

AVENIMIENTO

Por Dr. Carlos Parma

PRELIMINAR. Motivos de una reforma.

1. LA DENUNCIA. ASPECTOS PROCESALES.

LA ACCION

1. AVENIMIENTO : RATIO LEGIS. "ARMONIZACION".

Artículo 132 del Código Penal : “En los delitos previstos en los artículos 119 : 1ro., 2do. y 3er. párrafo ; 120 1er. párrafo y 130 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 pre-existente, 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 ; o en el mismo supuesto también podrá disponer la aplicación al caso de lo dispuesto por los artículos 76 ter y 76 quáter del Código Penal”.

PRELIMINAR

MOTIVOS DE UNA REFORMA

El epígrafe del cambio ya resultaba sugerente : “Delitos contra la integridad sexual”, y no sólo representaba un desacuerdo con el “Bien Jurídico Protegido” que se titulaba “Honestidad”, sino que transmitía un viejo anhelo de la doctrina y jurisprudencia : la reforma¹.

Razones de distinta índole abarcan esta temática. Veamos : la cuestión **semántica** queda solucionada, pues más allá de gustos y objeciones opinables, el término “integridad sexual” es comprensivo de esta problemática, en tanto “honestidad sexual” era francamente anacrónico².

La visión de **dogmática jurídico penal**, aunque es más compleja, ya había construido un firmamento de objeciones hacia el bien jurídico “honestidad”, expresando que no era eso lo que se quería proteger en este tipo de delitos. Se hablaba en doctrina de amparar la “reserva sexual” (Núñez) ; “voluntad sexual” (Fontán Balestra) ; “libertad sexual” (Moras Mom), etc.. En esta inteligencia, el bien jurídico “integridad sexual”, resguarda la libertad en su proyecto hacia la sexualidad y la integridad física, psíquica y espiritual de la persona³.

La postura que nuestro país había adoptado internacionalmente en el Congreso Mundial Contra la Explotación Sexual de los Menores, realizado en Agosto del año 1996, servía de antecedente inmediato, para consolidar una postura más rígida punitivamente hablando, específicamente contra pederastas y corruptores. Este **compromiso internacional**, significó otras de las razones que coadyuvaron a la reforma.

Pero la génesis del citado compromiso internacional, se encontraba en la misma Convención Internacional de los Derechos del Niño, con rango constitucional, incorporada al plexo del Dere-

cho Positivo mediante ley nro. 23. 849. Allí se exigía “proteger al niño de todas las formas de explotación y *abuso sexual*” (art. 34). A esto bien se lo puede llamar una razón devenida del **Derecho Convencional**.

El creciente avance de la llamada “**ciencia victimológica**” se hizo sentir a la hora de los reclamos sociales, en boga por una mayor represión⁴.

Los aspectos **legislativos** no estuvieron ausentes, ya que cientos de proyectos esperaban tratamiento o respuesta dentro del recinto de la legislatura.

La **doctrina** también aspiraba el cambio a este título. Parte de sus pretenciones habían sido escuchadas por una austera jurisprudencia (por ejemplo con la *fellatio in ore*).

Y es así que la **jurisprudencia** logró su punto más álgido en Noviembre de 1998. Un fallo de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal se dio de bruces con uno dictado con anterioridad por la sala IV. De esta manera el “plenario” estaba signado, sólo podía interrumpir su realización una ley. Y esto fue lo que ocurrió con la ley 25.087. si se sigue este razonamiento, estamos ante la verdadera causa de la reforma.

Pero habían otras razones que convergían en todo este universo. Los novedosos **institutos procesales**, como el criterio de oportunidad, daban una alerta. Autores de talla entendían que la *ratio* de la reforma estribaba en que los nuevos delitos sexuales, generalmente, son de sujeto activo y pasivo indiferenciados (varón o mujer), pudiéndose dar el supuesto, por ejemplo, en que el autor y la víctima sean del mismo sexo, circunstancia que impediría, naturalmente, la aplicación de la excusa absolutoria del matrimonio con la ofendida como establecía el anterior art. 132⁵. En este sentido se fundamentaría el instituto en la **misma ley**.

Concluimos que no fueron argumentos baladíes los que motivaron la reforma, sino una pléyade de factores que, en la especie, convergieron en una salida legislativa.

LA DENUNCIA. Aspectos procesales.

Aquí hayamos una verdadera revolución : “ 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”.

Buompadre entiende que se trata de “una facultad de instancia privada relativamente autónoma”⁶. Es comprensible afirmar que se ha extendido el marco de quienes pueden denunciar. En la antigua redacción la causa se formaba por acusación o denuncia del agraviado, de tutor, guardador o representantes legales, pudiendo procederse de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.

Es dable advertir que ahora el texto del artículo 72 reza : “ Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos : 1) Los previstos en los arts. 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida...”, agregando en el último apartado “cuando existieren intereses gravemente contrapuestos (entre menor y tutor, guardador, etc.), el fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél”. El interés superior del niño está expresamente regulado por la Convención Internacional de los Derechos del Niño y se constituyó en la piedra filosofal de la doctrina de la protección integral⁷ que es “protección de derechos, cuya noción central es el *interés superior del niño*, cuya interpretación se la ha parificado al principio garantista”⁸. Véase que en esta orientación, la ley se adapta a los “nuevos vientos” en materia de aceptación de las convenciones internacionales⁹, y su aplicación directa (arts. 27 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Pedagógicamente se dice que, la denuncia es una declaración de voluntad exclusiva del titular que ejerce la facultad de instar, al poner en conocimiento de la autoridad competente la existencia del delito que estima cometido, y cuya acción depende de instancia privada inicial. La instancia en sí,

no es la promoción ni el ejercicio de la acción penal, sino una incitación a la promoción, cuestión ésta que se rige por sus reglas procesales.

En materia de denuncia, se suele decir que “basta el anoticiamiento del hecho ante la autoridad encargada de la investigación del ilícito, en forma expresa e indubitada.

D'albora sintetiza la cuestión diciendo : “ basta con la individualización del hecho”¹⁰

En materia de menores víctimas de abusos sexuales, antes de la reforma, la jurisprudencia había entendido que “la ley no quiere que el menor resuelva sobre la conveniencia de provocar un proceso que podría perjudicar tanto a él como su familia”, de allí que delegaba al representante legal tal facultad¹¹. Tal proceder resulta contradictorio con el principio de protección integral y lo dispuesto por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, actualmente con rango constitucional. De todas maneras, la cuestión se encuentra zanjada con la llegada de esta ley que ilustra sobre la posibilidad que organismos públicos¹² o privados¹³ dedicados a la asistencia de víctimas, puedan denunciar.

AVENIMIENTO

Avenimiento viene de “avenencia” que es convenio, unión, conformidad, acuerdo.

Se trata de un acuerdo, que tiene como punto de partida una propuesta formulada en libertad e igualdad de condiciones, por la supuesta víctima mayor de 16 años, que redunde en su propio beneficio, en tanto haya existido entre las partes una relación afectiva preexistente.

El mérito que el Juez realice sobre el “acuerdo” deberá ser el modo más equitativo de armonizar el conflicto. El giro idiomático que practica el tipo es lindante con las técnicas de mediación.

Reinaldi sostiene que es la primera admisión legislativa de conciliación en materia penal¹⁴. En realidad se incorpora la conciliación y la mediación al derecho de fondo. Más no se debe soslayar, que este acuerdo será “valorado”¹⁵, quien será en definitiva el que decidirá o no sobre la conveniencia de la aplicación de este instituto.

En esta inteligencia se ha dicho que el “avenimiento” “supone un trabajo de mediación y recomposición de vínculos entre agresor y damnificado”¹⁶.

Coincidimos con Creus que “no se trata de una excusa absoluta”¹⁷, como pensó alguna vez parte de la doctrina cuando le tocó opinar sobre el casamiento del autor del ilícito con la ofendida¹⁸. Seguramente quienes coloquen el foco en el universo del derecho procesal verán el avenimiento, como un resultado del principio de oportunidad, y en ese sentido no estarán errados¹⁹.

Procedimiento

La ley exige que : 1. La propuesta sea formulada por la víctima ; 2. La realice en forma libre ; 3. Sea en condiciones de igualdad.

Veamos las distintas alternativas que se pueden presentar :

- a.) El Juez ante la propuesta de avenimiento deberá formar pieza separada de las actuaciones, es decir, un incidente. De esta manera no se interrumpe la normal investigación del proceso.
- b.) El primer tema a elucidar se centrará en el hecho que esta propuesta sea realizada personalmente por la víctima, a través de sus representantes o bien “una presentación compartida”. Dentro de la posición que la víctima personalmente comparezca, será recomendable que lo haga en cuerpo presente, es decir en audiencia.

Si la víctima es menor de 21 años y mayor de 16 (tiene de 17 a 20) deberá ser asistida por un representante legal. Es que una cuestión de tal gravedad como la traída al sub exámen, donde está en juego la “integridad” de la víctima, “el bien Justicia” a cargo de la administración de Justicia y “la libertad” del imputado, amerita la intervención necesaria e ineludible del asesor de menores. Sin perjuicio de ello, los representantes naturales (padres) o legales (tutor), como así también -si hubieren asistido al menor - autoridades de organismos públicos o privados, podrán estar presen-

tes en la audiencia o bien prestar su conformidad al respecto. Entiendo que la seriedad y solemnidad en el tratamiento de este tema que compromete valores excelsos, no debe ser burlada por libelos o intereses espúreos, so pena que pueda entenderse este criterio como revictimización, cuestión que -de suyo- no es cierto.

La **audiencia** personal, trae inconmensurables beneficios al proceso. A través de la inmediatez, el juez podrá tener una impresión nítida, real y sincera de la propuesta. Como él deberá “evaluarla”, de inmediato tendrá una sucinta información de los dos planos sobre los cuales gira esta propuesta : “libertad e igualdad”. Por esto, la audiencia de “visu” es, a todas luces, lo más feliz para el proceso.

A mayor abundamiento, abonando el criterio de esta tesis, debe tenerse en cuenta que “es el ese Juez el que debe valorar la propuesta” y no otro.

c.) El Juez podrá **rechazar** “in limine” la petición cuando ésta no cumpla con los extremos objetivos exigidos por el tipo (por ejemplo, si la víctima tiene 16 años). En este caso podrá hacerlo por decreto, más en caso que considere el rechazo, por ejemplo : por ser inconveniente para los intereses del menor, sería más conveniente que lo realice mediante auto.

d.) Puede ocurrir que el Juez necesite de informes o asesoramientos para resolver la cuestión. También podrá consultar testigos (por ej. parientes) en referencia a la conveniencia o no de la propuesta. Este criterio, que ya expresé en anterior trabajo²⁰, coincide con la opinión de Clemente, cuando afirma : “ Los jueces pueden asesorarse por expertos en la materia o persona de confianza de las partes²¹ .

a.) Tal vez el núcleo de la temática abordada sean los dichos de la víctima. En el informe parlamentario, Cafferatta Nores fue contundente con una frase que, a mi juicio, parece constituirse en una verdadera llave de hierro para poder dilucidar este instituto. Dijo el maestro cordobés : “si la simple voluntad de la víctima puede evitar “ex ante” la persecución y punición, no aparece fácil de encontrar argumentos para que no pueda evitarlos “ex post”.

f.) Es dable reflexionar que, sin lugar dudas se volverá a producir la polémica, si esta “extinción de la acción” para el autor abarca a los cómplices o coautores. Si se admitiere una respuesta lineal, sería afirmativa. De esta manera “quedaría solucionado el conflicto”. Cuestión distinta ocurre con el encubridor, pues aquí se está ante la lesión de otro bien jurídico y se trata de un delito independiente, por tanto el beneficio no lo abarcaría.

g.) La propuesta de avenimiento puede interponerse en cualquier instancia. Lo que si no debe existir es sentencia firme. Antes se decía, que en cualquier estadio el victimario podía casarse con la ofendida. Ahora la ley no aclara, por lo que no se ven razones para desvirtuar nuestra postura amplia.

La jurisprudencia entendió en un caso de abuso sexual con acceso carnal en el matrimonio²², dándole la solución prevista en el art. 132 del C.P..

Seguramente la realidad desbordará nuevamente la imaginación, y encontraremos frases y razones de toda índole venidas de la supuesta víctima tendientes a evitar la punición. Así una correcta hermenéutica jurídica deberá construir el andamiaje jurisprudencial que encontrará soluciones a interrogantes aun irresolutos.

Lo cierto es que estamos ante una norma diferente y un nuevo instituto (“avenimiento”), del cual desconocemos casi todo. El mismo Achával lamentó que la legislación “no aclara si el avenimiento es vínculo o es indemnización, mantenimiento, pensión, gastos futuros, etc.²³

Esto ya lo advirtió con claridad Donna cuando afirmó : “ la ley no especifica cual podrá ser el contenido del “avenimiento” lo que seguramente acarreará discusión”²⁴

RATIO LEGIS

Desde tiempo el Derecho Penal intenta buscar alternativas a esta “amarga necesidad” que ha sido considerada la pena. Se intentó canalizar las pretensiones alternativas desde un “derecho penal mínimo”, en tanto se pobló el Derecho Penal de discursos de tinte “garantista” que -lejos de ponderables intenciones- no alcanzan a solucionar los conflictos.

Con la llegada de las ideas de Roxin, por la década del 70, las cuestiones de política criminal pasaron a nutrir la dogmática jurídico penal²⁵, siendo de primordial interés “el fin y función de la pena” como tema preponderante.

De última generación son las ideas de Jakobs que, si bien cuestiona la teoría del bien jurídico como fundamentadora exclusiva de la sanción penal²⁶, le guarda un importante espacio en delitos donde el consentimiento de la víctima resulta “absolutorio”. Si se acepta esta idea, y es precisamente la víctima (integridad) quien expresa la propuesta de avenimiento, no habría por parte del victimario quebrantamiento de rol alguno, ni ninguna expresión de sentido de contenido defectuoso²⁷.

Por otra parte - como se anticipó - la victimología ha colocado su impronta en la figura en estudio, consolidando al menos una solución mejor que la que existía. Véase que ahora sujeto activo del abuso sexual con acceso carnal, puede ser tanto el hombre como la mujer²⁸, de allí que de producirse un abuso entre varones, éstos quedarían excluidos de la excusa absolutoria de la antigua figura, pues no se podrían casar. Por eso se ha pensado que esta norma es más equitativa que la anterior.

En el derecho comparado americano existen normas aproximadas²⁹ a este artículo que estamos analizando, aunque similar, es la prevista en el art. 131 del Código Penal de El Salvador.

Si bien esta norma ha recibido más elogios que críticas³⁰ - al menos de la doctrina -, se trata de algo novedoso, de índole “composicional”.

Cafferatta Nores enseña que la llegada del avenimiento esta orientado a un “sistema que puede ser punitivo o no punitivo”, según la elección de la víctima”³¹. Más correcto sería decir que el sistema es o no así de acuerdo el Juez lo estime más conveniente, pero no la víctima. En definitiva esto nos dice que sigue siendo el Juez, la autoridad que decide.

En apariencia el legislador ha querido respetar la voluntad final de la víctima... aceptar que los hechos sucedidos no deben tener pena. Si esto es así, se impone un corolario que nos exige reflexionar junto a aquellas máximas de Carlos Cossio ... “sólo una cosa es perceptible de verdad : la conducta de la gente”³², por eso para el maestro tucumano, LA JUSTICIA es la “mejor posibilidad coexistencial”... “el mejor entendimiento societario”.

Carlos Parma

AVENIMIENTO

Es COMPOSICIONAL
EXCEPCIÓN
De tilde PROCESAL

Razones que motivaron la norma :

- semántica
- de dogmática jurídico penal
- de compromiso internacional
- convencional
- victimología
- legislativos
- doctrina
- jurisprudencia

NOTAS:

¹ El mismo Diputado Cafferatta Nores opinaba que “la ley 25.087 ha redefinido el Bien Jurídico Protegido.

² Del debate parlamentario del Senado de la Nación, expediente 32/98. Opinó el Senador Yoma : “El término delitos contra la honestidad” es anacrónico.

³ Así lo tengo expresado en “Delitos contra la integridad sexual” ; pág. 20, Ediciones Jurídicas Cuyo, año 1999.

⁴ Algunos legisladores hablaron de “demanda social” (Genoud), otros de “premura” (Villaverde). En realidad había espacios ganados socialmente y en los medios, referidos a la fellatio in ore.

⁵ Cfr.”Derecho Penal”, parte especial ; tomo 1 ; Buompadre, Jorge ; pág. 454, Editorial Mave, año 2.000.

⁶ “Buompadre, Jorge”, ob. Cit. ; pág. 456.

⁷ Plasmado directamente en varias legislaciones de menores. En Mendoza, en la ley 6354, art. 1 : “La presente ley tiene por objeto la protección integral del niño y el adolescente como sujeto principal de los derechos establecidos... El Estado garantizará el interés superior de los mismos...”. Esta ley mereció alguna fundada y criteriosa objeción de parte de Kemelmajer de Carlucci, en su trabajo : “El inestable equilibrio entre el interés superior del niño y el derecho de defensa en juicio”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal ; nro. 9 - C ; de Diciembre de 1999, pág. 235.

⁸ Puede consultarse : “ El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño” ; Cillero, Miguel ; Editorial Mimeo, Chile, año 1997.

⁹ La Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene pacífica jurisprudencia aceptando la APLICACIÓN DIRECTA de los tratados internacional en tanto sus cláusulas sean autoejecutorias o autosuficientes (en fallos : “Ekmekdjian contra Sofovich” ; “Fibraca” ; “Cafés la Virginia” ; “Bramajo” ; “Girolidi” ; etc.).

¹⁰ Cfr.” Código Procesal Penal de la Nación Comentado” ; D’alhora, Francisco ; pág. 296, Editorial Abeledo Perrot, año 1999.

¹¹ Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, publicado en la Rev. Del Foro de Córdoba nro. 45, pág. 155, año 1998.

¹² Por ejemplo : Consejo Provincial de la Niñez y Adolescencia. Centro de Asistencia a la Víctima (Programa de asistencia a víctimas del delito en Mendoza).

¹³ Por ejemplo en la Provincia de Mendoza : FAVIM ; Asociación Kairos ; Tierra de Niños ; Secretariado Arquidiocesano para la familia.

¹⁴ Cfr. : “ Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino” ; Reinaldi, Víctor ; pág. 127, Editorial Lerner, año 1999.

¹⁵ Ver : “ Casuística Penal” ; Figari, Rubén ; pág. 396, Ediciones Jurídicas Cuyo, año 1999.

¹⁶ Cfr.” Delitos contra la integridad sexual” ; Villada, Jorge ; pág. 20, Editorial Abeledo Perrot, año 2.000.

¹⁷ Cfr. : Delitos sexuales según la ley 25.087” ; Creus, Carlos ; en Jurisprudencia Argentina, nro. 6151, año 1999, del 21/7/99, pág. 7.

¹⁸ Núñez entendía que era similar al perdón ; Soler que era una causa especial de extinción de la acción penal . Ver. “Manual de Derecho Penal” parte Especial ; Núñez Ricardo (actualizado por Reinaldi), pág. 127, Editorial Lerner, año 1999.

¹⁹ Por el contrario se puede pensar que “el legislador nacional ha avanzado aquí sobre la regulación de la acción procesal, excediendo sus posibilidades”. Ver : “Ley 25.087. Delitos contra la integridad sexual” ; Vanessa Ranocchia Ongaro ; Revista del Instituto de Criminología y Ciencias Penales de Santa Rosa, La Pampa ; Nro. 3 ; pág. 48 ; año 1999.

²⁰ Ver “Delitos contra la integridad sexual”, pág. 167, aut. Cit.

²¹ Cfr. “Abusos sexuales”, Ley 25.087 ; Clemente, José Luis ; Editorial Lerner, año 2.000.

²² Juzgado de Instrucción nro. 1 ; Villa Dolores, Córdoba, 11/4/2.000 ; autos nro. 100.307. Expresó la víctima que ha logrado con él un acuerdo o conciliación con el fin de salvar la institución familiar y la crianza de sus tres hijos menores, habiéndole propuesto su esposo un cambio fundamental en su vida y en su relación con ella”, agregando que “ella cree en la palabra de su esposo porque antes nunca le había hecho una propuesta similar” y que “desea fervientemente que su esposo vuelva al hogar a los fines de reiniciar con él la vida en común”.

²³ “Las modificaciones al artículo 119 del C.P...” ; Achával, Alfredo ; en J.A. , nro. 6159 ; del 15/9/1999, pág. 11.

²⁴ Cfr.” Delitos contra la Integridad Sexual” ; Donna, Edgardo ; pág. 196 ; Editorial Rubinzal Culzoni ; Año 2.000.

²⁵ Cfr.” El pensamiento penal posmoderno” ; Parma, Carlos ; Cuadernos de la Univ. Católica de Cuyo, nro. 30, pág. 103, año 1998.

²⁶ Jakobs dice que “el dercho penal no sirve para la protección genérica de bienes que han sido proclamados bienes jurídicos, sino a la protección de bienes contra ciertos ataques... el derecho es la estructura de la relación entre personas. Así una persona encarnada en sus bienes es protegida de los ataques de otra persona. El derecho penal garantiza la expectativa de que no se produzcan ataques a bienes”. DE su conferencia en el Salón del Palacio de Justicia en Mendoza, en Agosto de 2.000.

²⁷ Cfr.” Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional” ; Jakobs, Günther ; pág. 63, Editorial Civitas, año 1996.

²⁸ La figura no acepta la modalidad de práctica sexual femenina, porque no puede cosntituir el “acceso carnal” que se pide típicamente. No obstante ello la mujer puede ser sujeto activo o pasivo.

²⁹ En los siguientes Códigos Penales : Venezuela, Art. 395 ; Perú, art. 178 ; Chile, Art. 369 ; Ecuador, art. 532 y Paraguay, art. 28.

³⁰ “Estamos en presencia de una redacción sumamente confusa y difícil de interpretar...” ; ver : “Delitos contra la integridad sexual” ; Edwards, Carlos ; pág. 101, Editorial Depalma, año 1999.

³¹ “El avenimiento en los delitos contra la integridad sexual” ; Cafferatta Nores, José ; en LA LEY , suplemento Penal ; del 29/5/2.000..

³² Cfr. “Jueces diletantes y esgrimas teóricas” ; Herrendorf, Daniel ; pág. 11, Rev. De la Asoc. De Magistrados de la Nación, nro. 10, Junio de 1999.

