



ABOGACIA

TRABAJO FINAL DE GRADUACION

NOTA A FALLO – PERSPECTIVA DE GÉNERO

Hacia una efectiva aplicación de un razonamiento jurídico con perspectiva de género

“R.F.A. S/Abuso sexual simple”, Expte. N° 699-2019. Excmo. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Tomo VI-Folio 1057/1078 de fecha 14/10/2020.

Nombre y apellido: Gloria Viviana SOTELO

DNI: 25.736.477

Legajo: VABG 60217

Tutor: Nicolás Cocca.

Córdoba, Argentina - 2021

Sumario: I. Introducción. II. Plataforma fáctica, historia procesal y resolución. III. Ratio Decidendi. IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. V. Postura de la autora. VI. Reflexiones finales. VII. Referencias.

I. Introducción

El fallo bajo estudio resulta de gran valor, por cuanto representa una interpretación con una mirada más amplia tendiente al equilibrio, con base a los estándares más rigurosos en perspectiva de género a favor de la presunta víctima y garantías constitucionales que le asisten al imputado.

La sentencia producida por el Excmo. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, en autos caratulados: “R.F.A. S/Abuso sexual simple” de fecha 14/10/2020, se considera relevante para el desarrollo del tema estratégico elegido “Cuestiones de Género”, para ello destacaremos los aspectos más centrales del fallo donde examina la tarea axiológica del tribunal *a quo*.

Los magistrados desarrollaron de manera acabada una valoración de todo el plexo probatorio no solo de los dictámenes periciales contradictorios, objeto principal del agravio formulado por la querrela.

Se advertirá en la resolución un problema jurídico de tipo axiológico. Dworkin (2004), dice que este problema se da cuando hay una contradicción o choque entre una regla y un principio superior del sistema y que los jueces deben ponderar para arribar a una solución. Aquí se ve un claro conflicto entre el principio de no discriminación, interés superior de la niña y el derecho a ser oído receptado en la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849, 1990), y el principio *in dubio pro reo* de la sentencia del Tribunal *a quo* que absuelve al imputado del delito sexual cometido hacia la menor de edad.

II. Plataforma fáctica, historia procesal y resolución

La plataforma fáctica de esta sentencia describe un hecho configurado en un abuso sexual agravado (art. 119 párrafo 1° y 4° incs. b y f del Código Penal), que habría sido producido por F.A.R. –en adelante imputado– en contra de una menor de edad Z –desde aquí víctima–. Ante esto, su madre denuncia este delito y con fecha 13 de noviembre de 2018, el Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Sur absolvió sin costas al imputado en orden al delito ocurrido.

A partir de lo resuelto por el tribunal *a quo* en carácter de parte querellante la Sra. C.M.A. –madre de la víctima– por derecho propio, en nombre y representación de su hija y con el patrocinio letrado del Dr. Carlos Alberto Alfonzo, interpone recurso de casación ante el Tribunal Superior de la provincia de Tierra del Fuego. Argumentaron que el *a quo* absolvió al imputado porque se naturalizó la vida que llevaba la víctima en torno a conductas como sexo explícito y desnudez. La sentencia es carente de fundamentación adecuada, aduce que el Tribunal valoró la prueba producida de manera arbitraria, ya que omitió efectuar un examen integral del conjunto probatorio, direccionándose hacia la pericia oficial en desmedro de la versión de la niña Z., concretamente que la sentencia se sustenta solamente en el informe pericial de la Lic. Zamar.

La resolución del Superior Tribunal de Justicia es rechazar el recurso de casación interpuesto por la parte querellante contra la sentencia absolutoria por voto en mayoría de los Dres. Javier Darío Muchnik, Carlos Gonzalo Sagastume y quedando en minoría el voto de la Dra. María del Carmen Battaini.

III. Ratio Decidendi

Para sentenciar en la forma en que lo hicieron, el STJ rechaza el recurso interpuesto por la querellante de manera mayoritaria. Los Dres. Muchnik y Sagastume sostuvieron que de acuerdo con el estudio del caso no omiten las características particulares del mismo, es decir tienen en cuenta la doble condición de vulnerabilidad de la niña de autos, en razón de su edad y género.

Los magistrados entienden el compromiso de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, en esa línea de pensamiento citan los instrumentos legales de jerarquía constitucional especializado en la materia receptados en la CN, como la Convención de Belem do Pará (Ley 24.632, 1996), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 23.054, 1984) y la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849, 1990).

Al momento de evaluar los puntos de agravio propuestos por la parte querellante, los Dres. Muchnik y Sagastume expresan que hay falencias. Con motivo de aplicarse el estándar de la perspectiva de género, los magistrados discurrieron que corresponde “flexibilizar” el molde rígido propio del recurso.

Consideran que de los testimonios vertidos en la causa, desde la denuncia, el informe pericial psicológico elaborado por la Lic. Marina C. Zamar, sumado el relato de

la niña Z. brindado en la cámara Gesell, en el cual no pudo identificar los lugares precisos de los hechos y tiempos relativos; e igualmente precisar algún detalle importante o reproducir interacciones con el supuesto agresor sexual. Aquí hay un caso de duda absoluta y en este caso los elementos se balancean hacia la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Por su parte, el Dr. Sagastume expresa que la querrela efectuó una incisiva consideración de la contradicción entre los dictámenes periciales psicológicos practicados a la niña. Pero que en relación al recurso el mismo no contempla los demás medios probatorios producidos, los cuales son importantes, examen minuciosamente realizado por el Dr. Muchnik.

Por otro lado, en el fallo se examina la disidencia de la Dra. María del Carmen Battaini, quien tiene presente que el caso amerita ser juzgado con perspectiva de género y niñez, dado que en la causa se tiene como posible víctima a una niña menor de edad. Para ello la magistrada desarrolla amplia doctrina y jurisprudencia en relación a la temática antes mencionada, que atiende a esta doble situación de vulnerabilidad. Entiende que los fundamentos desarrollados por la instancia de merito para brindar mayor relevancia probatoria a la pericia de la Lic. Zamar encuentra sustento en dos direcciones: en relación a la modalidad de intervención de cada profesional y la segunda en los antecedentes vivenciales de la niña Z.

La Dra. Battaini se aparta del criterio adoptado por el Tribunal de Juicio, en ponderar el informe de la perito oficial por sobre el de la Lic. Padilla, por cuanto la nombrada profesional no actuó como perito de parte, sino que como sostuvo el mismo Tribunal lo fue con fines terapéuticos con la niña Z.

Concluye y asiste razón a la casacionista, sosteniendo que el Tribunal *a quo* no posee parcialidad y justificaciones compatibles con los derechos consagrados mediante la Convención de los Derechos del Niño, apartándose de ciertos estándares internacionales en materia de Derechos Humanos, teniendo en cuenta que la presunta víctima se encuentra en una doble situación de vulnerabilidad al ser mujer y menor.

Asimismo, en lo resuelto por el Superior Tribunal de Justicia ordenan mantener vigente el temperamento protectorio manifestado en el pronunciamiento por el Tribunal de Juicio con relación a la intervención de la asesoría pupilar, debiéndose en ese ámbito – determinar y establecer los mejores recursos de acción para el abordaje de la problemática que vivenció la menor y su núcleo familiar.

IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

La jerarquía constitucional adquirida por los tratados internacionales en la última reforma de nuestra Constitución Nacional allá por el año 1994 prescriptos en el artículo 75 inciso 22; normativa convencional que impulsó cambios significativamente importantes en nuestra legislación interna.

En esta oportunidad se mencionan aquellos tratados internacionales de derechos humanos, que resultan de mayor pertinencia para atender la doble situación de vulnerabilidad en razón del género y edad, es decir mujer y niña, que surge como consecuencia de la cuestión ventilada en autos abuso sexual infantil (A.S.I). Por consiguiente, nos detenemos en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o más conocida como “Convención de Belem do Pará” (Ley 24.632, 1996) la cual dispone que los Estados partes deben tener una legislación interna sobre normas penales, civiles, administrativas, así como las de otra naturaleza, que sean necesarias para proteger a la mujer de manera integral.

En tal sentido es que nuestro Estado Argentino con el objetivo de dar cumplimiento a lo establecido en el tratado antes mencionado procede con la sanción de la Ley Nacional N° 26.485 de Protección Integral para las Mujeres en los Ámbitos que Desarrollen sus Relaciones Personales (Ley 26.485, 2009).

Sin embargo, fue necesario y desde mi opinión personal un poco tardía, la sanción de la Ley Nacional N° 27.499 denominada “Micaela” (Ley 27.499, 2018), en memoria de la joven Micaela García de 21 años de edad, quien en vida fuera participante activa del colectivo femenino llamado “Ni una menos”, quien fuera violada y asesinada en Gualeguay, provincia de Entre Ríos en el año 2018, por Sebastián Wagner, quien había estado preso por abuso sexual, habiendo sido liberado días antes del femicidio de Micaela.

La presente ley tiene como objetivo la capacitación obligatoria en la temática género y violencia contra las mujeres destinada para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en sus tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Convirtiéndose en una herramienta legal de suma importancia en cuanto a la sensibilización e instalación de la temática en la sociedad argentina. Contribuyendo de esa manera con la obligación que asumió el Estado oportunamente.

Como ya se indicará más arriba, se encuentran vulnerados derechos que tienen como sujeto a una niña por consiguiente el mismo debe ser analizado, bajo la óptica de las garantías consagradas en la “Convención de los Derechos del Niño” (Ley Nacional N° 23.489, 1990) como así también la Ley Nacional de “Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes” para ser más específico en su artículo N° 3 donde prescribe que se entiende por “Interés Superior del Niño”.

Adentrándonos en los antecedentes jurisprudenciales que resultan de valioso aporte para nuestro fallo sometido en análisis, mencionamos la sentencia “López, Anita Quirina y otro p.s.s.a.a. homicidio calificado por el vínculo – Recurso de Casación” (TSJ, Cda. 2688657, 2020) donde se alega que la misma es recurrida por ser contraria a las reglas de la sana crítica racional, que la duda que pesaba en cuanto a la participación de la Sra. Anita López como autora mediata del delito que se le imputó, debió inclinarse la balanza hacia la desincriminación debido al peso constitucional del principio *in dubio pro reo*.

Dado que en la causa hubo una total falta de elementos para alcanzar la certeza sobre la culpabilidad asistiéndole el estado de inocencia. Trabajo que llevó a los magistrados a examinar si la sentencia tenía una debida fundamentación al rechazar que la acusada haya sido víctima de violencia de género y víctima de una agresión ilegítima con ese significado proveniente de su pareja. Para concluir finalmente que el error central del tribunal *a quo* es haber omitido valorar la situación de violencia de género de la que era víctima la Sra. Anita López –o de violencia sistemática y bidireccional, como así también su vulnerabilidad en el orden de lo psicológico y social. Haciendo lugar al recurso de casación.

Asimismo, se destaca la sentencia en “A.M.A. y otro vs. Sucesores de T.L.O y otros s. Ordinario CCCF” (Cam. Apel. C.C.F., 6036/30, 2020) la cual se ha ajustado a los estándares internacionales y jurisprudenciales atendiendo así la doble situación de vulnerabilidad (niña- mujer) que se verifica en la causa, donde existió una clara desigualdad de poder, donde la víctima se ubica en una posición de inferioridad y sumisión respecto del victimario, se tienen en cuenta los testimonios vertidos por los vecinos, allegados a la familia y/o parientes de la víctima y la pericia psicológica, se hace mención a la posición adoptada por TSJ de la provincia de Córdoba, frente a casos similares: delitos contra la integridad sexual, donde el testimonio de la víctima aparece como la prueba dirimente, puesto que esta clase de hechos suele cometerse en ámbitos de intimidad, ajenos a las miradas de terceros y en ámbito de confianza. En la referida

resolución del tribunal hago suyas las palabras del Dr. Domenech expresa que la demandante, como mujer víctima de violencia de género es una persona en condición de vulnerabilidad que requiere un rol activo de los tribunales siendo necesario el juzgamiento de la cuestión con perspectiva de género.

La CIDH, en ejercicio de sus funciones de promoción y de veedor del cumplimiento de los derechos humanos ratificados por la Convención Americana, ha elaborado informes sugiriendo que los Estados partes deben diferenciar los derechos humanos de las niñas y adolescentes, de los derechos de la mujer. Ello a fin de identificar los desafíos específicos que enfrentan las niñas y tomar medidas de protección con un enfoque diferenciado, en esa línea la Comisión considera que el principio de igualdad de género se basa en eliminar la situación de desequilibrio entre hombres y mujeres, existente como resultado de construcciones históricas, sociales, culturales, políticas, económicas y jurídicas, basadas en modelos patriarcales y en profundo estereotipos de género. De allí que los Estados tienen el deber de incorporar una perspectiva de género en la adopción de políticas públicas, considerando la discriminación histórica y los estereotipos que han afectado a las mujeres, niñas y adolescentes. Bajo esa perspectiva debe realizarse esa investigación y juzgamiento de todos los casos de violencia contra las mujeres, niñas y adolescentes (Medina y Yuba, 2020).

Casas (2019), hace mención a la jurisprudencia de la Corte, en lo que respecta a la prueba del delito de violación o de abuso sexual, los estándares probatorios fueron modificándose, no quiere decir esto que fueron flexibilizándose sino que se analizaron con perspectiva de género, atendiendo al delito en tratamiento en el cual generalmente no hay testigos ajenos a la víctima y al victimario que observen al hecho delictivo... y es así que en este tipo de delito adquiere relevancia la voz de la víctima y se le otorga credibilidad a su palabra junto con otros elementos de prueba.

En palabras de profesionales que abordan la problemática aquí presente Abuso Sexual Infantil, en especial respecto a la credibilidad del testimonio de la víctima, recordemos que el tema central del agravio planteado por la querrela en el fallo que analizamos es justamente la descalificación realizada al testimonio de la niña de autos, justificando su comportamiento debido a las circunstancias de vida y contexto familiar, en este sentido, en dicha obra dicen que hablar del menor como testigo y como víctima de abuso sexual, es hablar del estereotipo preconcebido a lo largo de la historia sobre la credibilidad en sus palabras así como de los hechos que narran, de sus capacidades

cognitivas para expresarse lingüísticamente. Para recordar hechos, no dejarse influenciar y/o suggestionar por terceras personas, para demostrar que saben distinguir la fantasía de la realidad, así como la verdad de la mentira. También refieren a la memoria en los niños, que puede que recuerden los eventos con menos detalles que los adultos, lo que no quiere decir que proporcionen datos incorrectos, sino que dan menos información a preguntas abiertas, especialmente en edades inferiores a los cinco 5 años, cuando los niños tienen un recuerdo menos completo.

Por otra parte, en cuanto a la diferencia entre fantasía y realidad, las investigaciones que se han realizado sobre el tema y como indica la psicología evolutiva, un niño no puede fantasear sobre algo que esta fuera de su campo de experiencia. Cuando un niño, describe detalles íntimos y realistas sobre una actividad sexual no hay justificación para atribuirlo a su imaginación (Morales García, Jiménez y Blázquez Fernández, 2001).

Al día de la fecha los profesionales en psicología desarrollan trabajos sobre conceptos como verosimilitud, credibilidad de la declaración testimonial de las víctimas de ASI, en el ámbito de cámara Gesell; donde se le solicita al profesional interviniente efectuar una valoración sobre el relato brindado. Ahora bien esta valoración que realiza el psicólogo forense que se refiere exclusivamente al análisis del testimonio, corre el riesgo de ser considerada una sentencia probatoria de los hechos. (Norry C. y Mattera F., 2020).

Para ir finalizando este apartado y retomando el problema jurídico presentado en la introducción, dice Dworkin, los principios colisionan (intersec) como estándares para dar respuesta a un caso, y el uso de unos de ellos responde a la importancia y/o al peso que se les atribuye. Pero, agrega, tal atribución por parte de los jueces no es el resultado de una exacta medición de modo tal que la afirmación, para decidir un caso, de que un determinado principio es más importante, o que tiene más peso, que otro, es controvertido (Díaz, 2017).

V. Postura de la autora

Expuesto el fallo elegido en este trabajo anticipo que coincido con el criterio adoptado por la Dra. María del Carmen Battaini, voto que quedó en minoría, en cuanto consideró que el Tribunal *a quo* se apartó de ciertos estándares internacionales en materia de Derechos Humanos, para juzgar conforme a la especial doble condición de la vulnerabilidad en razón del género y edad de la víctima.

Para arribar a esta postura surge la siguiente pregunta, ¿Pero qué es juzgar con perspectiva de género?, interrogante que también se invita al lector del presente trabajo a preguntarse, es allí donde nos encontramos con nutrida doctrina al respecto, sin embargo lo más relevante aquí es tener presente que es una categoría analítica que cuestiona los estereotipos y elabora nuevas construcciones sociales más justas e igualitarias; con el fin de evitar todo trato discriminatorio hacia la mujer por el solo hecho de serlo.

Siguiendo con este análisis se destaca el reciente trabajo de Medina y Yuba (2021), en el cual las autoras sostienen que los jueces tienen el imperativo constitucional y supranacional de hacer efectiva la igualdad, porque los magistrados no pueden ignorar la existencia de patrones socioculturales y en consecuencia no pueden decidir este tipo de cuestiones como si fuera un caso en el cual se definen los derechos de dos hombres o de dos empresas, sino que debe juzgarse con perspectiva de género.

Quien suscribe la presente reflexiona en el siguiente sentido, cuando los niños, niñas ingresan a la esfera judicial y máxime a un proceso penal peligra el tan mentado cambio de paradigma que propugna la CDN, de ser considerados “Sujetos de Derechos” a pasar a ser un “Objeto de Prueba”, esta disyuntiva no es contemporánea.

A partir de lo enunciado anteriormente, se puede inferir que teniendo en cuenta la numerosa doctrina basada en el estudio de este tipo de delito penal, se postula, que el hecho fáctico en cuestión se hace invisible a las miradas de posibles testigos, circunscribiéndose el mismo al ámbito del perpetrador y la víctima.

Lo que antecede, permite decir que el testimonio de una víctima de ASI y todos los elementos probatorios que se incorporen en un proceso penal de estas características, deben ser analizados con perspectiva de género, si esto no fuera así, podría inclinarse la balanza de la justicia a favor del imputado, generando esta situación desigualdad y discriminación hacia la víctima. Es en este sentido donde debe anclar la “debida diligencia”, (el entrecomillado me pertenece) con la cual deben actuar todos los operadores jurídicos durante el proceso judicial, con el fin de no omitirse el marco normativo protectorio en derechos que le asiste a las infancias, atentos a su condición de sujetos vulnerables.

Para ello se debe aunar todos los esfuerzos en dar cumplimiento a la Ley Micaela (Ley N° 27.499, 2018) la cual dispone en su Artículo N° 1, la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres, para todas las personas que se desempeñan en la función pública en cualquiera de sus tres poderes.

En armonía con lo sostenido en el párrafo anterior, se considera pertinente que los operadores jurídicos y judiciales deban poseer una educación integral y sucesiva respecto a la perspectiva de género, a fin de contemplar en sus prácticas cotidianas todos los estándares de Derechos Humanos y el Interés Superior del niño, niña y adolescente, sin que peligre su efectiva aplicación por miedo a vulnerar garantías que le asisten al imputado. Para ello nuestro Derecho Penal se debe un largo camino a transitar, pero entendiendo que el mismo se ha iniciado.

VI. Reflexiones finales

Los fundamentos expresados en el fallo representan un desarrollo imparcial, equitativo de los principios y reglas en pugna, teniendo en cuenta las normas supranacionales existentes en la materia para atender casos como el que nos ocupa donde se encuentra una doble situación de vulnerabilidad en razón del género y de la niñez.

En el presente trabajo se puso especial énfasis sobre la valoración del testimonio de la víctima de A.S.I, que efectuara los miembros del alto tribunal, en donde se destaca la lesión que ocasiona este tipo de delito penal, en uno de los bienes jurídicos máspreciado que puede tener una persona, el de la integridad sexual. Para ello, se realizó un recorrido por las normas supranacionales y nacionales que rigen en la materia, para atender la doble situación de vulnerabilidad que la asiste a la víctima en razón de su género y edad.

Se sumaron al análisis desarrollado en la presente, a fin de disipar el problema jurídico detectado en nuestro fallo de tipo axiológico, sentencias destacadas en las cuales se observaron la efectiva implementación de la perspectiva de género, que proporcionaron un valioso aporte para la comprensión del lector, puesto que puede abundar en la actualidad información sobre dicha temática, pero al final del camino dejar más dudas que certezas.

Por todo lo expuesto invito al lector a ser participante activo para la erradicación de estereotipos que generan desigualdad e inequidad contribuyendo de esa manera en la construcción de una sociedad que aloje a las generaciones actuales y las futuras libres de pensamientos arcaicos.

VII. Referencias

Legislación

- Constitución de la Nación Argentina. Honorable Congreso de la Nación. Boletín Oficial, 15 de diciembre de 1994.
- Ley 26.485. Protección integral a las mujeres. Honorable Congreso de la Nación. Boletín Oficial, 11 de marzo del 2009.
- Ley 23.849. Convención sobre los Derechos del Niño. Honorable Congreso de la Nación. Boletín Oficial, 27 de septiembre de 1990.
- Ley 24.632. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer: Convención de Belem do Pará. Honorable Congreso de la Nación. Boletín Oficial, 13 de marzo de 1996.
- Ley 23.054. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Honorable Congreso de la Nación. Boletín Oficial, 1 de mayo de 1984.
- Ley 27499. Ley Micaela, 19 de diciembre de 2018.

Doctrina

- Casas, L. J. (2019) Nuevos estándares en violencia de género y el deber de debida diligencia: perspectiva de género y derecho penal. Recuperado de: L.L. AR/DOC/2697/2019
- Díaz, A. R. (2017) Hart, Dworkin: reglas y principios. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* N° 20.
- Dworkin, R. (2004). *Los derechos en serio*. (1er E.D.) Madrid: Ariel.
- Medina, G. y Yuba, G. (2020) Derechos Humanos. Recuperado de: RC D 2822/2020.
- Medina, G y Yuba, G. (2021) La violencia sexual contra las niñas. *Protección integral a las mujeres Ley N° 26.485*. (1er. Ed.) Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Morales García, M. L., García Jiménez, M. y Blázquez Fernández, M. S. (2001) Abuso infantil: credibilidad del testimonio. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1181495>
- Nallar, F. (2020) La perspectiva de género en la justicia. Cita: RC D 2746/2020.
- Norry C. y Mattera F. (2020) *Niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual y proceso judicial*. (1er. Ed.) Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbaire.

- Vargas, N. O. (s.f.). Violencia de género y estándar probatorio en el proceso penal. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/09/doctrina44062.pdf>
- CIDH. “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamerica”, OEA/Ser.L/V/II. Doc 63, 9-12-2011

Jurisprudencia

- T.S.J. Tierra del Fuego “R.F.A. S/Abuso sexual simple”. Fallo: 699-2019 (2020).
- T.S.J. Cba. “López, Anita Quirina y otro p.s.s.a.a. homicidio calificado por el vínculo” – Recurso de Casación Fallo: 2688657 (2020).
- Cam. Apel. C.C. Fam Villa María Cda. “A.M.A. y otro vs. Sucesores de T.L.O y otros” s. Ordinario CCCF” Fallo: 6036/30 (2020).