



Trabajo Final de Grado

Modelo de caso: Cuestiones de Género

“La inclusión de la Perspectiva de Género en los decisorios y el equilibrio objetivo de los derechos y garantías”

Nombre: Gonzalo Javier Ale

Legajo: VABG64584

DNI N°: 26.276.368

Carrera: Abogacía

Tutora: Romina Vittar

Autos: “Sanelli, Juan Marcelo s/ Abuso Sexual –art. 119, 3er. párrafo” - Corte Suprema de Justicia de la Nación – Sentencia de fecha 04/06/2020.

Sumario: **I.** Introducción.- **II.** Premisa Fáctica, Historia Procesal y Decisión del Tribunal.- **III.** Análisis de la Ratio Decidendi.- **IV.** El estado del arte: La Doctrina de la Arbitrariedad y el debido proceso.- **V.** Presunción de Inocencia -in dubio pro reo- vs. Perspectiva de Género y Tutela Judicial Efectiva.- **VI.** Postura del Autor.- **VII.** Conclusiones.- **VIII.** Referencias.-

I. Introducción

Concentrándonos en el Título III del Código Penal “Delitos contra la Integridad Sexual”, el art. 119 prevé:

Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. (...) La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías. En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si: a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima; b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda; c)...¹

¹ Art. 119. Ley N° 11179 (1984) Código Penal de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Podemos advertir que lo que se desprende del artículo de la norma citada como lo expone Breglia Arias (2010, pág. 215) es que:

(...) La edad alcanza, en los casos de consentimiento, hasta los trece años, antes era hasta doce. De trece años para abajo, aun con consentimiento, se comete el delito. El bien jurídico protegido es la reserva, la libertad de decidir sobre el propio cuerpo. Pero hablar de libertad no es tan propio en los casos de consentimiento del menor de esta edad, ya que en este punto se considera que, aun cuando el menor consienta el acto, ello no es válido por inmadurez biológica, pues su intelecto y voluntad todavía no tienen capacidad (...)

En esta línea, cuando se investiga una conducta reprochable que incluye una víctima menor de trece años, lo que se encuentra en juego es determinar “a prima facie” si existen elementos suficientes para determinar si el hecho fue cometido e identificar al sindicado como autor del delito que se le endilga, siendo su tipificación directa y con agravantes (en el caso de análisis), es decir, no existiendo vacancia normativa debido a que el legislador ha intentado descriptivamente encuadrar este tipo de delitos en el artículo ut supra referenciado. Identificando además como un elemento de prueba valiosísimo (sino el más valioso) la declaración de la víctima, toda vez que la característica principal de estos hechos es que se efectiviza en ausencia de testigos, mediando muchas veces la violencia o intimidación.

Asimismo, la valoración de los elementos aportados debe hacerse teniendo en cuenta todo el ordenamiento jurídico existente y no circunscribiéndose solo a los institutos del derecho penal y procesal penal, sabido es que los razonamientos esgrimidos por los (algunos) magistrados guardan cierta lógica de construcciones mentales subjetivas estereotipadas, que en determinadas situaciones no permiten su abstracción y focalizan en sus decisorios la inclinación al sostenimiento de esos pensamientos conservadores, por encima de una reflexiva derivación del derecho vigente aplicable.

Por su parte, si bien las cuestiones de índole procesal resultarían -en principio- ajenas a la instancia extraordinaria, corresponde apartarse de dicha regla sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad cuando la decisión no constituye una lógica deducción del derecho vigente y en relación directa a las circunstancias comprobadas en la causa.

En este sentido, se visualiza un verdadero problema jurídico de tipo axiológico en el fallo “ut supra” referenciado, advirtiéndose ello a la luz de la interpretación que los Ministros de la CSJN esgrimen en relación a los elementos de pruebas aportados y a su valoración, quienes efectúan un enfoque teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico “in totum”, estableciendo una premisa normativa más abarcativa fundada –en principio- desde la constitucionalidad y la convencionalidad, sin circunscribirse taxativamente a los institutos del derecho penal y procesal penal, adquiriendo relevancia toda vez que ello repercute directamente sobre situaciones similares al aportar un fundamento doctrinario basal para su análisis.

No obstante lo premencionado, no debe perderse equilibrio objetivo al intentar abordar el problema, el cual se plantea como una compleja confrontación entre los derechos que tiene el imputado a que las cuestiones fácticas que mueven el proceso se comprueben con arreglo a los criterios de la sana crítica racional, los principios de inocencia y de “in dubio pro reo” y los derechos que asisten a la víctima –mujer- en la búsqueda de la tutela judicial efectiva, derechos estos últimos que se traducen en una suerte de flexibilidad en la ponderación probatoria por causa de su vulnerabilidad.

Así las cosas, en el caso de análisis ¿Cabe la ampliación interpretativa que realizó el máximo tribunal nacional de los casos de remisión taxativos que establece el art. 14 de la Ley N° 48?

II. Premisa Fáctica, Historia Procesal y Decisión del Tribunal

El objeto procesal consiste en los abusos sexuales que Juan Marcelo Sanelli habría cometido en perjuicio de la hija de su pareja, aprovechando la situación de convivencia. El primero de esos hechos cuando la menor tenía diez años, y el segundo cuando tenía doce, habiéndola accedido carnalmente por vía vaginal en esta última oportunidad.

El caso comienza su raid judicial desde la sentencia dictada por la Sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma, mediante la cual absuelven a Juan Marcelo Sanelli en orden al delito de abuso sexual agravado por el acceso carnal y el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente, culminando la vía ordinaria ante el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, quien por mayoría, rechazó los recursos de casación interpuestos por la Defensora de Menores e Incapaces y la parte querellante. Contra dicho pronunciamiento el Dr. Guillermo Campano -apoderado de la parte querellante- y la Dra. María Rita Custet LLambí -Defensora General de la Provincia de Río Negro- dedujeron sendos Recursos Extraordinarios Federales por ante el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro que fueron concedidos y reenviados en consecuencia a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación –Tribunal integrado por los Dres. Elena HIGHTON de NOLASCO, Carlos Saul MAQUEDA y Raul Ricardo LORENZETTI-, adhiriendo en un todo a los fundamentos esgrimidos por el Procurador General de la Nación Interino Dr. Eduardo Ezequiel Casal, resuelve declarar procedentes los recursos extraordinarios deducidos y en consecuencia dejar sin efecto la sentencia apelada, ordenando su devolución al tribunal de origen para que se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo dispuesto por ese alto cuerpo.

III. Análisis de la Ratio Decidendi

En primer lugar, la CSJN se atribuye una facultad no susceptible de revisión en instancia extraordinaria, cual es la potestad de apreciar la prueba, arguyendo que

“...puede conocer en los casos cuyas particularidades hacen excepción a esa regla con base en la doctrina de la arbitrariedad ya que con ésta se procura asegurar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso exigiendo que las sentencias sean fundadas y

constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa”².

En la consecución argumentativa, realizan un examen probatorio con una perspectiva ampliada en relación a la víctima y su doble condición de menor de edad y mujer, que la vuelven particularmente vulnerable a la violencia, tomando en cuenta asimismo su debilidad, inmadurez o inexperiencia.

El máximo tribunal continuó alegando en este sentido, sosteniendo lo establecido por la Corte Interamericana en relación a las agresiones sexuales, resaltando como de vital importancia en los pronunciamientos la necesidad de evaluar las declaraciones de niños y niñas bajo el tamiz de la inexperiencia que pueden presentar en algunos aspectos de la vida, y teniendo especialmente en cuenta su edad y madurez intelectual.

En efecto, el tribunal supremo entendió que, entre los integrantes del STJ Rionegrino la mayoría se apartó de los estándares internacionales mencionados para el juzgamiento de esta clase de hechos al haberse hecho hincapié en el supuesto desinterés, hipotéticas contradicciones y en la omisión de detalles por parte de la niña y relativizado el relato de la misma a pesar de que los informes psicológicos descartaron la presencia de elementos fabulosos y de tendencia a la fabulación y consideraron que aquella expuso - en los términos que le permitió su edad y desarrollo- información precisa, relevante y sustancial acerca de los hechos.

Por otro lado, advirtieron como dogmáticas las afirmaciones sobre el supuesto desinterés y la falta de detalles sobre los hechos denunciados que habría exhibido la víctima en la cámara gesell, pues los jueces no expusieron en concreto las actitudes que permitirían sostener aquella inclinación del ánimo en la menor, ni cuáles serían los pormenores de relevancia que ésta habría omitido, evidenciando un análisis superficial de la cuestión, que es sustancialmente más compleja.

En conclusión, estimaron que el pronunciamiento del voto en mayoría del STJ de Río Negro no expuso fundadamente una duda razonable acerca de la intervención y responsabilidad de S en los hechos objeto del proceso, sino que se limitó a tratar de

² CSJN, “Sanelli, Juan Marcelo s/ Abuso Sexual –art. 119, 3^{er} párrafo” (2020), Dictamen del PGN, Título IV, 1^{er} párrafo.

desvirtuar la actitud de la menor víctima, omitiendo la evaluación de constancias relevantes con arreglo a los criterios de aplicación en la investigación de hechos de estas características. Expresando finalmente que “ *Cabe recordar que el estado de duda no puede reposar en una pura subjetividad, sino que debe derivarse de una minuciosa, racional y objetiva evaluación de todos los elementos de prueba en conjunto, (...), la mera invocación de cualquier incertidumbre acerca de los hechos no impide, per se, obtener razonablemente, a través de un análisis detenido de toda la prueba en conjunto, el grado de convencimiento necesario para formular un pronunciamiento de condena*”³.

IV. El estado del arte: La doctrina de la arbitrariedad y el debido proceso

Ciertamente el análisis jurisprudencial aporta sobrados antecedentes en el sentido del sub lite, así por ejemplo lo ha resuelto la Justicia ordinaria de esta Provincia de Entre Ríos, precisamente la Cámara de Casación Penal de la Ciudad de Paraná, ante el recurso interpuesto por el apoderado del imputado contra la sentencia de condena dictada por el Tribunal de Juicio y Apelaciones de Paraná, invocando el apelante en su escrito recursivo la arbitrariedad de la sentencia y afirmando que se han violado principios procesales básicos como el de “in dubio pro reo”, por cuanto no se ha alcanzado en autos certeza suficiente para condenar a Holbig, atacando ante ello -y principalmente- el relato que la niña víctima ofreció en Cámara Gesell. Los judicantes, al momento de rechazar unánimemente el recurso interpuesto, sientan en claro que “*...se evidencia que la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal en la sentencia atacada, no sólo fue integral -considerando la totalidad de las pruebas producidas en autos, en el alcance que cada una de ellas aportaba-, sino que además se realizó en un todo de acuerdo con los principios de la sana crítica racional, siendo sus conclusiones debidamente fundamentadas...*”⁴.

Así se ha expresado la Excma. Corte Suprema de Justicia de Tucumán, Sala en lo Civil y Penal: “*...Por otro lado, y como lo ha dicho reiteradamente este Máximo*

³ CSJN, “Sanelli, Juan Marcelo s/ Abuso Sexual –art. 119, 3^{er} párrafo” (2020), Dictamen del PGN, Título IV, 22^{do} párrafo.

⁴Cám. Cas. Penal, Paraná. "HOLBIG, Miguel Angel - Abuso sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente con la victima S/ Recurso de Casación" (2020).

Tribunal, la sola implicación de una niña en este proceso importa la existencia de un doble estándar de protección jurídica por su condición femenina y su minoría de edad al momento del hecho histórico juzgado (...) Lo antes referido, sumado a las circunstancias acreditadas en el expediente, dota de razonabilidad la decisión condenatoria a la que arribó el Tribunal del Juicio lo que sella de manera desfavorable la suerte del recurso intentado por la defensa técnica”⁵.

Por otra parte, la CSJN –en base a la doctrina de la arbitrariedad- ha analizado la suerte de una mujer sindicada como autora del delito de lesiones graves cometidos en contra de su pareja, invalidando el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, y expresando: *“En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en diversos precedentes que la investigación penal en casos de supuestos actos de violencia contra la mujer debe incluir la perspectiva de género (...) En sentido concordante, en el documento del Comité de Seguimiento de la Convención Belem do Pará (CEVI) ya citado, se recomendó incorporar un análisis contextual que permita comprender que la reacción de las víctimas de violencia de género no puede ser medida con los estándares utilizados para la legítima defensa en otro tipo de casos, en tanto la violencia contra la mujer tiene características específicas que deben permear en el razonamiento judicial. Se expuso allí que la persistencia de los estereotipos y la falta de aplicación de la perspectiva de género, podría llevar a valorar de manera inadecuada el comportamiento”⁶.*

En el orden internacional la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado *“Dado que esta violación contra Maria da Penha forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, considera la Comisión que no sólo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Esa ineffectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos”⁷*

⁵ Cám. Penal (Sala II) STJ, S. M. de Tucuman. “R. R. E. S/ Abuso Sexual con Acceso Carnal” (2019)

⁶ CSJN, “R. C. E. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 63.006 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV” (2019), Dictamen del PGN, Título VI, 2^{do} y 3^{er} párrafos

⁷ Comisión IDH, “Maria Da Penha Maia Fernandez c/ Brasil” (2001)

En otro extremo, se tiene pronunciado: “...siguiendo los lineamientos emergentes de la reiterada doctrina legal de este Superior Tribunal que establece precisiones respecto de la ponderación probatoria cuando se trata de delitos como el que se le endilgaba a S. (Contra la integridad sexual), que generalmente no se comenten en presencia de otras personas, de manera que, si bien el relato de la supuesta víctima suele ser fundamental para establecer la autoría en estos casos, ello es así siempre y cuando las constancias de la causa permitan corroborar de modo independiente lo que surja de tales dichos”⁸

De lo ut supra referenciado, desde distintos estamentos jurisdiccionales, surge la ideación de pautas estandarizadas para realizar el análisis, comenzándose a valorar por ejemplo la especial entidad probatoria que adquiere el testimonio de las mujeres –víctimas o no, menores o no-, considerada prueba necesaria y (casi) suficiente para la determinación de los hechos, resultando evidente punto de partida para la reconstrucción histórica de los hechos lesivos, pero sin descuidar la presencia de otros elementos que, no obstante ser indiciarios, permiten sostener o refutar la narración de aquella.

V. Presunción de Inocencia -in dubio pro reo- vs. Perspectiva de Género y Tutela Judicial Efectiva.

La importancia de observar fielmente las reglas constitucionales que consagran los derechos de los sospechosos de haber cometido un delito, así como las garantías que los asisten, data de hace aproximadamente dos siglos, desde la Revolución Francesa que sentó las bases de lo que sería el origen del derecho penal liberal. Desde este criterio inscripto en el derecho penal liberal, el sindicado por la presunta comisión de un hecho ilícito –en contra o no de una mujer y aún en contextos de violencia- se encuentra amparado por la presunción de inocencia y su consecuente sentencia de condena debe surgir de un análisis probatorio en legal forma y ajustado a criterios enmarcados en la sana crítica racional, siendo su absolución la consecuencia en el supuesto de no colmarse los estándares requeridos para su reproche.

⁸ Cám. Cas. Penal, S.T.J., Río Negro. “S., J. M. s/ Abuso Sexual con Acceso Carnal s/ Casación” (2015), consid. 21 del voto de la mayoría

Por otro lado, y más reciente en el tiempo -hacia fines del siglo diecinueve y comienzos del siglo veinte-, a partir de los progresivos reconocimientos de los derechos de las mujeres, puede hablarse de una expansión de un marco protectorio destinado a garantizarles una vida sin violencia. Por imperio de estos novedosos criterios interpretativos, y dadas las carencias probatorias que generalmente caracterizan a delitos ejecutados en contra de las mujeres, debieron –o deben- flexibilizarse aquellas reglas de ponderación probatoria para justificar así un reproche penal válido.

Del cruce de ambas concepciones surge un verdadero problema interpretativo para la aplicación del derecho penal y, puntualmente, para el derecho procesal penal, involucrando directamente un aspecto sobre el que repercuten ambas miradas, a saber, la valoración de la prueba recibida en juicio. (KAMADA, 2020)

Se torna indispensable entonces, partir del reconocimiento que tanto el derecho del imputado como el de la víctima tienen idéntica jerarquía convencional y constitucional. Del lado del imputado debe admitirse la vigencia de su derecho a ser considerado inocente hasta que una sentencia firme lo declare culpable, debiendo observarse un estándar probatorio exigente y respetuoso de las garantías constitucionales que ostenta. En contrapunto y desde la posición de la víctima, su aporte exige ser valorado desde un punto de vista impregnado de perspectiva de género, para que permita a los juzgadores interpretar cabalmente el sentido de sus dichos y la descripción del contexto vivenciado y en el que se cometió el delito que se investiga. En conjunto, deben prevalecer los criterios clásicos del derecho penal liberal, prudencialmente equilibrados con una interpretación conteste con la perspectiva de género.

En este punto cabe preguntarnos ¿De qué herramientas dispone la defensa para introducir válidamente -en la inteligencia del juzgador- elementos suficientes que originen la exclusión de responsabilidad del sindicado?, ello considerando que los armados estratégicos posibles –todos o casi todos- se ven desvanecidos por el standard convencional que inunda la doctrina imperante y provoca un equilibrio –o desequilibrio- en la coyuntura.

VI. Postura del Autor.

A la primera cuestión planteada en el introductorio, surge necesario esgrimir humildemente la consideración del opinante, teniendo en cuenta la amplia doctrina y jurisprudencia imperante en el sentido de la injerencia del máximo tribunal nacional en atribuciones de índole ordinaria, surgiendo ante tal presunción que no se podría limitar la amplitud de ése alto cuerpo en su esbozo doctrinario.

No obstante, y en atención a la cuestión referida en el título ut supra desarrollado, pareciera que aún subsiste la necesidad de equilibrar derechos y garantías en la inteligencia de su ponderación desde una “perspectiva inclusiva”, confrontando derechos, garantías y principios del sindicado como autor de un delito reprochable, con los de la víctima mujer y menor de edad, ambas derivaciones constitucionales y convencionales.

Lo que se encuentra en crisis es la valoración probatoria del judicante –cualquiera sea el orden o la competencia- al utilizar elementos motivadores que, o se alejan de los preceptos constitucionales y convencionales en materia de perspectiva de género o se alejan de los derechos del señalado.

Lo anteriormente expresado encuentra correlato en las discrepancias encontradas en judicantes de distinto o igual grado, competencia o materia, al cimentar los decisorios en apreciaciones que no devienen de razonamientos diferentes, sino más bien de perspectivas distintas y que –en forma independiente- logran el convencimiento del ensayista. Dos vertientes que habilitan –separadamente- razones suficientes para sostener las decisiones que se esgrimen.

En la superación de esta dicotomía será pertinente iniciarnos en una nueva deconstrucción ideológica que postule la asimilación de las novedosas corrientes convencionales con las originarias, y a partir de ello introducimos en un proceso de acomodación que se centre en lo que podría denominarse el “real sentido de justicia equitativa”.

VII. Conclusiones.

En atención al caso de análisis, no habría posibilidad de establecer una postura contraria al decisorio de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, toda vez que ello se desprende de una lógica y razonada derivación del sistema jurídico “in totum”, circunscribiéndose además en una “marcada” corriente doctrinaria que la Magistratura ha instaurado previamente para casos similares, quedando evidenciado que la víctima debió acceder a la máxima autoridad judicial para lograr un examen probatorio con perspectiva de género, no obstante haberse producido indicios de esta ponderación inclusiva en el voto en minoría de los judicantes del STJ de Río Negro.

No cabe ninguna duda que el Estado, desde sus distintos estamentos, debe propender a una reflexiva visión con perspectiva de género, y en particular, el sistema judicial, tiene la obligación de emitir opiniones con arreglo a las cuestiones premencionadas.

Sin embargo, considerando que del análisis jurisprudencial y doctrinario surgen opiniones o justificaciones que bifurcan el camino marcando dos corrientes que se visualizan como opuestas entre sí y que no encuentran en su relato una traza unificada, pareciera que aún existe un manto de incertidumbre al momento de suscitarse controversias de esta índole que recae principalmente sobre la ponderación de los elementos válidamente aportados al proceso.

En suma, se evidencia por parte del sistema judicial nacional -en todos o casi todos sus órdenes- que aún se encuentra en un proceso de construcción la inclusión de una mirada con perspectiva de género en sus decisorios, sin radicalizar el análisis objetivo en este sentido, ello en atención a lograr altos niveles de abstracción que permitan aportar resoluciones inclusivas.

VIII. Referencias:

1. *Jurisprudencia:*

- Cám. Cas. Penal. Paraná. "HOLBIG, Miguel Angel - Abuso sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente con la víctima S/ Recurso de Casación". L. N° 1175/18. (2020)
- STJ, Excma. Cám. Penal (Sala II), S. M. de Tucumán. "R. R. E. S/ Abuso Sexual con Acceso Carnal". S. 26/02/2019. (2019).
- CSJN, "R. C. E. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 63.006 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV". Fallos: 342:1827 (2019).
- Comisión IDH, Caso "Maria Da Penha Maia Fernandez c/ Brasil" (2001). Informe N° 54/01, del 16 de Abril de 2001, publicado en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm>
- Cám. Cas. Penal, S.T.J., Río Negro. "S., J. M. s/ Abuso Sexual con Acceso Carnal s/ Casación". S. 153. (2015)

2. *Legislación:*

- Boletín Oficial de Entre Ríos (2018). *Ley N° 10629 Mecanismo de Protocolos Interinstitucionales de Actuación para los casos de abuso infantil. Creación del Observatorio Interinstitucional de Seguimiento de Aplicación del Protocolo*. Paraná: B.O.
- Boletín Oficial de Entre Ríos (2010). *Protocolo Interinstitucional de Actuación en casos de Abuso Sexual Infantil en la Provincia de Entre Ríos*. Paraná: B.O.
- Boletín Oficial de la Nación (1984). *Ley N° 11179 Código Penal de la Nación Argentina*. Buenos Aires. Honorable Congreso de la Nación.
- O.E.A. (1994). *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belém do Pará"*. Rec. de Compendio normativo y teórico, Talleres sobre perspectiva de género, trata de personas y explotación sexual. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Buenos Aires: CSJN
- O.N.U. (1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)*. Rec. de Compendio normativo y teórico,

Talleres sobre perspectiva de género, trata de personas y explotación sexual. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Buenos Aires: CSJN

3. Doctrina:

- Figari, R. (2016). Comentarios Abuso Sexual Arts. 119 a 120 C.P. En *Revista de Pensamiento Penal*. Rec. de <http://www.pensamientopenal.com.ar/autores/ruben-e-figari>
- Breglia Arias, O. (2010). *Código Penal Comentado*. Buenos Aires: Astrea
- Sumalla, Gil, Hernandez Hidalgo (2015). Las víctimas de abuso sexual infantil ante el sistema de justicia penal: estudio sobre sus actitudes, necesidades y experiencia. En *Revista de Victimología*. Rec. de www.revistadevictimologia.com/N.2/2015
- Medina, G. (2018). Juzgar con Perspectiva de Género ¿Porque juzgar con Perspectiva de Género? Y ¿Cómo Juzgar con Perspectiva de Género?. *Revista Justitia Familiae*. Perú. Rec. de: <http://docplayer.es/74968520>
- Procuración General de la Nación, Dirección General de Políticas de Género (2020). *Perspectiva de género en las decisiones judiciales y resoluciones administrativas*. Buenos Aires: Dirección de Comunicación Institucional.
- Kamada, L. E. (2020) ¿Requiem para la presunción de inocencia en los delitos cometidos en contextos de violencia de género?. Rec de: www.saij.gob.ar
- Arocena, G. A. (2015). *Ataques a la Integridad Sexual (2da. Edición)*. Buenos Aires: Astrea.
- Intebi, Irene (2011). *Abuso Sexual Infantil en las Mejores Familias*. Buenos Aires: Granica.

El Fallo

CSJ 873/2016/CS1
Sanelli, Juan Marcelo s/ abuso sexual -art. 119,
3° párrafo-.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 4 de Junio de 2020.-

Vistos los autos: "Sanelli, Juan Marcelo s/ abuso sexual -art. 119, 3° párrafo-".

Considerando:

Que los suscriptos comparten y hacen suyos, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones expresados por el señor Procurador General de la Nación interino en su dictamen, a cuyos términos corresponde remitir en razón de brevedad.

Que el juez Lorenzetti suscribe la presente en la localidad de Rafaela, Provincia de Santa Fe, en virtud de las medidas de aislamiento social preventivas dispuestas por las autoridades nacionales.

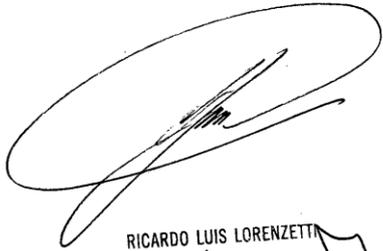
Por ello, en atención al estado de las presentes actuaciones se resuelve:

1) Habilitar días y horas inhábiles del día de la fecha exclusivamente a los fines del dictado de la presente sentencia.

2) Declarar procedentes los recursos extraordinarios y dejar sin efecto la sentencia apelada. Notifíquese y vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda,

-//-

-//se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo dispuesto.



RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



JUAN CARLOS MAQUEDA

CSJ 873/2016/CS1
Sanelli, Juan Marcelo s/ abuso sexual -art. 119,
3° párrafo-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Recursos extraordinarios interpuestos por el Dr. Guillermo F. Campano, apoderado de la parte querellante (F. A. C.), y por la Dra. María Rita Custet LLambi, Defensora General de la Provincia de Río Negro.

Traslados contestados por el Dr. Fabricio Brogna López, Fiscal General subrogante de la Provincia de Río Negro, y por los Dres. Juan C. Chirinos y Aldo F. Bustamante, en carácter de abogados defensores de Juan Marcelo Sanelli; por la parte querellante el Dr. Guillermo F. Campano y por la Dra. María Rita Custet LLambi, Defensora General de la Provincia de Río Negro.

Tribunal de origen: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro.

Tribunal que intervino con anterioridad: Sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma de la Primera Circunscripción Judicial de Río Negro.

“S , J M s/ abuso sexual –art. 119 3° párrafo-”
CSJ 873/2016/CS1

Suprema Corte:

I

El Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, por mayoría, rechazó los recursos de casación interpuestos por la Defensora de Menores e Incapaces y la parte querellante, contra la sentencia por la que la Sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma absolvió a J M S en orden al delito de abuso sexual agravado por el acceso carnal y el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente -artículo 119, párrafos primero, tercero y cuarto, del Código Penal- (fs. 578/589 del principal).

Contra dicho pronunciamiento, la Defensora General de esa provincia y el apoderado de la querella dedujeron sendos recursos extraordinarios (fs. 591/610 y fs. 611/632, respectivamente) que fueron concedidos (fs. 656/658).

II

Los recurrentes coincidieron en alegar la arbitrariedad del pronunciamiento apelado.

En ese sentido, expresaron que se encuentra apoyado en afirmaciones dogmáticas y fórmulas estereotipadas, y en una valoración parcial y aislada de los diversos elementos de prueba por la que, además, la opinión mayoritaria desatendió las pautas establecidas en diversos tratados y decisiones de organismos internacionales en relación con los hechos en que las víctimas son menores de edad.

Por su parte, la Defensora General añadió que el *a quo* -al igual que la cámara que llevó a cabo el juicio oral- omitió considerar

las conductas atribuidas como un caso de violencia de género e incumplió con el deber de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer previsto en la Convención de Belém do Pará.

III

De acuerdo con el requerimiento de juicio (fs. 267/268), el objeto procesal en el *sub examine* consiste en los abusos sexuales que J M S habría cometido en perjuicio de la hija de su pareja aprovechando la situación de convivencia.

En el primero de esos hechos llevó a la menor -de diez años- hasta una cama, se quitó la ropa, le pidió que lo mirara y la tocó en sus zonas íntimas. En el segundo -cuando tenía doce años- la condujo hasta una cama, la tocó, se colocó sobre ella y la accedió carnalmente por vía vaginal.

La niña expuso esos hechos a un operador de promoción familiar y a la vicedirectora del colegio al que concurría, dentro de ese establecimiento, un día en el que su madre y el imputado pretendieron retirarla a fin de que dejara la casa de su padre -con quien había estado viviendo desde unos meses antes- y regresara a la de ellos.

IV

Si bien la apreciación de la prueba constituye, por vía de principio, facultad propia de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria (Fallos: 332:2659), la Corte puede conocer en los casos cuyas particularidades hacen excepción a esa regla con base en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 327:5456 y sus citas) ya

“S _____, J _____ M _____ s/ abuso sexual –art. 119 3° párrafo-”
CSJ 873/2016/CS1

que con ésta se procura asegurar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa (Fallos: 315:2969; 321:1909; 326:8; 327:5456; 334:725, considerando 4° y sus citas).

A mi modo de ver, el pronunciamiento apelado no cumple con esa elemental condición de validez.

En ese aspecto, cabe poner de relieve la doble condición de la niña, tanto de menor de edad como de mujer, que la vuelve particularmente vulnerable a la violencia (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso González y otras -‘Campo Algodonero’- vs. México”, sentencia del 16 de noviembre de 2009, párrafo 408; en el mismo sentido, “Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala”, sentencia del 19 de mayo de 2014, párrafo 134).

En relación con las características particulares de la situación en que se encuentra el menor de edad, dicho tribunal internacional expresó que “para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere ‘cuidados especiales’, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir ‘medidas especiales de protección’. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia” (Opinión Consultiva Oc-17/2002, ‘Condición jurídica y derechos humanos del niño’, del 28 de agosto de 2002, párrafos 60 y 61).

Sostuvo asimismo que el derecho a ser oído, previsto en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino (“Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 196). Y con el objeto de determinar los alcances de los términos descriptos en dicho artículo 12 indicó -entre otras especificaciones- que “el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto” (ídem, párrafo 198).

Al respecto, también el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en la Observación General n° 12 (2009) -“Derecho del niño a ser escuchado”- destacó que “el niño víctima y el niño testigo de un delito deben tener la oportunidad de ejercer plenamente su derecho a expresar libremente sus opiniones de conformidad con la resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social, ‘Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos’” (párrafo 62), cuyo artículo 8° establece que “con sujeción al derecho procesal nacional, todo niño tiene derecho a expresar libremente y en sus propias palabras sus creencias, opiniones y pareceres sobre cualquier asunto, y a aportar su contribución, especialmente a las decisiones que le afecten, incluidas las adoptadas en el marco de cualquier proceso judicial,

“S. J. M. s/ abuso sexual –art. 119 3° párrafo–”
CSJ 873/2016/CS1

y a que esos puntos de vista sean tomados en consideración, según sus aptitudes, su edad, madurez intelectual y la evolución de su capacidad”.

Por otra parte, en relación con los casos de violencia sexual, la Corte Interamericana ha establecido que “las agresiones sexuales se caracterizan, en general, por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de estas formas de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho. Asimismo, al analizar dichas declaraciones se debe tomar en cuenta que las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar, por el estigma que dicha denuncia conlleva usualmente. La Corte, igualmente, ha tenido en cuenta que las declaraciones brindadas por las víctimas de violencia sexual se refieren a un momento traumático de ellas, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos. Por ello, la Corte ha advertido que las imprecisiones en declaraciones relacionadas a violencia sexual o la mención de algunos de los hechos alegados solamente en algunas de éstas no significa que sean falsas o que los hechos relatados carezcan de veracidad” (“Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú”, sentencia del 20 de noviembre de 2014, párrafo 150; en el mismo sentido, “Caso Fernández Ortega y otros vs. México”, sentencia del 30 de agosto de 2010, párrafos 100 y 104, “Caso Rosendo Cantú y otra vs. México”, sentencia del 31 de agosto de 2010, párrafo 89, y “Caso J. vs. Perú”, sentencia del 27 de noviembre de 2013, párrafos 323 y 324).

A mi modo de ver, resulta manifiesta en esos pronunciamientos la importancia de evaluar las declaraciones de niños y niñas bajo el tamiz de la inexperiencia que pueden presentar en algunos

aspectos de la vida, y teniendo especialmente en cuenta su edad y madurez intelectual. En esa inteligencia, aprecio que en el fallo impugnado la mayoría –como se verá- no ha examinado las constancias bajo esas pautas, específicas para casos como el de autos.

En efecto, la opinión mayoritaria del *a quo* coincidió con el tribunal del juicio en sostener que, si bien en el examen ginecológico se constató que la menor presentaba desgarro del himen de características antiguas producido por la penetración de un elemento duro y rígido (fs. 41/42, 496 vta. último párrafo y 587 vta. último párrafo), el testimonio de la niña no resultaba creíble más allá de toda duda razonable para responsabilizar a S (fs. 586 vta. segundo párrafo y 497 primer párrafo, respectivamente).

Para arribar a esa conclusión, consideró que el relato que la menor brindó en la cámara Gesell presentó contradicciones; que la actitud que adoptó al narrar lo ocurrido denotó desinterés; que de acuerdo con la opinión de una licenciada en psicología su discurso fue desorganizado, sin estructuración lógica, carente de detalles y de correlato emocional y estrés postraumático; que la niña tuvo un alto rendimiento en sus estudios, que sus maestras no advirtieron indicadores de abuso; y que nada había dicho al respecto a su padre, a pesar de que vivió con él desde aproximadamente cuarenta y cinco días antes de que expusiera los hechos a su maestra.

Pienso que por haber hecho hincapié en esos aspectos -el supuesto desinterés, hipotéticas contradicciones y la omisión de detalles que ni siquiera se ocupó de particularizar- la mayoría se apartó de los estándares internacionales mencionados para el juzgamiento de esta clase de hechos, y relativizó el relato de la niña a pesar de que, conforme lo

“S , J M s/ abuso sexual –art. 119 3° párrafo-”
CSJ 873/2016/CS1

valoró el voto en minoría, los informes psicológicos descartaron la presencia de elementos fabulosos y de tendencia a la fabulación, sus maestras destacaron su honestidad, y aquella expuso -en los términos que le permitió su edad y desarrollo- información precisa, relevante y sustancial acerca del lugar en que ocurrieron los abusos denunciados, cómo se desarrollaron, los concretos actos en que consistieron y las palabras que intercambió con el imputado (fs. 581 vta., 583 vta. y 585 vta.).

Sin perjuicio de ello, cabe señalar además que los magistrados que votaron en disidencia explicaron que aquellas supuestas contradicciones no existieron, mediante un pormenorizado análisis de lo ocurrido en esa entrevista, que no cabe apreciar en el voto mayoritario (fs. 581 vta./582).

Asimismo, advierto que son sólo dogmáticas las afirmaciones sobre el desinterés que supuestamente exhibió la niña en la cámara Gesell y la falta de detalles sobre los hechos denunciados, pues los jueces no expusieron en concreto las actitudes que permitirían sostener aquella inclinación del ánimo en la menor, ni cuáles serían los pormenores de relevancia que ésta habría omitido, y se limitaron a invocar la opinión de la mencionada psicóloga que no participó en ese acto sino que la examinó días después (ver fs. 119/120). Por el contrario, la especialista en esa materia que llevó a cabo aquella primera entrevista sostuvo que se desarrolló en el marco de un óptimo clima vincular favorecido por la actitud de la niña que evidenció estar segura y decidida a revelar los hechos, a los que pudo ubicar en lugares precisos y tiempos relativos, así como identificar algunos detalles importantes y reproducir interacciones con el supuesto agresor; y añadió que tuvo una actitud emocional y gestual congruente con su relato, el que se escuchó coherente y exento de

elementos fabulosos o fantásticos que lo sacaran de un contexto de hechos posibles (fs. 32 y 57/58).

Sumado a ello, los jueces que formaron mayoría sostuvieron que no estaba probado que la niña no hubiera mantenido relaciones sexuales con otra persona, e invocaron al efecto el informe del médico propuesto por el acusado, en cuanto sostuvo que “no existe interrogatorio vinculado al inicio de una vida sexual activa, voluntaria, observable en la conducta de las niñas en el contexto social actual” (fs. 587 vta., último párrafo), lo que en mi opinión constituye un mero estereotipo basado en el género y la edad, que además resulta contrario a la pauta internacional en materia de violencia contra la mujer y violencia sexual según la cual las pruebas relativas a los antecedentes de la víctima en ese aspecto son en principio inadmisibles (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala”, sentencia del 19 de mayo de 2014, párrafo 209).

Por otra parte, pusieron en cuestión la veracidad del relato de la menor porque ésta nada había dicho a su padre sobre los hechos, a pesar de que vivió con él desde aproximadamente cuarenta y cinco días antes de la situación que se dio en el colegio -en la que rechazó regresar con su madre y expuso los abusos a sus maestras-. Añadieron que las docentes no habían advertido previamente indicadores de tal situación, y que la niña solía decir que no quería volver a vivir con su madre y el imputado porque recibía maltratos, lo que consideraron un indicio sobre su motivación y relacionaron con las ventajas que obtendría la menor mediante la revelación de los abusos. En síntesis, sugirieron que la niña pudo haber mentido para no regresar a la casa de la madre debido a que allí

“S , J M s/ abuso sexual –art. 119 3° párrafo-”
CSJ 873/2016/CS1

el imputado la golpeaba, o por el deseo de quedarse con su padre porque con él estaba en mejores condiciones (fs. 587, cuarto párrafo).

Esas consideraciones, a mi modo de ver, son resultado de una mera subjetividad de los jueces.

En efecto, ningún fundamento razonable encuentro en el pronunciamiento para negar significación al temor de la niña por las amenazas -de arrancarle la cabeza y matarla a palos; fs. 1 vta. y 9 vta.- con las que el imputado le habría ordenado que callara sobre los abusos. Al respecto, el voto mayoritario se limitó a expresar que “no alcanzan a explicar por qué nada le dijo a su padre con anterioridad a aquel día” (fs. 588, tercer párrafo) y así, sin más, desechó la lógica repercusión que esas advertencias habrían tenido en el ánimo de la menor.

Pienso que sólo una visión sesgada de las constancias de la causa explicaría la fuerte oposición de aquélla a regresar a la vivienda de su madre exclusivamente a partir de los golpes que el imputado le habría aplicado, o por la voluntad de vivir con su padre. Y no logro apreciar en el pronunciamiento –ni surge de lo actuado- alguna razón que permita sostener que, en la condición en que se encontraba -de acuerdo con la descripción de fs. 18 vta./19-, repentinamente tuvo la idea de inventar los abusos, mediante un relato que luego mantuvo en el tiempo y que a lo largo del trámite se ha acreditado del modo reseñado.

Además, frente al planteo de los recurrentes vinculado con la desproporción entre el supuesto beneficio de mentir acerca de los abusos y las consecuencias que ello implicó -exposición, vergüenza, reiteración de su tormento en diversas entrevistas- el voto mayoritario le restó entidad al sostener que difícilmente podría pretenderse que la persona

tuviera en cuenta, al hacer la denuncia, todos los pasos procesales que deberá seguir hasta la resolución del proceso.

En mi opinión, la mera referencia a “los pasos procesales” evidencia un análisis superficial de la cuestión, que es sustancialmente más compleja, y que en el caso concreto significó para la menor no sólo exámenes médicos invasivos y la declaración sobre los sucesos en reiteradas oportunidades frente a personas extrañas sino también la exposición de aspectos íntimos a terceros, como por ejemplo las autoridades y los alumnos de la escuela. En este último sentido, el informe agregado a fs. 288/290 alude al impacto que la exposición de los hechos tuvo en el ánimo y en algunas relaciones de la niña.

En tales condiciones, estimo que el pronunciamiento de la mayoría no expone fundadamente una duda razonable acerca de la intervención y responsabilidad de S en los hechos objeto del proceso, sino que se ha limitado a tratar de desvirtuar la actitud de la menor víctima, omitiendo la evaluación de constancias relevantes con arreglo a los criterios de aplicación en la investigación de hechos de estas características.

Cabe recordar que ese estado de duda no puede reposar en una pura subjetividad, sino que debe derivarse de una minuciosa, racional y objetiva evaluación de todos los elementos de prueba en conjunto (Fallos: 311:512 y 2547; 312:2507; 314:346 y 833; 321:2990 y 3423). La mera invocación de cualquier incertidumbre acerca de los hechos no impide, *per se*, obtener razonablemente, a través de un análisis detenido de toda la prueba en conjunto, el grado de convencimiento necesario para formular un pronunciamiento de condena.

“S , J M s/ abuso sexual –art. 119 3° párrafo-”
CSJ 873/2016/CS1

El concepto “más allá de duda razonable” es, en sí mismo, probabilístico y, por lo tanto no es, simplemente, una duda posible, del mismo modo que no lo es una duda extravagante o imaginaria. Es, como mínimo, una duda basada en razón (conf. Suprema Corte de los Estados Unidos de América, en el caso “Victor vs. Nebraska”, 511 U.S. 1; en el mismo sentido, caso “Winship”, 397 U.S. 358).

En consecuencia, pienso que el fallo apelado no constituye derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso, y debe ser descalificado como un acto jurisdiccional válido.

Estimo pertinente mencionar, por último, que ese defecto adquiere especial significación en el *sub examine* teniendo en cuenta el compromiso de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer plasmado en la Convención de Belém do Pará (artículo 7°, primer párrafo) tal como ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (conf. “Caso González y otras [Campo Algodonero] vs. México”, del 16 de noviembre de 2009) y también por V. E. en el pronunciamiento que dictó en el caso “Góngora”, publicado en Fallos: 336:392.

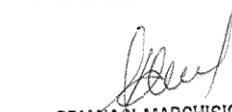
V

Por todo lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar a los recursos extraordinarios interpuestos y revocar el fallo apelado a fin de que, por intermedio de quien corresponda, se dicte uno nuevo de acuerdo a derecho.

Buenos Aires, 27 de febrero de 2018.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación