



**“LAS MUJERES VICTIMAS DE VIOLENCIA DE GENERO:
DETERMINACIÓN DE LA NORMA APLICABLE AL CASO”**

Fallo: Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Sanelli, Juan Marcelo s/ abuso sexual -art. 119, 3° párrafo”, sentencia del 4 de junio de 2020.

NOTA A FALLO

Carrera: Abogacía

Nombre de la alumna: Cintia Marisol González

Legajo: VABG88630

DNI: 33.987.533

Fecha de entrega: 14/11/2021

Tutora: María Belén Gulli

Año 2021

Seminario Final

4° entrega

Docente: Belén Gulli

Autos: “Sanelli, Juan Marcelo s/ abuso sexual -art. 119, 3° párrafo”.

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha de sentencia: 4 de junio de 2020.

Sumario: I. Introducción. –II. Premisa fáctica, historia procesal y decisión del Tribunal. –III. La *ratio decidendi* de la sentencia. –IV. Antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudencial. –V. Postura de la Autora. –VI. Conclusión. –VII. Referencias bibliográficas. –VIII. Anexo del fallo.

I. Introducción

En la presente nota a fallo analizaremos la violencia contra las mujeres con la finalidad de sistematizar los estándares nacionales e internacionales sobre violencia sexual. Jorge Buompadre (2021) define al abuso sexual como una agresión sexual violenta, distinta al acceso carnal, que es ejecutada sobre una persona contra su propio querer consciente. De tal definición, se pueden determinar los elementos que caracterizan los abusos sexuales: 1) una conducta abusiva de contenido sexual; 2) contacto corporal directo entre el agresor y la víctima; 3) que este contacto corporal afecte las partes sexuales del cuerpo de la víctima; no es suficiente la simple implicación del cuerpo del sujeto pasivo en una acción de contenido sexual, sino que debe mediar un contacto físico, y 4) ausencia de consentimiento en la víctima respecto del acto sexual en que se ve involucrada por la conducta del autor. Asimismo, sobre la materia, el poder legislativo sancionó diversas normativas a fin de garantizar el derecho de las mujeres ante dichos delitos mencionados precedentemente, entre ellas, destacamos las siguientes; ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, la Convención sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescentes, entre otras.

La tutela a estos derechos es nombrada en el fallo “**Sanelli, Juan Marcelo s/ abuso sexual -art. 119, 3° párrafo**” (CSJN, S. N° 873, 4/06/2020), el cual tuvo por objeto procesal los abusos sexuales que J. M. S. habría cometido en perjuicio de la hija de su pareja aprovechando la situación de convivencia.

A raíz de esto es que el problema jurídico que lo rodea es de relevancia, de indeterminación de la norma aplicable al caso. A este problema la doctrina lo ha definido de la siguiente manera:

Los problemas de relevancia o de determinación de la norma aplicable consisten en que no podamos determinar (al menos, con plenas garantías) cuál es la norma o normas aplicables al caso, no por desconocimiento del derecho, sino por ciertos problemas imputables al propio sistema jurídico. (Zorrilla, 2010, pág. 34)

En efecto, esta contradicción se materializa de la siguiente manera: la defensora general sostuvo que el a quo – al igual que la Cámara que llevó a cabo el juicio oral, omitieron 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 ley 26.485 de protección integral a las mujeres.

El análisis de este fallo resulta relevante ya que, a raíz de la inobservancia por parte del a quo de éstas normativas que invocan la defensa, los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación determinaron la norma que debía aplicarse para resolver la controversia, fundando su sentencia con perspectiva de género lo que sirve de fundamento en el futuro para casos análogos.

En la presente nota a fallo resaltaremos los puntos centrales que componen la misma, comenzando con la reconstrucción de la premisa fáctica, junto con su historia procesal, hasta lograr la descripción de la decisión del tribunal, para continuar con la reconstrucción de la *ratio decidendi* en la sentencia, hasta llegar a los antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudencial, continuando con la postura de la autora y finalizar con la conclusión.

II. Premisa fáctica, historia procesal y decisión del Tribunal

El presente juicio inicia a partir del requerimiento de elevación a juicio, el objeto procesal del mismo 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 los hechos el nombrado llevó a la menor de 10 años, hasta su cama, se quitó la ropa, le pidió que lo mirara y la tocó en sus zonas íntimas. En el segundo hecho, se produce cuando la menor tenía 12 años, el imputado la condujo hasta una cama, la tocó, se colocó sobre ella y la accedió carnalmente por vía vaginal. La niña expuso los hechos a un operador de promoción familiar y a la vice directora del colegio donde 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 casa de ellos.

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, que 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. Contra dicho pronunciamiento, la Defensora General de esa provincia y el apoderado de la querrela dedujeron sendos recursos extraordinarios que fueron concedidos. Los recurrentes coincidieron en alegar la arbitrariedad del pronunciamiento apelado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió declarar procedentes los recursos extraordinarios y dejar sin efecto la sentencia apelada.

III. La *ratio decidendi* de la sentencia del Máximo Tribunal

A fin de construir los argumentos centrales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación debe tenerse en cuenta que los mismo adhirieron a lo resuelto por el Procurador General de la Nación quien al dictaminar, sostuvo que el pronunciamiento apelado no cumplía los elementos para su condición de validez. En dicho aspecto, sostuvo que se debía poner de relieve la doble condición de la niña, tanto menor de edad como de mujer.

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 las 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. 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 (fallos 343:354).

En efecto, la opinión mayoritaria del *a qua* que coincidió con el tribunal de juicio al 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, el testimonio de la niña no resultaba creíble más allá de toda duda razonable para responsabilizar al imputado.

El tribunal de juicio, para arribar a dicha conclusión, consideró que el relato que la menor brindó en 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.

El procurador sostuvo que al haber hecho hincapié en dichos 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. 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", 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 (fallos 343:354).

En efecto, el Sr. Procurador sostuvo que no encontraba fundamento razonable en el pronunciamiento para negar significación al temor de la niña por las amenazas con las que el imputado le habría hecho para que no hablara de 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, sin más, desechó la lógica repercusión que esas advertencias habrían tenido en el ánimo de la menor".

En consecuencia, el procurador sostuvo 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.

IV. Antecedentes legislativos, doctrinario y jurisprudencial

En lo relativo al fallo bajo análisis sobre abuso sexual en contexto de violencia de género, siendo las mujeres las principales víctimas de este tipo de crímenes, es necesario ser coherentes con la normativa existente a nivel nacional e internacional destacando las siguientes: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres, para garantizar los derechos de las mujeres establecidos en los nombrados mecanismos jurídicos es necesario que los magistrados funden sus sentencias con perspectiva de género para evitar caer en análisis sesgados. La Convención de Belém do Pará en su art. 7, inc. b., establece que:

Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

Para comprender el concepto de víctima explicaremos dicho concepto el cual la doctrina la define de la siguiente manera: “La victima es la persona que padece un sufrimiento físico, psicológico y social a consecuencia de la violencia de una conducta agresiva antisocial” (Alegre & Sala, 2016, pág. 69). En ese marco, la jurisprudencia ha marcado una tendencia evolutiva en cuestiones de género como es el caso del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba en la causa “L., A. Q – L., M. G. s/ causa con imputados”, sentencia del 12 de noviembre del año 2020, donde los magistrados fundaron su sentencia con perspectiva de género, absolviendo a A.Q.L. (imputada) por considerar que la misma había actuado en legítima defensa, para arribar a dicha decisión los jueces aplicaron el principio *in dubio pro reo* del art. 18 de la Constitución Nacional y la Convención de Belén do Pará ya que la mujer había sido víctima de violencia de género.

Siguiendo la línea argumental Pérez y Santinelli (2020), establecen que según la ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos donde desarrollen sus relaciones interpersonales, la violencia sexual se define como “cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho a la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva”.

En el plano internacional señala Lanzilotta (2020) que los hechos de violencia contra la mujer, que se investigan en sede penal son definidos por la Convención de Belém do Pará en su artículo 2, y en el artículo 5 de la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos donde desarrollen sus actividades interpersonales.

En este sentido cabe poner de resalto lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa caratulada “R., C. E. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 63.006 del Tribunal de Casación Penal, sala IV”, de fecha 29 de octubre de 2019, donde la mujer acusada de matar a su expareja fue absuelta por el más alto tribunal del país, quienes para arribar a dicha decisión fundaron su sentencia con perspectiva de género. En ese sentido Grafeuille (2021) sostiene que es indispensable que los magistrados procedan a introducir la perspectiva de género en sus pronunciamientos, formulando un abordaje que atiende al Estado de desigualdad real en que se hallan sumidos quienes transitan existencias vinculadas a la feminidad.

En este sentido Bramuzzi (2019) sostiene que, desde el punto de vista normativo y jurisprudencial, se ha logrado un avance notable en la igualdad entre mujeres y varones en el Estado argentino. Concretamente, la Argentina ha asumido un fuerte compromiso con los derechos de género al ratificar diversos instrumentos internacionales, como la incorporación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Los hechos del caso deben ser considerados a la luz de una mirada normativa que garanticen el derecho de la mujer que son víctimas de violencia de género. Entre ellos se encuentran la ley de protección integral contra la mujer 26.485 y la aplicación de la Convención de Belén do Pará. Como lo sostiene Gastaldi y Pezzano (2021) la exigencia de aplicar la perspectiva de género en el derecho y particularmente en la actividad judicial, implica incorporar valoraciones políticas, morales o ideológicas al derecho.

V. Postura de la autora

Estoy de acuerdo en la postura adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que declaró procedente los Recursos Extraordinarios y dejó sin efecto la sentencia apelada. Los recurrentes alegaron la arbitrariedad de la sentencia de la instancia inferior, expresando que se encuentra apoyada en afirmaciones dogmáticas y estereotipos, haciendo una valoración parcial y aislada de los elementos de prueba. Además, la opinión mayoritaria desatendió diversos tratados internacionales en relación a que en los hechos encontramos víctimas menores de edad que también fueron víctimas de violencia de género.

Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para decidir fundaron su sentencia con perspectiva de género de acuerdo a lo prescripto en la Convención de Belén do Pará que en su artículo 1 establece: “que se entiende por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Y la ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres en su artículo 4 expresa que:

Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes.

Con la aplicación de dichas normas los magistrados del alto cuerpo de la Nación dejaron en claro que, en todo momento se resguardó el derecho de las mujeres víctimas de violencia de género y se buscó la eliminación, sanción y erradicación de la violencia contra las mismas del ámbito de su vida.

VI. Conclusión

Para cerrar con nuestra nota a fallo resaltaremos nuestro desacuerdo en la decisión del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, que, por mayoría, rechazó los recursos de casación interpuestos por la Defensora de Menores e Incapaces y por 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. Contra dicho pronunciamiento, la Defensora General de esa provincia y el apoderado de la querrela dedujeron sendos recursos extraordinarios que fueron concedidos. Los recurrentes coincidieron en alegar la arbitrariedad del pronunciamiento apelado.

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, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer previsto en la Convención de Belém do Pará y en la ley 26.485 de Protección Integral contra las Mujeres.

El caso tuvo como eje principal el problema jurídico de relevancia, donde la Defensora General sostuvo que el *a quo*, al igual que la Cámara omitieron considerar las conductas atribuidas como un caso de violencia e incumplieron la normativa vigente. Fue la Corte Suprema de Justicia de la Nación que resolvió el problema jurídico al declarar procedentes los recursos extraordinarios y dejar sin efecto la sentencia apelada garantizando de esta manera los derechos de las mujeres que fueron víctimas de violencia de género en el caso bajo análisis.

VII. Referencias bibliográficas

Doctrina

Alegre, J. R., & Sala, A. R. (2016). *Código Procesal Penal de la Provincia de Formosa. Comentado y Explicado*. Resistencia, Chaco: ConTexto.

Buompadre, J. (2021). *Derecho Penal - Parte Especial*. Resistencia - Chaco: ConTexto.

Bramuzzi, G. C. (2019). *Juzgar con perspectiva de género en materia civil*, 19 de Junio de 2019, Disponible en: www.saij.gob.ar Id SAIJ: DACF190109.

Grafeuille, C. E. (2021). La perspectiva de género como parámetro insoslayable a la hora de emitir un veredicto judicial. *Thomson Reuters - La Ley Online*, 3.

Gastaldi, P., & Pezzano, S. (2021). Juzgar con perspectiva de género "Desigualdad por razones de género" como propiedad relevante en la toma de decisiones judiciales. *Revista Argumentos*, 38.

Lanzilotta, S. (2020). Suspensión del proceso a prueba en casos de violencia de género. *Thomson Reuters - La Ley Online*, 1.

Pérez, B., & Santinelli, M. G. (2020), *Violencia sexual en contextos represivos en el marco del derecho penal internacional: valoración de la prueba*. Recuperado de: Microjuris.com.

Zorrilla, D. M. (2010). *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, s.a.

Legislación

Constitución Nacional Argentina (Const. Nac. Reformada 1994).

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belén do Para”, adoptada el 9 de junio de 1994, Vol. A-61.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, promulgada el 27 de mayo de 1985.

Ley N° 26485. Ley de Protección Integral a las Mujeres, B.O. del 20/07/2010.

Jurisprudencia

C.S.J.N., “R., C. E. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 63.006 del Tribunal de Casación Penal, sala IV”, sentencia del 29 de octubre de 2019, disponible en: SAJJ: FA19000143.

C.S.J.N., “Sanelli, Juan Marcelo s/ abuso sexual -art. 119, 3° párrafo”, sentencia del 4 de junio de 2020.

TSJ de Cordoba, L., A. Q – L., M. G. s/ causa con imputados”, sentencia del 12 de noviembre del año 2020.

VIII. Anexo del fallo

CSJ 873/2016/CS1 .

Sane 11 i, Juan Marcelo
s/ abuso sexual -art. 119,
3^o párrafo—.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Buenos Aires, 4 de junio de 2020

Vistos los autos: "Sane 11 i, Juan Marcelo s/ abuso sexual —art .
119, 3^o 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. .


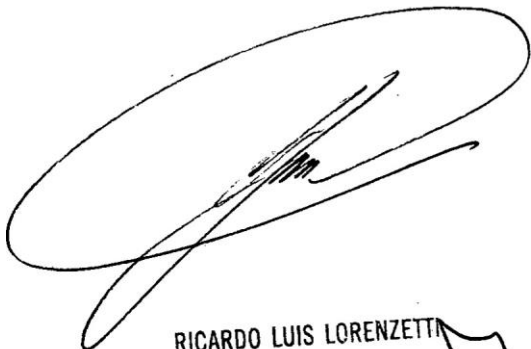
Por ello, en atención al estado de las
presentes actuaciones se resuelve:

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

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,


-1-

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



RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



JUAN CARLOS MAQUEDA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

-2-

CSJ 873/2016/CS1

Sanelli, Juan Marcelo s/ abuso sexual —art . 119, 3^o párrafo-.

Recursos extraordinarios interpuestos por el Dr. Guillermo F. Campano , apoderado de la parte querellante (F. A. C.) , y por la Dra. María Rita Custet LLambí, 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 Sane11i; por la parte querellante el Dr. Guillermo F. Campano y por la Dra. María Rita Custet Llambí, 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.

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 querrela dedujeron sendos recursos extraordinarios (fs. 591/610 y fs. 611/632, respectivamente) que fueron concedidos (fs. 656/658).

11

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.

De acuerdo con el requerimiento de juicio (fs. 267/268), el objeto procesal en el sub examine consiste en los abusos sexuales que 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.

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 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^o 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 Riffó 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

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^o 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,

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 González 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 desgarramiento 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

—

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, parágrafo 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 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.

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", 51 1 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^o, 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.

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 09/de febrero de 2018.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL



ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación

