

# SEMINARIO FINAL ABOGACÍA



## LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO ELEMENTO PROBATORIO RELEVANTE EN CASOS DE ABUSO SEXUAL INFANTIL

**Carrera:** Abogacía

**Nombre y apellido:** Lidia Marisol Paula, Valdez

**DNI:** 25.334.320

**N° Legajo:** VABG67051

**Fecha de entrega:** 14 de noviembre 2021

**Módulo:** Entregable 4

**Nombre del tutor:** Dr. Nicolás, Cocca

**Tipo de producto:** Modelo de Caso

**Tema:** Cuestiones de género

**Autos:** "S, J M s/ abuso sexual -art. 119 3° párrafo-"

**Tribunal:** Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)

**Fecha de la sentencia:** 4 de junio de 2020.

**SUMARIO:** I. Introducción II. Premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal III. Ratio decidendi IV. Antecedentes legislativos, jurisprudenciales y doctrinarios V. Postura de la autora VI. Conclusión VII. Bibliografía

## **I. Introducción nota a fallo**

Para la presente nota a fallo se ha elegido la sentencia “S, J M s/ abuso sexual - art. 119 3° párrafo-” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), la cual tiene fecha 4 de junio de 2020. El fallo en cuestión versa sobre un delito de abuso sexual agravado por el acceso carnal hacia una menor de edad, donde los tribunales inferiores no han tomado la declaración de la víctima en cámara Gésell ni valorado las pruebas con perspectiva de género. Los casos vinculados con menores y, en particular, cuando se trata de niñas deben ser abordados con celeridad y concretar una respuesta jurídica rápida; es una necesidad actual, en este sentido, este trabajo cuenta con relevancia, tanto jurídica como social. Las nuevas legislaciones sobre género hacen que este tipo de casos debieran tener preeminencia, toda vez que se abordan desde una perspectiva de género, es decir teniendo en miras la vulnerabilidad en la que se encuentran, sobre todo, en lo que atañe a ataques a su integridad sexual. En este fallo se ve plasmado que no fue tomada la declaración de la menor como prueba fehaciente, siendo la misma relativizada y descartada. Considero pertinente y apropiado que el hecho haya llegado a la máxima instancia, CSJN, por no respetar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y debido proceso.

La sentencia bajo análisis cuenta con un problema jurídico de prueba. En este sentido, la discusión central gira alrededor de cómo probar el ataque sexual del cual la menor de edad ha sido víctima, y cómo valorar las declaraciones ofrecidas por la niña en la Cámara Gesell. Ello, toda vez que, en instancias anteriores, han descartado la declaración de la víctima por contar con ciertas contradicciones.

## **II. Hechos de la causa, historia procesal y resolución del tribunal**

Respecto a los hechos de la causa, el objeto procesal 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 de edad) 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.

En cuanto al recorrido procesal, 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. 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. Respecto a la resolución de la CSJN sostuvo declarar procedentes los recursos extraordinarios y dejar sin efecto la sentencia apelada. Firmaron la sentencia los jueces Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda y Ricardo Luis Lorenzetti.

### **III. Ratio Decidendi**

La Corte ha sostenido que, si bien la apreciación de la prueba constituye facultad propia de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria, el máximo tribunal puede conocer en los casos cuyas particularidades hacen excepción a esa regla con base en la doctrina de la arbitrariedad, a la luz de hacer valer las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso. De esta manera, la Corte ha puesto de relieve la doble condición de la niña, tanto de menor de edad como de mujer, que la vuelve particularmente vulnerable a la violencia. Ha indicado como referencia y antecedente jurisprudencial la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), “Campo Algodonero - vs. México”, sentencia del 16 de noviembre de 2009.

En relación con las características particulares de la situación en que se encuentra el menor de edad, dicho tribunal internacional expresó que, en pos de garantizar el 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 sobre derechos humanos señala que debe recibir “medidas especiales de protección”.

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 (en adelante, CNNA), contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser oído de niñas y niños, con el objeto de que su intervención se ajuste a las condiciones y no redunde en perjuicio de su interés genuino.

Por otra parte, y siendo que estamos en presencia de un caso de violencia sexual, la CSJN ha indicado que las agresiones sexuales se caracterizan 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. La CSJN, 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. Reconstruyendo los hechos de la causa, la CSJN mostró que el 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, el testimonio de la niña no resultaba creíble más allá de toda duda razonable para responsabilizar a S. Para arribar a esa conclusión, el tribunal inferior indicó 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.

Haber hecho hincapié en esos aspectos -el supuesto desinterés, hipotéticas contradicciones y la omisión de detalles que ni siquiera se ocupó de particularizar- el voto de la mayoría se apartó de los estándares internacionales mencionados para el juzgamiento de esta clase de hechos. Así las cosas, la sentencia se armó sobre afirmaciones dogmáticas sobre el desinterés que supuestamente exhibió la niña en la cámara Gesell y la falta de detalles sobre los hechos denunciados. En este sentido, se resalta que 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. Sobre ello, la CSJN ha manifestado que constituye un mero estereotipo basado en el género y la edad.

El razonamiento de la CSJN concluye que el concepto “más allá de duda razonable” es, en sí mismo, probabilístico y, por lo tanto, no es una duda posible, del mismo modo que no lo es una duda extravagante o imaginaria. En consecuencia, el fallo no constituye derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso, y debe ser descalificado como un acto jurisdiccional válido. Por último, sostuvo que ese defecto adquiere especial significación teniendo en cuenta el compromiso de actuar con la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer plasmado en la Convención de Belém do Pará (artículo 7º, primer párrafo).

#### **IV. Antecedentes legislativos, jurisprudenciales y doctrinarios**

##### **IV. 1 El delito de abuso sexual a menores y la importancia de la declaración de la víctima del delito**

El art. 119 del Código Penal establece como víctima de abuso sexual a los menores de 13 años, atento a la falta de capacidad que el infante posee a fin de consentir el contacto sexual. Los menores de 13 años carecen *iure et de iure* de cualquier tipo de posibilidad de consentir o asentir una relación sexual con otra persona mayor de edad (Bentivegna, 2016). El artículo expresa textualmente:

“Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) 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 (6) a quince (15) 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” (Artículo 119, C.P)

A su vez, el artículo culmina aclarando que, en los casos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si, entre otras cuestiones, “f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo” (Art. 119, C. P)

Ahora bien, la doctrina discute respecto al bien jurídico tutelado en dicho artículo. Bentivengna (2016) sostuvo que, cuando estamos en presencia de menores de edad y demás incapaces, el bien jurídicamente protegido por el derecho penal argentino es la indemnidad sexual. Se debe tener en cuenta que la libertad sexual de las personas se encuentra restringida hasta alcanzar la mayoría de edad -18 años-. Por debajo de los 13 años de edad, hay una prohibición absoluta de mantener contactos sexuales con dichos menores de edad. En lo atinente al sujeto activo de este delito, el autor puede ser tanto un hombre como una mujer.

Respecto a la normativa protectoria, contamos con la Ley para Prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer previsto en la Convención de Belém do Pará, por un lado; y la Convención sobre los Derechos del Niño, por el otro. Ello, por cuanto, el género de víctima, es decir, una mujer, debe ser tenido en cuenta toda vez que reconocemos un compromiso del Estado Nacional por erradicar la violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados se comprometen a aplicar perspectiva de género. La perspectiva de género, entendida como un instrumento cuya finalidad es impregnar de manera transversal las leyes, instituciones y sistemas organizativos de la sociedad del ideal de igualdad entre varón y mujer -no solo formalmente, sino también materialmente-, como ya se ha indicado, una herramienta muy valiosa para alcanzar este objetivo (Novoa, 2021)

A su vez, la menor de edad está protegida por la CNNA que, para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de dicha Convención establece que los menores requieren “cuidados especiales” para su protección. Pero, sobre todo, es menester detenerse en el derecho a ser oído, previsto artículo 12 de la CNNA, 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. Así, el texto de la ley refiere 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” (artículo 12, CNNA).

Así las cosas, el derecho a ser oído debe ser considerado como el 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.

Tal como hemos visto, aquí se disputa el valor de la declaración de la víctima – menor de edad – en el proceso. UNICEF (2016) advierte que “la detección del niño que fue o está siendo víctima de abuso sexual depende de escucharlo para saber qué pasó” (p. 11). De esta manera, es de vital importancia escuchar a los y las niñas siendo que, en la mayoría de los casos, sus dichos es la única evidencia del abuso cometido en su contra. Por ese motivo, UNICEF (2016) indica como imprescindible prestarles atención, privacidad y escucharlos sin juzgarlos. A su vez, advierte que, en la mayoría de los casos detectados, no suele haber agresiones físicas que funcionen como indicios de agresión sexual, ni testigos del hecho que puedan dar cuenta de la situación que adolece el menor. UNICEF (2016) advierte que no debemos guiarnos por la premisa de “si no hay lesión, no hubo abuso”, porque se obstaculizaría la posibilidad de develar la situación de abuso hacia el menor. La escucha, oír a los menores, es el camino para protegerlos de abusos sexuales.

Por su parte, Ortiz (2020) insiste en que, siendo que la característica central de los delitos sexuales es que, generalmente, son perpetrados de manera escondida, es decir, sin testigos que puedan confirmar el hecho, las declaraciones de la víctima cobran vital importancia. De esta manera, cuando se trata de la declaración de la víctima en el proceso penal, la versión que puede ofrecer del episodio vivido es de gran relevancia, pero no como mero testigo visual, sino como un testigo privilegiado, cuya declaración es valorada por el Tribunal en orden a apreciar su credibilidad, persistencia y verosimilitud de la versión que ofrece en las distintas fases en las que ha expuesto cómo ocurrieron los hechos. Se trata, entonces, de llevar a cabo la valoración de la declaración de la víctima, sujeto pasivo de un delito, en una posición cualificada como testigo que no solo “ha visto” un hecho, sino que “lo ha sufrido”, para lo cual el Tribunal valorará su declaración a la hora de percibir cómo cuenta el suceso vivido en primera persona.

Sin embargo, en el caso bajo análisis los tribunales inferiores han desestimado la declaración de la víctima como prueba, ya que supuestamente, la niña exhibió desinterés en la cámara Gesell y su declaración contuvo falta de detalles sobre los hechos denunciados. A su vez, 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". Sobre ello, la Corte ha manifestado que constituye un mero estereotipo basado en el género y la edad. Surge necesario, entonces, indagar qué es un estereotipo de género. Catuogno (2020) define al estereotipo como "una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos y características de los miembros de un grupo particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir" (Cataugno, 2020, p. 4). Los miembros de un grupo, en este caso mujeres, son objeto de atribución de roles y preconcepciones. Así, los aspectos particulares de la personalidad de una persona son invisibilizados bajo la creencia de que la sola pertenencia a dicho grupo la hace portadora de esos atributos o características. Prima facie, eso podría no ofrecer problema alguno, sin embargo, suelen ser utilizados para invisibilizar las individualidades y menosprecian la subjetividad de la persona asociada a un grupo. De esta manera, las características asociadas a lo masculino son culturalmente valoradas, mientras que las asociadas a lo femenino son menospreciadas y tendientes a la dominación, exclusión y discriminación. De esta manera, advierte Cataugno, (2020) que la universalización de lo típicamente masculino ha invisibilizado las experiencias de las mujeres y ha generado consecuencias negativas para ellas que ha contribuido a la discriminación y desigualdad histórica entre los géneros.

#### **IV. 2. Antecedentes jurisprudenciales**

La CSJN ha indicado como referencia y antecedente jurisprudencial la sentencia de la CIDH, "Campo Algodonero' - vs. México", sentencia del 16 de noviembre de 2009. El fallo de la CIDH es trascendental para el derecho interamericano, siendo el primer fallo que obliga a la aplicación de perspectiva de género por parte de los operadores jurídicos y el compromiso de los Estados por erradicar la violencia contra la mujer (Vázquez Camacho, 2011). En aras a resumir los hechos de la causa, podemos indicar que el 6 y 7 de noviembre de 2001 aparecen en un campo algodnero de Ciudad Juárez, Chihuahua, ocho cuerpos de mujeres. Entre ellos se encontraban los de Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, víctimas del caso ante la Corte IDH. Los familiares reportaron a las autoridades competentes la desaparición de las jóvenes dentro de las primeras 72 horas. La Corte IDH constató que la actitud de las autoridades, al minimizar la desaparición de las jóvenes con comentarios discriminatorios en razón de su género y edad, hacía presumir que las autoridades eran indiferentes a las denuncias de los familiares y que no investigaron diligentemente las desapariciones a efecto de prevenir daños a la integridad psíquica o física y/o la muerte de las jóvenes. La

Corte IDH consideró como probadas diversas irregularidades en la investigación llevada a cabo por el Estado mexicano.

La relación con el caso bajo análisis está en que los Estados firmantes se han comprometido a erradicar el destrato de los operadores jurídicos a las víctimas – y familiares de la víctima – a la hora de investigar o resolver un caso de violencia de género. En nuestro caso, los tribunales inferiores han deshonrado dicho compromiso por asumir estereotipos de género al momento de abordar las pruebas aportadas a la causa.

## **V. Postura de la autora**

Comencemos por recordar que 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, sosteniendo que no habría pruebas suficientes para la condena del delito. Sin embargo, la CSJN decidió dejar sin efecto la sentencia apelada. Así, el máximo tribunal de la Nación entiende que el razonamiento jurisprudencial del a quo se basó en meras afirmaciones dogmáticas sobre el desinterés que supuestamente exhibió la niña en la cámara Gesell y la falta de detalles sobre los hechos denunciados. A los fines de argumentar su postura, la CSJN ha mencionado dos aspectos claves en el abordaje del abuso sexual infantil. El primero, 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. La declaración de la víctima no puede ser descartada por el mero hecho de mostrar desinterés. Ello iría en detrimento de todos los compromisos internacionales asumidos respecto a la protección de niños, niñas y adolescentes y la erradicación de la violencia contra la mujer.

En este sentido, aparece el segundo argumento de la CSJN, a saber: la doble condición de la niña, tanto de menor de edad como de mujer, que la vuelve particularmente vulnerable a la violencia. Aquí la CSJN introduce un aspecto importante: debemos desterrar los estereotipos que pesan sobre las mujeres. Haber puesto la duda en la víctima, solicitar que se evalúe si era sexualmente activa, y decir que no mostraba interés en la Cámara Gessell, constituye un mero estereotipo basado en el género y la edad. En este sentido, en materia de violencia contra la mujer y violencia sexual, solicitar las pruebas relativas a los antecedentes sexuales de la víctima es inadmisibles.

Considero que ambos argumentos de la CSJN son correctos y suficientes para fundamentar la resolución adoptada, la cual luce justa. Lamentablemente, el caso bajo análisis muestra los desatinos de los tribunales inferiores en relación a la perspectiva de género. Teniendo presente la vulnerabilidad a la que se enfrenta la víctima de abuso sexual infantil, donde su condición de niña y de mujer la hace doblemente vulnerable, requiere no solo una interpretación explícita de la normativa vigente en la materia, sino que interpela la merituación de la prueba ofrecida en la causa. Aquí se disputa el valor de la declaración de la víctima – menor de edad – en el proceso y, tal como hemos visto, UNICEF (2016) advierte que la detección de los casos de abusos depende de escucharlas activamente. A su vez, tal como expresa Ortiz (2020), siendo que la característica central de los delitos sexuales es que, generalmente, son perpetrados de manera escondida, es decir, sin testigos que puedan confirmar el hecho, las declaraciones de la víctima cobran vital importancia. Pero, para valorar con perspectiva de género la declaración de la víctima – y el resto de las pruebas ofrecidas - deben desterrarse los estereotipos de género. No puede guiar el razonamiento una posición estereotipada, toda vez que deja a la mujer en situación injusta, como objeto de duda. ¿Solicitar pruebas respecto a la actividad sexual de la menor? Eso, sin dudas, es aberrante y es necesario advertir que es estereotipado porque intenta atribuir a la víctima una actividad sexual que ponga en duda su declaración. De esta manera, la doctrina advierte que los estereotipos afectan a miembros de cierto grupo minoritario al ser objeto de atribución de preconcepciones que afectan su identidad (Catuogno, 2020). En este caso, el estereotipo predispone a dudar de las declaraciones de la víctima y aferrarse a ciertas cuestiones (como “desinterés”) para sostener que está mintiendo o confabulando contra el abusador.

A modo de cierre de esta postura, considero a esta sentencia un gran precedente para abordar casos de abusos sexuales infantiles hacia niñas. Sin embargo, si los tribunales inferiores continúan alimentando estereotipos, me permito dudar de la factibilidad de un cambio cultural y jurídico que logre la igualdad y erradicación de la violencia contra la mujer. Lo cierto, también, es que – aunque no se expresa en el fallo – existe en Argentina una ley sancionada recientemente: la ley Micaela, ley nacional N° 27.499. Esta ley obliga a capacitar en materia de género a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación. Puede que esta capacitación logre un

cambio significativo a la hora de abordar casos que llegan a la justicia, desterrando los estereotipos de género que han operado en el caso bajo análisis.

## **VI. Conclusión**

La presente nota a fallo analiza un delito de abuso sexual agravado por el acceso carnal hacia una menor de edad, donde los tribunales inferiores han desestimado la declaración de la víctima en cámara Gésell. La CSJN sostuvo declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada. Así, el máximo tribunal de la Nación entiende que el razonamiento jurisprudencial del a quo se basó en meras afirmaciones dogmáticas sobre el desinterés que supuestamente exhibió la niña en la cámara Gésell. A los fines de argumentar su postura, la CSJN ha mencionado dos aspectos claves en el abordaje del abuso sexual infantil. El primero, la importancia de evaluar las declaraciones de los niños y; segundo, la doble condición de la niña, tanto de menor de edad como de mujer, que la vuelve particularmente vulnerable a la violencia.

El abuso sexual de menores es un tema sensible y cabe reconocer el contexto patriarcal donde las mujeres somos víctimas de violencia, aunque podríamos augurar estar en vía de desconstrucción. Motivo por el cual considero que la falta de aplicación de las legislaciones de género pertinentes por parte de quienes deben impartir justicia muestra el largo camino que nos queda por recorrer como sociedad. La CSJN ha dejado en la historia jurídica argentina un antecedente de peso: las niñas víctimas de abuso sexual deben ser oídas, sin pesar sobre ellas estereotipos de género o dudas previas sobre su credibilidad que predisponen a negar el abuso. De esta manera, cuando al comienzo de esta nota al fallo indicábamos que el fallo está atravesado por un problema jurídico de prueba, podemos dar por resuelto el mismo. Ello, siendo que la CSJN ha sido clara respecto a qué peso tiene y cómo debe abordarse la declaración de una mujer víctima menor de edad respecto al abuso sexual sufrido. El desinterés de la víctima o cierto grado de contradicciones en el relato en cámara Gésell no desestiman per sé la existencia del delito. Es por esto que la presente sentencia bajo análisis, denota perspectiva de género como el camino hacia la resolución de casos y abordaje de la prueba sin subjetividades por parte de jueces y juezas aplicando las herramientas que brindan los tratados de derechos Humanos en materia de género reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico.

## **VII. Listado Bibliográfico**

### **Jurisprudencia**

- CSJN, “S, J M s/ abuso sexual -art. 119 3° párrafo-”. Recuperado <http://www.saij.gob.ar/>
- CIDH, “Campo Algodonero' - vs. México”, sentencia del 16 de noviembre de 2009. Recuperado de <http://www.jusformosa.gov.ar/oficinadelamujer/o>.

## Doctrina

- **Bentivegna, S. A (2016)** Una mirada en torno a los delitos contra la integridad sexual. Cita: MJ-DOC-7464-AR | MJD7464 Recuperado de [www.saij.com](http://www.saij.com)
- **Catuogno, L. M (2020)** Estereotipos y violencia de género: estudio de casos paradigmáticos ante el Comité CEDAW en Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Anual. Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/>
- **Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (UNICEF) (2016)** Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes: Una guía para tomar acciones y proteger sus derechos. Autoría: Virginia Berlinerblau. Recuperado de <https://www.unicef.org/argentina/informes/abuso-sexual>
- **Novoa, M. M. (2012)** Diferencia entre la perspectiva de género y la ideología de género. Dikaion, vol. 21, núm. 2, 2012, pp. 337-356. Universidad de La Sabana Cundinamarca, Colombia. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v21n2/v21n2a02.pdf>
- **Ortiz, J. L (2020)** El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio Quaestio facti. International Journal on Evidential Legal Reasoning. N. 1 | 2020. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Recuperado de <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22288>
- **Vázquez Camacho, S. J (2011)** El caso "campo algodón" ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anu. Mex. Derecho Internacional. Ciudad de México, enero de 2011. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/scielo.php>

## Legislación

- Código Penal de la Nación Argentina
- Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención De Belem Do Para".
- Convención sobre los Derechos del Niño, Niñas y Adolescentes.
- Ley Micaela, N° 27.499.

**Voces:** RECURSO EXTRAORDINARIO - DOCTRINA DE LA ARBITRARIEDAD - GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DEBIDO PROCESO - DEFENSA EN JUICIO - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

**Partes:** S. J. M. | abuso sexual -art. 119, 3° párrafo

**Tribunal:** Corte Suprema de Justicia de la Nación

**Fecha:** 4-jun-2020

**Cita:** MJ-JU-M-128712-AR | MJJ128712

**Producto:** MJ

**Sumario:**

1.-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, la Corte 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 (del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite).

2.-En una causa donde se investiga la comisión del delito de abuso sexual agravado en perjuicio de una menor 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 (del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite).

3.-Es arbitraria la sentencia que para absolver al imputado del delito de abuso sexual agravado en perjuicio de una niña hizo hincapié en el supuesto desinterés, hipotéticas contradicciones y la omisión de detalles brindados por aquella, pues con ello se apartó de los estándares internacionales establecidos para el juzgamiento de esta clase de hechos,

relativizando el relato de la niña a pesar de que 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 intercambiaron con el imputado (del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite).

4.-La sentencia que absolvió al imputado en orden al delito de abuso sexual agravado en perjuicio de una niña es arbitraria, en tanto 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, pues ello 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 (del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite).

5.-Es arbitraria la sentencia que para absolver al imputado en orden al delito de abuso sexual agravado en perjuicio de una niña sostuvo que su testimonio no resultaba creíble más allá de toda duda razonable, pues de lo actuado no existe alguna razón que permita sostener que aquella 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 dictamen de la Procuración General al que la Corte remite).

6.-La sentencia que absolvió al imputado en orden al delito de abuso sexual agravado en perjuicio de una menor es arbitraria toda vez que no expone fundadamente una duda razonable acerca de la intervención y responsabilidad de aquél 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 (del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite).

7.-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, por lo cual 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 (del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite).

8.-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 (del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite).

9.-El defecto de arbitrariedad de la sentencia por no constituir una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso -fallo que absolvió al imputado en orden al delito de abuso sexual agravado en perjuicio de una menor- adquiere especial significación 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 y conforme la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ('Caso G. y otras [Campo Algodonero] vs. México', del 16 de noviembre de 2009) y de la Corte Suprema ('Góngora'(ref:MJJ78418), Fallos: 336:392) (del dictamen de la

Procuración General al que la Corte remite). N.R.: Fuente de información: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar) Sumarios oficiales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación S. J. M. s/ abuso sexual -art. 119, 3º párrafo;- 343.1:354

---

Procuración General de la Nación

-I-

El Superior Tribunal de Justicia de Rio 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).

-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 subexamine 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 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 G. 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, 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,

parágrafo 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 aquélla 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 qué consistieron y las palabras que intercambiaron 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 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", 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 7º, primer párrafo) tal como ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (conf. "Caso G. 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.

Eduardo Ezequiel Casal.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 4 de junio de 2020.

Vistos los autos: "S., J.M. 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 R.a, 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 dela 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.

Elena I. Highton de Nolasco - Juan Carlos Maqueda - Ricardo Luis Lorenzetti.