la "estrategia" defensiva de Tomaselli. Por ello mantuvo la posición de rechazo al instituto planteado por la defensa, en el entendimiento que el consentimiento prestado por la víctima no ha sido pleno y libre, tal como lo requiere el artículo 172 del Código Civil, sino producto de reiteradas presiones por parte del acusado y su entorno.

**CONSIDERANDO:**

Que habiéndose observado los requisitos exigidos por la ley formal, siendo la resolución recurrida expresamente prevista como tal--arts. 33 inc. 1º y 2º; 402 1º párrafo y ccmts. del Cód. Proc. Penal, según reforma introducida por Ley nº 2287--, habilita a este Tribunal a ingresar al análisis de la cuestión planteada.-

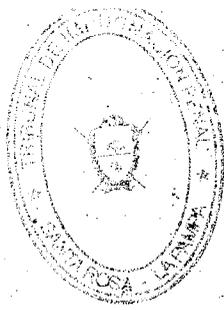
Así planteada la cuestión a resolver, el señor Juez Pablo Tomás Balaguér, dijo:

De la resolución cuestionada por la defensa, se expresa como argumento central como para denegar el pedido de avenimiento formulado por la víctima, las circunstancias observadas por los propios Jueces de Audiencia cuando celebraron la audiencia de conocimiento personal de la víctima, en coincidencia con el contenido de un informe Psicológico agregado al legajo, en el que se destaca el colapso psicológico que tan violento ultraje le ocasionó a la peticionante; considerando, además, que las secuelas de ello perduran en el tiempo, sin que le permitan aceptar seriamente que ella esté en condiciones de formular una propuesta de manera libre e igualitaria, siendo en este sentido y fundamento que me voy a pronunciar contra las pretensiones del recurrente en cuanto a la aplicación de lo que dispone el artículo 132 del Código Penal.-

Existen, a mi modo de ver, una multiplicidad de factores que, de alguna manera, inciden e incidieron en el libre albedrío de quién tiene la potestad de prestar "el consentimiento" con la suficiente capacidad para ello y en plena libertad, con la exclusiva finalidad de considerar el modo equitativo de armonizar el conflicto y, por sobre todo, en resguardo de los intereses de la víctima.-

CARLOS ANTONIO FLORES  
JUEZ  
TRIBUNAL DE IMPUGNACION PENAL

MARIA ELENA GREGORIE  
SECRETARIA  
TRIBUNAL DE IMPUGNACION PENAL



GUSTAVO ADOLFO JENSEN  
PRESIDENTE  
TRIBUNAL DE IMPUGNACION PENAL

PABLO TOMAS BALAGUER  
JUEZ  
TRIBUNAL DE IMPUGNACION PENAL

Cabe destacar que, a diferencia de la anterior redacción del artículo 132 con anterioridad de la reforma introducida por la ley 25.087, se disponía que el acusado quedará exento en forma "automáticamente" de la pena cuando la víctima se casare con él. En cambio, en el texto actual, fuera de mencionarse distintos requisitos, algunos con condimentos subjetivos y otros objetivos, establece el carácter **excepcional** -la negrilla me pertenece- de la aceptación de la propuesta por parte de la jurisdicción, abandonando las peligrosas fórmulas "automáticas" que no le permitían efectuar una valoración adecuada para lo que hoy se pretende, como lo es la equidad y el resguardo de los intereses de la víctima. Con lo cual, dejó de ser la regla su concesión.-

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 expuso 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 Tomaselli, 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 Tomaselli, con quien a temprana edad (15 años) tuvieron un hijo. Todas estas circunstancias, colocan a Carla Figueroa en inferioridad de condiciones respecto del imputado, en especial si tenemos en cuenta que, la propuesta fue a instancia de Tomaselli 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 halla 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 Tomaselli; que, de ninguna manera la celebración del matrimonio entre ambos responde a los



*Tribunal de Impugnación Penal de la Provincia de La Pampa*

sentimientos que ambos se profesan -tal como novelescamente se expresara Tomaselli 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.-

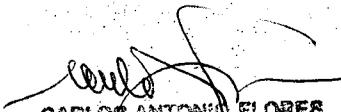
Por lo expuesto, entiendo que no corresponde hacer lugar al recurso de impugnación interpuesto con fecha 18 de octubre del corriente año, debiendo confirmarse la resolución dictada por los señores jueces de la Audiencia de Juicio de General Pico.-

El señor Juez Carlos Antonio Flores, Dijo:

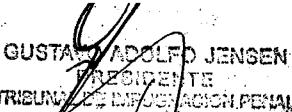
Que en principio debo expresar que no comparto las conclusiones a que arribara en su voto mi colega preopinante, por lo que habré de discrepar con lo en él se propicia.

Ingresando al análisis de la cuestión planteada, cabe señalar que el art. 132 del Código Penal, conforme la nueva redacción dispuesta por la ley 25.087, establece que para que el tribunal pueda convalidar el avenimiento, es necesario verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) que la víctima sea mayor de dieciseis años; b) que preexista al hecho una relación afectiva entre ambas partes; c) que la propuesta haya sido formulada libre y voluntariamente por la víctima; y d) que aparezca como el modo mas conveniente de armonizar el conflicto.

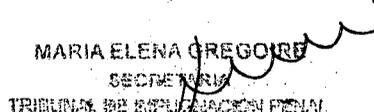
Al respecto cabe señalar que el primero de los requisitos está fehacientemente comprobado toda vez que la joven Carla Figueroa según constancias obrantes en el legajo ha superado esa edad.

  
CARLOS ANTONIO FLORES  
JUEZ  
TRIBUNAL DE IMPUGNACION PENAL



  
GUSTAVO ADOLFO JENSEN  
PRESIDENTE  
TRIBUNAL DE IMPUGNACION PENAL

  
PABLO TOMÁS BALAGUER  
JUEZ  
TRIBUNAL DE IMPUGNACION PENAL

  
MARIA ELENA GREGOIRE  
SECRETARIA  
TRIBUNAL DE IMPUGNACION PENAL

Se ha acreditado asimismo la comprobada relación afectiva pre-existente por los dichos de la joven y del imputado, el acta suscripta ante el Juez de Paz de General Pico dando cuenta que ambos conviven en el domicilio de calle 15 n° 949 y que de dicha relación sentimental nació Tobías Valentín.

En relación al tercero de los requisitos se hace necesario atender a las concretas circunstancias de la causa y que ha existido una propuesta de avenimiento por parte de la víctima del delito.-

No dejo de reconocer que las agresiones sexuales entre personas unidas afectivamente se suelen dar generalmente en un contexto de una relación abusiva basada en la desigualdad, en donde existe un agresor dominante y una víctima doblegada. En este contexto, es posible un avenimiento sincero? Sin perjuicio de la cautela que cabe tener respecto de la aplicación de este instituto y que conforme señala la doctrina, nada garantiza la libertad de decisión de una víctima que puede estar fuertemente condicionada, la audiencia personal llevada a cabo por los integrantes de esta Sala, me ha permitido tener po 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 por tanto 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.

No debemos olvidar, por cierto, que por sobre el interés punitivo del Estado está el reclamo de la víctima a que se atienda sus intereses y participar en la definición de un conflicto que le es propio.

Y en mérito a lo expuesto, en en caso sub-examen considero que la propuesta formulada resulta el modo mas equitativo de armonizar el conflicto, no solamente en resguardo del interés de la víctima sino además del hijo de ambos. Negar la posibilidad de avenimiento en tales condiciones significaría sustituir autoritariamente el interés y voluntad de la víctima, por un interés público, que como señala la jurisprudencia, resulta secundario en delitos de esta naturaleza. "Es que si la simple voluntad de la víctima puede evitar "ex



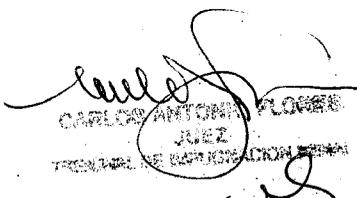
## *Tribunal de Impugnación Penal de la Provincia de La Pampa*

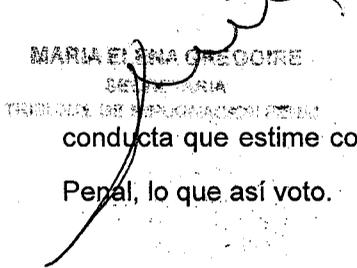
ante" la persecución y punición, no se encuentran muchas razones para que no pueda evitarlos "ex post" (Superior Tribunal de Córdoba, Sentencia nº 213, Sala Penal, 25 de agosto de 2.011).

En definitiva, a través de estos institutos alternativos se intenta plasmar las nuevas corrientes en materia de victimología que pretenden una mayor protección a la persona ofendida, sujeto generalmente ausente del proceso penal, situación que se potencia en el caso de estos delitos (sexuales) por la naturaleza traumática que los mismos implican para la víctima al atentar contra su intimidad personal (Arocena, Gustavo; "delitos contra la integridad sexual", Ed. Advocatus, pág. 182/186).

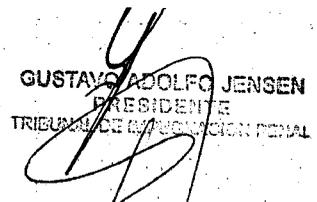
En este sentido se ha señalado, al aludir a una solución política-criminal por, parte del Estado que "en esta tarea habrá de tenerse en cuenta necesariamente la dinámica de la sociedad moderna y los cambios y paradigma que se presentan en su evolución. De esta manera el derecho penal puede cumplir con 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., 2.000, 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.

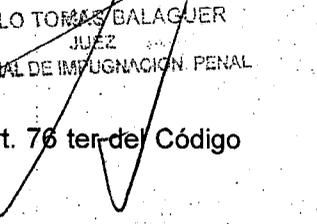
Como corolario de lo expuesto encontrándose comprobada la existencia de los requisitos necesarios según el art. 132 del C.P. para el avenimiento, y dado el carácter privado e íntimo del interés protegido, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto, revocando en consecuencia la resolución del 4 de octubre de 2.011 dictada por los Jueces de Audiencia de Juicio de la Segunda Circunscripción Judicial y conceder el avenimiento solicitado, delegando en el tribunal interviniente la determinación de las reglas de

  
CARLOS ANTONIO FLORES  
JUEZ  
TRIBUNAL DE IMPUGNACION PENAL

  
MARIA ELENA CEDOCIRE  
JUEZ  
TRIBUNAL DE IMPUGNACION PENAL



  
GUSTAVO ADOLFO JENSEN  
PRESIDENTE  
TRIBUNAL DE IMPUGNACION PENAL

  
PABLO TOMAS BALAGUER  
JUEZ  
TRIBUNAL DE IMPUGNACION PENAL

conducta que estime corresponder, en los términos de art. 76 ter del Código Penal, lo que así voto.

Atento los criterios disímiles de los señores Jueces preopinantes, corresponde que emita su voto el señor Presidente del Tribunal, Dr. Gustavo Adolfo Jensen (Art. 37 quater de la Ley Orgánica del Poder Judicial., reformada por Ley 2409), quien dijo:

La disidencia a dirimir radica en determinar la viabilidad del avenimiento presentado por la víctima y victimario del hecho que diera lugar a la formación del proceso ventilado en el legajo principal, atento la objeción formulada por el Dr. Balaguer al requisito de "*plena igualdad*" que exige el Art.132 del C.P. para la procedencia formal de esta causal extintiva de la acción penal, en consonancia con el criterio sustentado por los integrantes del tribunal de juicio.

No resulta tarea sencilla, atento la imparcialidad y objetividad propia de la actividad jurisdiccional, lograr predecir el futuro de dos personas que han decidido contraer matrimonio en forma libre y voluntaria, al menos así lo han expresado tanto ante la titular del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la ciudad de General Pico, como ante este Tribunal de Impugnación Penal, sin ingresar en peligrosos subjetivismos que, aún estando inspirados en una loable intención proteccionista hacia quien aparece como el sujeto pasivo y mas endeble de la relación, no dejan de traslucir una postura futuroológica de riesgosa predicción para quienes nos toca, como mortales, administrar justicia en relación a nuestros semejantes.

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 peticona, de perdonar a su 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.

Para ello la propia ley provee de medidas alternativas que, sin llegar



*Tribunal de Impugnación Penal de la Provincia de La Pampa*

automáticamente a la desincriminación del sujeto activo, nos permite ejercer un control de las partes en conflicto a fin de verificar su voluntad de convivencia e implementar medidas de apoyo asistencial y psicológico sobre los integrantes del grupo familiar para evitar nuevos hechos de violencia, todo ello condicionado a que en un plazo determinado se verifique su cumplimiento estricto por quienes proponen el avenimiento y bajo apercibimiento de revocar su concesión y proseguir con el trámite de la causa en caso de incumplimiento injustificado (Arts.132, relación con el 76 ter, ambos del C. Penal), pues allí radica, en mi criterio, la excepcionalidad de la concesión a que hace alusión la norma penal citada en primer término, es decir en la verificación por parte del tribunal que el matrimonio contraído y la voluntad exteriorizada por el hombre y la mujer de convivir junto a su hijo, devienen de un afecto real y sincero y no de una mera estrategia procesal para eludir un eventual reproche penal.

Por lo expuesto y teniendo por cumplimentadas las pautas formales requeridas por el Art. 132 del C.P., habré de expedirme favorablemente en relación a la impugnación planteada por Carla Figueroa y Marcelo Tomaselli, respectivamente, revocando el auto dictado por la Audiencia de Juicio de la ciudad de General Pico con fecha 04/10/2011 y haciendo lugar a la solicitud de avenimiento formulada por los nombrados en los términos de la norma legal aludida supra, delegando en el tribunal a-quo la imposición de las reglas de conducta y del plazo legal para su cumplimiento que estime corresponder, de conformidad con la previsiones del Art. 76 ter del C.P..

Por ello, este Tribunal de Impugnación Penal con el voto mayoritario de sus integrantes,

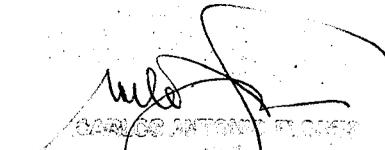
**RESUELVE:**

1º) **HACER LUGAR A LA IMPUGNACION** planteada por Carla FIGUEROA y Marcelo Javier TOMASELLI, **REVOCANDO** el auto dictado por la Audiencia de Juicio de la ciudad de General Pico con fecha 04/10/2011.

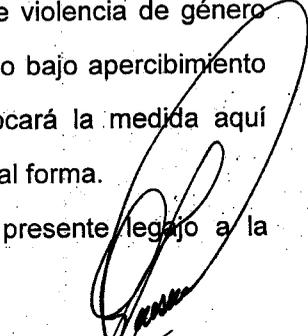
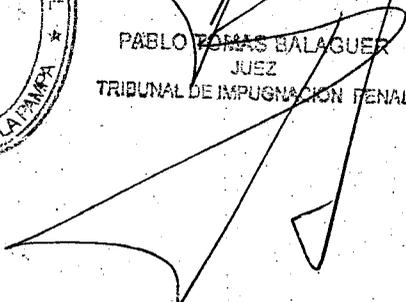
2º) **HACER LUGAR AL AVENIMIENTO** formulado oportunamente por Carla FIGUEROA y Marcelo Javier TOMASELLI en los términos del Art. 132 del C.P., delegando en la Audiencia de Juicio de la ciudad de General Pico la imposición de las reglas de conducta pertinentes y por el término que

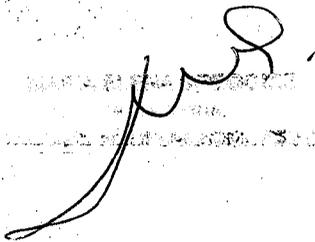
estime corresponder, a fin de verificar la efectiva convivencia de los nombrados y la implementación de controles asistenciales y psicológicos tendientes a evitar la producción de nuevos hechos de violencia de género entre los ahora consortes -Art.76 ter del C.P.-, todo ello bajo apercibimiento que en caso de incumplimiento injustificado, se revocará la medida aquí ordenada y se proseguirá con el trámite del juicio en legal forma.

3º) Protocolícese, notifíquese y vuelva el presente legajo a la Oficina Judicial de General Pico a sus efectos.-

  
CARLOS ANTONIO FLORES  
PRESIDENTE  
TRIBUNAL DE IMPUGNACION PENAL



  
GUSTAVO ADOLFO JENSEN  
PRESIDENTE  
TRIBUNAL DE IMPUGNACION PENAL  
  
  
PABLO TOMAS BALAGUER  
JUEZ  
TRIBUNAL DE IMPUGNACION PENAL

  
PABLO TOMAS BALAGUER  
JUEZ  
TRIBUNAL DE IMPUGNACION PENAL