



La importancia de las decisiones judiciales y su base en los principios emanados de la doctrina internacional, para lograr sentencias con perspectiva de género.

Fallo Elegido: CJS 873/2016/CS1 Sanelli, Juan Marcelo s/ abuso sexual

Carrera: Abogacía

Alumno: Trujillo Andrea

Legajo: VABG25710

D.N.I N°: 33816560

Producto seleccionado: Nota fallo

Temática elegida: Cuestiones de género

Módulo de cursado: 4

Tutor de la Materia: Descalzo, Vanesa

Fecha de entrega: 04 de julio de 2021

SUMARIO: I-Introducción – II- Premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del tribunal – III Análisis de la ratio decidendi – IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales - V. Postura del Autor – VI. Conclusión- VII. Referencias Bibliográficas

I. Introducción

La violencia sexual hacia mujeres menores de edad es una situación que se repite continuamente, cabe destacar que un porcentaje muy bajo es el que se denuncia, por el martirio que sufre la víctima de dicha situación, y la posterior revictimización al momento de la denuncia sufrida por parte de las autoridades y la sociedad es un efecto no deseado que motiva que tales delitos no sean denunciados. El hecho de ser mujer y menor las pone en una situación de extrema vulnerabilidad, motivo por el cual resulta de sumo interés poder visibilizar estos delitos en interés de disminuirlos e incluso erradicarlos, tal como pretende la Convención Belem do Para.

Este instrumento legal con jerarquía internacional define a la violencia de género como un tipo de conducta que ya sea por acción u omisión, de manera directa o indirecta, basada en una situación desigual de poder afecte a la mujer, ya sea en su integridad física, sexual, dignidad, integridad emocional. Es menester resaltar que tal norma brinda estándares y recomendaciones a los estados que lo han ratificado, que propenden a lograr las mejores prácticas por parte de los organismos estatales para lograr la erradicación de la violencia de género.

El caso que se analizará es el siguiente: CJS 873/2016/CS1 Sanelli, Juan Marcelo s/ abuso sexual- art.119, 3° Párrafo, se destaca por ser un fallo con perspectiva de género, y allí la importancia de su análisis, pues aplica de manera ejemplar la doctrina emanada de la Convención Belem do Pará y el tratado internacional jerarquizado constitucionalmente que propende a la protección de los derechos del niño.

Estas dos figuras, la mujer, y el niño, son figuras cuya historia de desprotección amerita el análisis de las normas que propenden a su protección. Los delitos contra la integridad sexual merecen especial atención dado que normalmente no se denuncian, por el problema que surge en la víctima al contar lo sucedido que se revictimiza, y muchas veces es juzgada con prejuicios a la víctima en vez del victimario. Resulta fundamental pues que los jueces fallen en estos casos con perspectiva de género, para que las víctimas

puedan sentirse seguras y la tasa de denuncia de estos delitos pueda aumentar, para poder visibilizar por completo esta terrible problemática.

En el fallo analizado se detecta un problema de tipo axiológico, pues los principios emanados de los instrumentos internacionales como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y el Tratado sobre los derechos del niño, para asegurar la protección, entran en conflicto con la jurisprudencia del *a quo*, el cual no ha tenido en cuenta el derecho de los niños a ser oídos y tenidos en cuenta, ya que con un exceso de rigor manifiesto en la interpretación de la prueba arriada han desoído tales principios y recomendaciones de estándares internacionales.

En el presente trabajo, tras detectar el problema jurídico, se realizará un recorrido de la plataforma fáctica, la historia procesal, para seguidamente analizar los argumentos del tribunal obrante en el fallo. Luego de ello se realizará una investigación doctrinaria y jurisprudencial a fin de encontrar argumentos a favor y en contra con los esbozados por el tribunal, ello a fin de obtener una postura objetiva respecto a la problemática. Finalmente se emitirán las conclusiones referidas a los aspectos más importantes analizados.

II. Descripción de la plataforma fáctica, historia procesal y decisión del tribunal

Según denuncia realizada por abuso sexual de JSM contra la menor, hija de su pareja y conviviente con este último, se produjo un requerimiento de juicio. Estos abusos habrían ocurrido entre los 10 y 12 años de la menor, de los que se le imputan contacto íntimo con acceso carnal.

La denuncia fue efectuada por los hechos relatados por la niña ante un operador de promoción familiar y a la vicerrectora de la institución educacional a la cual la menor asistía. Resultó así imputado JMS por el 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.

El tribunal de primera instancia considera necesario practicar exámenes ginecológicos a la menor. En dicho examen se confirmó que tuvo un desgarramiento del himen producido por la penetración con un objeto duro y rígido. Por otra parte, los exámenes psicológicos realizados en Cámara Gesell denotaron un aparente desinterés por la falta de detalles en el relato, detalles sin precisión y ausencia de estrés postraumático. Además, la

pericial indicó que el alto rendimiento académico de la menor, no logro que ni los maestros ni los directivos, ni menos aún su padre biológico pudiera advertir signos de algún incidente.

A la luz de las pruebas examinadas, el *a quo* determinó que el relato de la menor no resultaba creíble. Con tales fundamentos la primera instancia resolvió absolver al imputado. Este pronunciamiento motiva que la Defensora de Menores e Incapaces y la parte querellante interpusieron ante el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro un recurso de casación contra la sentencia dictada por la que la Sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma.

Los recurrentes alegan arbitrariedad en la sentencia apelada pues se vierten en la sentencia afirmaciones dogmáticas y estereotipadas, y más grave aún se 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.

La Defensora General añadió que se omitió considerar las conductas atribuidas como un caso de violencia de género y se 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.

Tal recurso es rechazado por la mayoría de los miembros del cimero tribunal provincial. Ante este fallo contrario, los recurrentes interponen recurso extraordinario federal, el cual es aceptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que apoyándose en el dictamen de la Procuración General de la Nación resuelve hacer lugar a dicho recurso y dejar sin efecto la sentencia apelada., entendiendo la arbitrariedad del fallo recurrido.

III. Análisis de la *ratio decidendi*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación basa su decisorio en el dictamen del Procurador General de la Nación, el cual entiende que 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. En su entender la sentencia recurrida cumple con tal requerimiento.

Explica el magistrado 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. Así, con el objeto de determinar los alcances de los términos descriptos en dicho artículo 12 indicó 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.

Agrega que el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en la Observación General N° 12 (2009) 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.

Explica que, a la luz de tal normativa, los dichos de los niños deben ser analizados 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 este sentido el fallo recurrido no ha seguido estas pautas.

Al analizar las contradicciones en el relato de la niña, con opiniones estereotipadas, dice el Procurador que el *a quo* 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 los informes psicológicos no se descartó 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 que consistieron y las palabras que intercambiaron con el imputado.

Respecto a la prueba ginecológica, el tribunal inferior configuró una interpretación estereotipada, pues argumentó que no se comprobó que la menor no hubiera tenido relaciones consentidas previas con otra persona. Esto según el magistrado ponente 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.

Tales defectos en la sentencia apelada adquieren 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.

Así dictamina 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.

IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

El caso analizado en el presente trabajo, luego de realizar análisis pertinente del mismo e identificar el problema de tipo axiológico del mismo, se procederá al siguiente análisis doctrinario con el fin de aclarar los conceptos que se consideran necesarios y estudiar los argumentos esgrimidos por el máximo tribunal.

En primer lugar, se va a definir la importancia de los principios y su diferencia con las reglas

Frente a este modelo, el de las reglas y principios tiene estas características: (1) los sistemas jurídicos contienen, al lado de reglas principios. Los principios se diferencian de las reglas, por las siguientes características: (a) porque en tanto que las reglas tienen el carácter de ser aplicables o no («todo o nada»), en cambio los principios están sujetos a la ponderación y tienen la propiedad del peso (un peso mayor o menor frente a otros principios). (b) Las reglas tienen una validez estricta, en tanto los principios pueden ser desplazados por otros principios. (2) Los

jueces no tienen un margen de decisión, sino que cuando se presentan casos difíciles se encuentran sometidos a los principios. Esta es la tesis débil de Dworkin, quien incluso llegó a sostener otra tesis fuerte: que en verdad sólo es posible ofrecer una única respuesta correcta a cada caso. (3) Los jueces no crean derechos a través de sus decisiones, sino que fijan derechos políticos ya existentes. (Sobrevilla, 1995).

Además, Sobrevilla (1995), define a los principios como aquellas normas que van a ordenar que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro siempre de las posibilidades jurídicas y reales existentes, estos mandatos pueden ser cumplidos en diferentes grados y el cumplimiento depende no solo de las circunstancias reales sino también de las jurídicas.

Seguidamente, se va a definir la violencia de género, siguiendo a Fellini (2019), como a aquella serie de atentados cuyo denominador común es un sujeto pasivo femenino, objeto de maltrato por pertenecer a ese género y cuyo agresor generalmente se caracteriza por pertenecer al género opuesto. Irrisari (2018) por su lado, entiende como violencia de género como aquella utilizada por el varón debido a su poder, utilizando su supremacía física o económica en contra de la mujer, dicho autor explica que dicha violencia no sólo se refiere a la pareja heterosexual de adultos, sino que la misma se da en todos los ámbitos sociales. Y remarca que la relación entre los protagonistas de esta, es decir, hombre-mujer, trae implícito un actuar misógino por parte del victimario, entendiendo que éste lo que busca es causar un daño, por el sólo hecho de que la víctima pertenezca al género opuesto.

Cuando se refiere a violencia sexual siguiendo a Fellini (2019), se entiende como la misma a aquella, a toda acción que implique la vulneración de la mujer a elegir libremente sobre su sexualidad, a través de coerción haya o no acceso genital. En el caso bajo análisis, en el cual los tribunales inferiores. Lloveras (2014), por su lado explica a la violencia sexual como aquel comportamiento que puede o no tener contacto físico, se está frente a un abuso de poder frente al otro, en este caso de un adulto hacia un niño, promoviéndolo a realizar actos sexuales, a través de la manipulación, coacción, seducción o engaño.

Teniendo en cuenta que las situaciones de abuso normalmente se producen sin la presencia de testigos, es que la declaración de la víctima se convierte en fundamental, el *a quo* desestima la declaración de la menor no valorando la prueba en su conjunto, al

entender del máximo tribunal de este modo se violó el derecho de la niña a ser oída, tal lo establece instrumentos internacionales con raigambre constitucional. Siguiendo lo expuesto Lloveras (2014), expone que el derecho a ser oído tiene su recepción en el artículo 12 de la Convención, en el cual se establece que los estados parte, otorgaran el derecho a los niños, niñas y adolescentes a ser oídos, en función de su edad y madurez en los procesos judiciales y administrativos que le conciernan.

Respecto a la prueba, Tenca (2017), dice que se encuentra el hecho indiciario, que es el relato de la menor sobre lo ocurrido, lo que lleva a buscar el hecho desconocido, al cual se llega con el respectivo examen ginecológico, en el cual se constata el desgarramiento del himen.

Si se tiene en cuenta que el Código Penal argentino adopta el modelo de sana crítica racional, otorgándole así al juez la facultad de elegir los modos de prueba que considere pertinentes para llegar a la verdad de los hechos, en el caso bajo examen el tribunal inferior no realizó la apreciación de la prueba en su conjunto, desestimando arbitrariamente el testimonio de la menor. Tenca (2019), expresa que el modelo de la sana crítica racional obliga a los jueces a resolver de manera objetiva y no basándose en subjetividades, provocando de este modo un apartamiento de los principios rectores del derecho penal tales como: identidad, tercero excluido, contradicción y razón suficiente.

Fellini (2019), entiende que se ha generado una tensión entre el principio *in dubio pro reo* y las sentencias condenatorias basadas solamente en el testimonio de la víctima, dicho principio establece que se tiene que tener una certeza real para reprochar un hecho punible a una determinada persona. Dicha autora deduce que, el principio de inocencia debe tener un límite a fin de dar credibilidad a los dichos de la víctima, cuando ésta sea el único testigo, teniendo en cuenta que este tipo de sucesos suelen llevarse a cabo en la mayor intimidad, motivo por el cual, si dicho testimonio no merece ser creíble, va a provocar sentencias injustas.

En el “Caso Espinoza González vs. Perú” con sentencia del 20 de noviembre de 2014, en el cual la señora Espinoza González es detenida a fin de dar con los autores del secuestro de un empresario, en un contexto de conflicto armado en Perú. La detenida alega haber sido víctima de violencia sexual durante el tiempo de detención. En dicho fallo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece que en estos casos en los cuales normalmente hay carencia de testigos porque se llevan adelante en el seno de la

intimidad, van a determinar que la declaración de la víctima sea crucial y la falta de lesiones físicas no significa que el daño no se haya producido, es decir no le saca credibilidad a la víctima. Debido a los traumas que puede generar en las víctimas los relatos del hecho son pasibles de contradicciones e imprecisiones, teniendo en cuenta que se hace que la persona recuerde y reviva un hecho traumático. La ineficacia judicial frente a estos casos genera una impunidad propiciando que los casos de violencia contra las mujeres aumenten, además de generar en las víctimas de estos, la inseguridad y sensación de desconfianza en el sistema judicial.

V. Postura de la autora

Luego del realizar un estudio minorizado del caso bajo análisis, de la investigación doctrinaria pertinente, esta autora llega a la conclusión que la decisión del máximo tribunal ha sido acertada, teniendo en cuenta que la sentencia del inferior era arbitraria al no resolver con la respectiva perspectiva de género, que dicho caso requería.

Al tratarse de una mujer y menor de edad como se expresó anteriormente, el *a quo*, pasó por alto la legislación internacional con raigambre constitucional, violentando de este modo derechos humanos fundamentales de la víctima, además de no seguir las recomendaciones realizadas en la Convención Belem do Para, respecto a la declaración de las víctimas en casos de abuso sexual, ya que como se expuso anteriormente y en concordancia con lo expresado por Fellini (2019), la circunstancia de que en este tipo de hechos la declaración de la víctima sea fundamental, debido a que normalmente se producen en situaciones de extrema intimidad y sin la presencia de testigos pone en tensión el principio *in dubio pro reo* y la credibilidad de los hechos de la víctima, es aquí donde juega un papel fundamental el juez, quien a través de los supuestos de inmediatez, especialidad y sana crítica racional, va a resolver llegando a sentencias meritorias.

Personalmente considero que se debe comprender, que en los casos de abuso sexual, en los cuales medie una relación de poder, tal como lo expuso Lloveras (2014) en este caso de un adulto hacia un niño, a través de diferentes amenazas, provocando así en la misma el temor a relatar los hechos, el tribunal inferior al cuestionar por qué la menor no habló antes o le contó lo sucedido al padre biológico, lo que provoca es una revictimización de la misma, por el solo hecho de ser mujer, yendo en contra de lo establecido en la Convención Belem do Para, no actuando con la diligencia debida para prevenir, investigar, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, tal como lo

establece dicho documento internacional. De este modo lo que se provoca es que una víctima de abuso sexual dude en realizar la denuncia, por miedo a la condena social, o consecuencias que esto le traiga aparejado.

Por lo expuesto anteriormente, considero que la resolución sienta un precedente en perspectiva de género e insta a los tribunales a actuar con la debida diligencia, respetando y acatando documentos internacionales, tales como la Convención sobre Derechos del Niño y la Convención Belem do Para, ambos con raigambre constitucional, considero además importante el hecho de que el tribunal inferior resolvió basándose en cuestiones dogmáticas y estereotipadas, lo que provoca que para las víctimas de abuso sexual, el hecho de denunciar les genere la angustia de sentirse juzgada y revictimizada.

La igualdad de género es un proceso en auge, aún hoy hay un contexto social de marcado machismo, tal sucede así que en los casos de femicidios las víctimas son expuestas en los medios de comunicación, incluso su vida personal es cuestionada, mientras que los victimarios son “protegidos”.

VI. Conclusión

En el fallo analizado “Sanelli, Juan Marcelo s/ abuso sexual -art. 119, 3° párrafo”, se destaca que el principio de la valoración de la prueba corresponde a los jueces de la causa, no siendo pasible de revisión en la instancia extraordinaria. Sin embargo, hay excepciones basadas en la doctrina de la arbitrariedad, procurando el cumplimiento de garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso exigiendo sentencias bien fundadas y con una derivación razonada en el derecho vigente, el máximo tribunal entiende que la sentencia recurrida cumple con dicho requerimiento.

El *a quo* desestimó el relato de la menor por considerarlo desinteresado, la Corte Suprema considera que dicha percepción es una tomada con una postura estereotipada al igual que cuando se analiza la prueba ginecológica en la cual se reafirma el hecho de que existe desgarramiento del himen, el tribunal inferior expresó que no habían pruebas de que la menor hubiese tenido relaciones íntimas con anterioridad y que las mismas hayan sido consentidas, otra vez el máximo tribunal remarca la opinión estereotipada del tribunal basada en cuestiones de género. Desatendiéndose de este modo toda la jurisprudencia y los principios emanados en documentos internacionales tales como la Convención Belem Do Para, Convención de derechos Humanos y Convención de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. En ellos se establece el modo en el cual los jueces deben realizar el

análisis cuando quien este involucrado haya sido víctima de violencia de género, violencia sexual y más aún cuando la víctima sea un menor de edad.

Esta autora considera que la decisión ha sido la acertada, luego del análisis realizado *ut supra* sobre diversos doctrinarios, más la jurisprudencia estudiada. Es de suma importancia que los fallos como el analizado, tengan en su resolución una perspectiva de género, realizada por jueces capacitados en el tema, para lograr así erradicar la violencia contra las mujeres, lograr que las víctimas de abusos sexuales denuncien, sin sentir que serán juzgadas ni revictimizadas. Logrando así una confianza en el sistema judicial, cosa que aun hoy es una deuda pendiente.

VII. Referencias Bibliográficas

Doctrina

- Fellini Moral Z. (2019). *Violencia contra las mujeres*. 2° Ed. Hammurabi. Buenos Aires.
- Irrisarri, S. (2017). *Protección contra las agresiones en razón de género*. Bs. As: Astrea
- Lloveras, N. (2014). *Violencia y vulnerabilidad*. Córdoba: Alveroni
- Sobrevilla, D. (1995). *El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy*. Perú: Universidad de San Marcos y Universidad de Lima.
- Tenca, M. (2017). *Delitos sexuales*. Bs As: Astrea

Legislación

- Constitución de la Nación Argentina [Const.]. (1994)
- Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina. (13 de marzo de 1966).
Convención de Belem do Pará. [Ley 24.632 de 1996]
- Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina. (3 de noviembre de 1921).
Código Penal de la Nación Argentina. [Ley 11.179 de 1921]
- Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina. (8 de mayo de 1985).
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la
Mujer. [Ley 23.179 de 1985]
- Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina. (2018). Ley Abuso Sexual
Infantil delito de Instancia Pública. [Ley 27455 de 2018].
- Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina. (2005). Ley de Protección
Integral de niños, niñas y adolescentes. [Ley 26061 de 2005].
- Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina. (11 de marzo de 2009). Ley
de Protección Integral a las Mujeres. [Ley 26.485 de 2009]

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (4 de junio de 2020). CJS 873/2016/CS1 Sanelli,
Juan Marcelo s/ abuso sexual
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (20 de noviembre de 2014). Caso Espinoza
González vs. Perú.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 4 de Junio de 2020.-

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

Considerando:

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

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

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

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

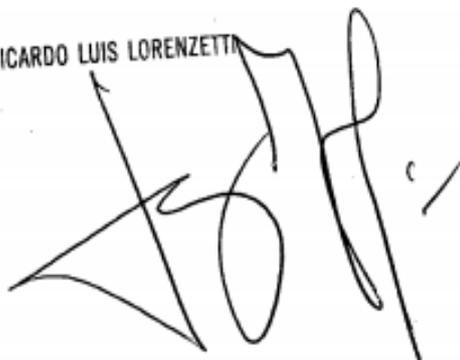
2) Declarar procedentes los recursos extraordinarios y dejar sin efecto la sentencia apelada. Notifíquese y vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda,

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



RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



JUAN CARLOS MAQUEDA

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

Corte Suprema de Justicia de la Nación

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

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

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

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

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

Suprema Corte:

I

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

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

II

Los recurrentes coincidieron en alegar la arbitrariedad del pronunciamiento apelado.

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

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

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

III

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

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

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

IV

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por otra parte, en relación con los casos de violencia sexual, la Corte Interamericana ha establecido que “las agresiones sexuales se caracterizan, en general, por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de estas formas de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho. Asimismo, al analizar dichas declaraciones se debe tomar en cuenta que las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar, por el estigma que dicha denuncia conlleva usualmente. La Corte, igualmente, ha tenido en cuenta que las declaraciones brindadas por las víctimas de violencia sexual se refieren a un momento traumático de ellas, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos. Por ello, la Corte ha advertido que las imprecisiones en declaraciones relacionadas a violencia sexual o la mención de algunos de los hechos alegados solamente en algunas de éstas no significa que sean falsas o que los hechos relatados carezcan de veracidad” (“Caso Espinoza 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 desgarró 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 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 mentado para no regresar a la casa de la madre debido a que allí

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V

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

Buenos Aires, *AF* de febrero de 2018.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación