



MODELO DE CASO: CUESTIONES DE **GÉNERO**

5 **Alumno: Giuliano, Chiappinotto.**

Legajo: VABG105159.

DNI: 36.576.432

Tutor: Romina Vittar.

Año: 2023

10 **Fallo: “S., J. L- B. s/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO EN CONCURSO IDEAL CON PROMOCION DE CORRUPCION DE MENORES AGRAVADO”**

Tribunal: Colegio de Cámara de Apelaciones en lo Penal de la ciudad de Rosario, Santa Fe

15 **Sumario: I. Introducción. II. Aspectos Procesales: a)- Reconstrucción de la**

premisa fáctica. b)- Historia procesal. c)- Descripción de la decisión del Tribunal.
III. Identificación de la *ratio decidendi* del Tribunal. IV. Descripción conceptual,
doctrinaria y jurisprudencial: a)- Principio de amplia libertad probatoria y la
prueba difícil. b)- La situación de vulnerabilidad de la víctima de violencia sexual.
20 c)- Derecho a ser escuchado. d)- In dubio Pro Reo. V. Postura del autor. VI.-
Conclusión.- VII.- Listado de referencias bibliográficas. a)-Doctrina. b)-
Legislación. c)-Jurisprudencia.

I.-Introducción

Por medio de la presente nota a fallo se realizará un comentario del
25 *problema jurídico de prueba* presente en el Acuerdo de Cámara N° 32, inserto en el
Tomo 060 del folio 073 del 11 de febrero del 2022 dictado por el Colegio de Cámara de
Apelaciones en lo Penal de la ciudad de Rosario, Santa Fe en autos “S., J. L- B. s/
ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO EN CONCURSO IDEAL
CON PROMOCION DE CORRUPCION DE MENORES AGRAVADO”¹. En ellos se
30 condena a la progenitora de la menor violentamente abusada a la pena de 12 años de
prisión, confirmándose el fallo apelado por la Defensa de S.J.L.B. por el Tribunal de
Alzada horizontal.-

Haciendo un brevísimo racconto de lo acontecido, cabe introducirnos en el
caso bajo estudio y sus antecedentes. Es así que, en primera instancia, el Tribunal
35 Pluripersonal del Colegio de Jueces Penales de Primera Instancia de Casilda, absolvió a
la encartada por el delito de Abuso sexual con acceso carnal agravado en concurso real
con Promoción de Corrupción de menores agravada (Arts. 119 primer y tercer párrafo,

1 N° 32, Año 2022, T° 060, F° 073. Recuperado de
[https://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/index.php?pg=bus&m=busqueda&c=busqueda
&a=get&id=17372](https://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/index.php?pg=bus&m=busqueda&c=busqueda&a=get&id=17372)

inciso “b” y “f”, 125, 45 y 55 del CP), por aplicación del principio in dubio pro reo (art. 5 del C.P.P.S.F.).- **El subrayado me pertenece.**-

40 Apelado la absolución por la Fiscalía, la misma fue revocada por el Tribunal de Alzada, que condenó a S. por abuso sexual con acceso carnal agravado en concurso ideal con Promoción de Corrupción de Menores agravada (Arts. 119 tercer y cuarto párrafo en función del inciso “b”, 125 segundo párrafo, 40, 41, 45 y 54 del CP), fijando la pena de 12 años de prisión, accesorias legales y costas.

45 Interpuesto por la defensa apelación horizontal, se dispuso la apertura en ésta instancia, integrándose el nuevo órgano jurisdiccional, en la línea fijada por la Corte Provincial a partir del “Scalcione” del año 2016, confirmando el fallo venido en alzada, por mayoría, con el voto en disidencia del Dr. Llaudet, **al que voy a dirigirme en los fundamentos que siguen.**-

50 Es desde ésta línea, donde posaré el estudio del presente caso, relativo a los problemas de prueba, que son aquellos vinculados con la existencia de la indeterminación de la existencia de un hecho no probado que es indispensable para la resolución de la causa que obliga al juzgador –que no puede excusarse de fallar por oscuridad de las normas o de los hechos– a recurrir a presunciones y cargas probatorias.

55 Ahora sí, y sin adelantar conclusiones, las que se harán al finalizar la presente nota a fallo; daré curso al *problema jurídico del caso*, cual es lo relativo a la prueba, en razón del principio in dubio pro reo, conforme aplicación por el Tribunal Originario de Primera Instancia, y el voto en disidencia del Dr. Llaudet en ésta instancia de Alzada.-

60 Claro está, que los jueces debieron hacer frente a la resolución de un problema jurídico de prueba porque a raíz de ello se intenta valorar nada más y nada menos que la autoría material del caso bajo lupa; y coincidiendo con los fundamentos

del Dr. Llaudet, resulta demasiado peligroso adjudicar un delito de tal gravedad como en los presentes, el cual aún existiendo, no se puede tener por cierto su autor, al menos
65 con los elementos llevados a juicio, implantando una duda razonable como para votar del modo en que lo hizo.-

Jurídicamente el análisis de esta sentencia resulta relevante, pues se vincula con la temática de género ya que la revictimización de la mujer -niña- abusada sexualmente materializada en pretender que declare una y otra vez sobre el hecho, es
70 una forma de violencia de género e institucional que se desarrolla en el marco de procedimientos penales en donde no se tiene perspectiva de género. De esta manera la mujer que ya fue víctima de violencia a razón del abuso, es nuevamente violentada por el fracaso de las instituciones orientadas a protegerlas. Pues, se trata de una niña de tan temprana edad, que fue violentada en sus derechos más personalismos, en su intimidad,
75 y probablemente con un buen desarrollo de investigación desde el minuto cero, hubiese podido identificarse con certeza al autor material del horrendo hecho que se está estudiando.- Claramente, la intervención de la preventora, fue tajante para el desarrollo de la investigación, pero inaceptable la inobservancia de las formas en su proceder.- Pues, las preguntas que surgen son: ¿Por qué fue a buscar inmediatamente a la madre de
80 la menor?, ¿Por qué no fue más allá en su investigación? ¿Por qué desatendió el contexto familiar más amplio sobre el que habitaba la menor? Son dudas, son presunciones, que hacen que no logren persuadirme con certeza de la autoría de la condenada en autos.-

Por todo lo dicho, la falta de prueba directa que incrimine a la progenitora
85 de la menor como autora material del hecho, se ve al menos dubitable desde el momento cero en que la preventora no recabó la información necesaria para la investigación correspondiente. Y así lo expuso en su voto el Dr. Llaudet al referirse al actuar de la

oficial preventiva R. en los siguientes términos: “Sin embargo, volcó en una hoja a mano lo que allí ocurrió -o entendió ocurrido en el mejor de los casos-, no informó a la menor que anotaría, no transcribió sino que relató con sus palabras, etc.” (Autos: S., J. L. B. s/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO EN CONCURSO IDEAL CON PROMOCION DE CORRUPCION DE MENORES AGRAVADO, N° 32, Año 2022, T° 060, F° 073, p. 36. Recuperado de <https://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/index.php?pg=bus&m=busqueda&c=busqueda&a=get&id=17372>)

II.- Aspectos Procesales.-

a)- Reconstrucción de la premisa fáctica

La madre de una menor de 9 años fue imputada por abusar sexualmente de ella en reiteradas ocasiones, haciéndolo en el baño mientras la bañaba, a través de un elemento fálico, al que la niña llamó “el coso”, “el coso con pelitos”, “el coso enjabonado”. Da cuenta de ello el cirujano Canto, quien atendió a la menor en el Sanatorio de Niños de Rosario, consignando que existía sospecha de abuso sexual, dando aviso así a la Fiscalía de Turno. Constituida la Oficial de Policía F.R en el sanatorio y siguiendo instrucciones de la Fiscal Marull, entrevistó a la menor a solas en la habitación del nosocomio. Formulada la acusación, se elevó la causa a juicio.

La plataforma fáctica llevada a conocimiento es: “Haber abusado sexualmente de su hija J.P.S., de nueve años de edad, introduciéndole vía anal y vaginal un elemento fálico, en reiteradas ocasiones, siendo el último hecho ocurrido en el interior del domicilio sito en calle Agustín Magaldi de Casilda, en horas de la noche, siendo aproximadamente las 22:00 horas del día 28 de Noviembre de 2018, produciéndole perforación de himen con desgarró a nivel de horquilla, ginecorrágia, dos coágulos muy grandes en el interior de la vagina, desgarró en la línea media que interesa todo el

introito del himen e inicio de la pared posterior de la vagina, un hematoma en toda el área de la horquilla hasta el periné, constatándose también dilatación anal de la menor; también se le hendilgó haber promovido la corrupción de la niña mediante el accionar antes mencionado, introduciéndole elementos fálicos en reiteradas ocasiones anteriores.” (Autos: S., J. L. B. s/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO EN CONCURSO IDEAL CON PROMOCION DE CORRUPCION DE MENORES AGRAVADO, N° 32, Año 2022, T° 060, F° 073, p.p. 19-20. Recuperado de <https://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/index.php?pg=bus&m=busqueda&c=busqueda&a=get&id=17372>).

b)- Historia Procesal

Inicialmente el Tribunal Pluripersonal del Colegio de Jueces Penales de Primera Instancia de Casilda (Dres. Vacca, Usandizaga y Rizzardi) absolvió a la acusada S.J.L.B., por el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado en concurso real con Promoción de Corrupción de menores agravada, por aplicación del principio in dubio pro reo.-

Apelada la sentencia de Primera Instancia por la Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal de la ciudad de Rosario, hizo lugar al recurso, condenando a la acusada como autora penalmente responsable del delito de Abuso sexual con acceso carnal agravado en concurso ideal con el delito de Promoción de corrupción de menores agravado, a la pena de doce años de prisión efectiva, accesorias legales y costas.

Interpuesto finalmente apelación horizontal por la Defensa contra el Acuerdo de Cámara, la Sala Pluripersonal de Apelación de Rosario, integrada por los Dres. Artacho, Llaudet y Luratti, con el voto en disidencia del Dr. Llaudet, confirmó el Acuerdo de Cámara apelado.-

c)- Descripción de la decisión del Tribunal

La Sala Pluripersonal de Apelación de Rosario, con el voto mayoritario de los Dres. Artacho y Luratti, resolvió confirmar in totum la sentencia apelada, condenando a S.J.L.B., a la pena de doce años de prisión efectiva, accesorias legales y costas, por encontrarla autora penalmente responsable del delito de Abuso sexual con acceso carnal agravado en concurso ideal con el delito de Promoción de corrupción de menores agravado.-

Mientras que el Dr. Llaudet votó en disidencia, manifestando que el Acuerdo apelado debía revocarse y absolverse a la apelante por estricta aplicación del principio in dubio pro reo.

III.- Identificación de la *Ratio Decidendi* del Tribunal

La Sala Pluripersonal de Apelación de Rosario, con dos votos contra uno, resolvió confirmar la sentencia apelada.- Para ello, se valieron los Dres. Artacho y Luratti de argumentos jurídicos que llevaron a confirmar la condena de doce años de prisión efectiva, accesorias legales y costas contra S.J.L.B., por encontrarla autora penalmente responsable del delito de Abuso sexual con acceso carnal agravado en concurso ideal con el delito de Promoción de corrupción de menores agravado.-

Hecho el análisis del fallo, no hay dudas acerca de que la niña fue abusada sexualmente, porque así surge de las pruebas llevadas a juicio, vgr., pericial; testimonial; pues así surge de los testimonios brindados por los médicos que la trataron, vgr., el cirujano Carlos Alberto Canto del Sanatorio de Niños de Rosario, quien al intervenir quirúrgicamente a J., constató el abuso sexual. Del mismo modo, así lo constatan los Dres. Palanca, pediatra del Sanatorio de San Carlos de Casilda; el Dr. Calcaterra; Olivera y Cristaldi. Por último, y coincidiendo con el diagnóstico del Dr. Canto, se exployó la Dra. Mogues (médica forense).

Sin embargo, y ya en coincidencia con el voto en disidencia del Dr. Llaudet, la duda posa sobre la **autoría** del delito. En este sentido, el Dr. Llaudet dijo: “Pero que la autoría material tanto de esos accesos del 28/11 como de los que con horror integran el historial de esta menor advierto con fundamento científico por los profesionales médicos que asistieron a J.P., sean adjudicables a la autoría material de su madre J.L.S., es algo que surge como peligrosa consecuencia de la “presunción gravísima” a que se hecha manos a su respecto, habilitando un marco de duda que entiendo no se zanja como pretende el fallo de Alzada traído en revisión. Y en esto tiene especial responsabilidad F.M.O.R., pese a ejercer como personal de la Comisaría de la Mujer desde el año 1998. Ello, en tanto en violación de disposiciones reglamentarias y legales vigentes, cumplió negligentemente sus funciones en relación al acto que le fuera encomendado”. (Autos: S., J. L. B. s/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO EN CONCURSO IDEAL CON PROMOCION DE CORRUPCION DE MENORES AGRAVADO, N° 32, Año 2022, T° 060, F° 073, p. 35. Recuperado de <https://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/index.php?pg=bus&m=busqueda&c=busqueda&a=get&id=17372>).

Y ya entrando de lleno en el análisis del voto en disidencia del Dr. Llaudet, no puedo dejar preguntarme acerca de qué hubiese sucedido si la labor de la Oficial de Policía R., hubiese sido el que corresponde a un buen oficial en servicio, actuando con la debida diligencia del caso y con el profesionalismo que ameritan situaciones de tanta vulnerabilidad como el que se presentó aquél 28/11 a la oficial R.; seguramente otro hubiese sido el rumbo del voto, otorgando un grado de certeza al plaxo probatorio que hoy se discute aquí acerca de la autoría. Pues, la niña no vivía sólo con su mamá, sino que también moraban junto a ella, sus tíos, abuelos y hermanos.- Pero la oficial R., desde un principio direccionó la investigación hacia la madre de la víctima, sin ir más

allá de, sin siquiera grabar la primer entrevista con algún medio técnico audiovisual, sin siquiera transcribir textualmente lo confesado por la niña y hacerlo mucho tiempo después, donde ya la prueba se desvirtúa por completo. Todas estas inobservancias, hacen que coincida con el voto en disidencia del Dr. Llaudet, y resulte aplicable el principio in dubio pro reo junto con el principio de inocencia, por sobre todo otro principio.

Con lo cual, y conforme lo explicitado ut supra, entiendo que no es pasible de ser condenada la acusada, por estricta aplicación del principio in dubio pro reo y por falta de pruebas que la hagan culpable y autora material del hecho; acarreado con ello inevitable y consecuentemente a su absolución.

IV. Descripción conceptual, doctrinaria y jurisprudencial:

a)- Principio de amplia libertad probatoria y la prueba difícil.

El voto mayoritario argumentó su decisión en base al principio de amplitud probatoria. En éste sentido, la Ley 26.485 de protección integral de las mujeres, en su artículo 31 define “Regirá el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes.” Y el Art. 16 inc. I, establece “Los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y las leyes que en consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías... i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos”.

Sin embargo, cabe preguntarse hasta dónde es aplicable dicho principio, y qué se entiende por sana crítica. En palabras de Guinney (2020):

215 “el sistema de libre valoración permite al juez apreciar las pruebas de acuerdo con las reglas de la lógica y la experiencia. Considerando que no debe atenerse a reglas en abstracto, el juez tiene la libertad de establecer el valor probatorio de cada uno de los elementos ofrecidos.” (**Guinney. 2020. *La prueba penal desde una perspectiva de género. Análisis del principio de amplitud probatoria y el caso del testigo único.* Biblioteca IJ Editores-Argentina).**

220

Y conforme lo establece **TARUFFO, Michelle (2008):**

225 “ la libertad en la apreciación de la prueba no es equiparable a la arbitrariedad de criterios no contrastables, sino que se guía por pautas de sentido común. Entonces, lo que no puede ser racionalmente elaborado, no existe a los efectos de la valoración de la prueba y una sentencia no fundada es antidemocrática y arbitraria”. (**TARUFFO, M. 2008. *Introducción, La prueba de los hechos.* ed. Marcial Pons, Buenos Aires. pág. 23)**)

230 No hay dudas que este es un caso idóneo para ser catalogado como prueba difícil y, por ende, de flexibilización de la carga de probar.

En este sentido, viene a colación lo expuesto por CARBONE (2020):

235 “Teniendo todo ello presente se ha de mensurar el grado de credibilidad de los relatos del niño, niña o adolescente atendiendo principalmente a los siguientes criterios de ponderación: a) la posibilidad material de acaecimiento de los hechos que refieren; b) la concordancia del relato con la información que aporte la historia previa; c) con el examen

psíquico y físico del joven; d) la concordancia con otros elementos de prueba existentes en la causa; e) la posibilidad de contaminación de su relato, bien sea por experiencias vividas (vistas, oídas) aunque no sufridas, o por inducción -consciente o inconsciente de terceras personas; especialmente los padres” (Carbone, A. C. 2020. *Prueba difícil. Delitos sexuales. Cámara Gesell y abogado del niño*. p. 17.)

b)- La situación de vulnerabilidad de la víctima de violencia sexual.

Los niños, niñas y adolescentes y el delito conforman una temática que fue abordada en las distintas etapas históricas del derecho. Lo cierto es que en la actualidad con la Declaración de los Derechos del Niño “Declaración de Ginebra” (año 1924), la Declaración de los Derechos del Niño (1959) y la Convención de los Derechos del Niño (1989) los niños, niñas y adolescentes son considerados sujetos de protección. El NNyA, en su dignidad y valor de persona humana, ya no sólo es reconocido como quien básicamente necesita ser protegido, sino como quien tiene derecho a la protección. Este cambio de paradigma exige al Estado la adopción de todas las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos a los NNyA, por las convenciones internacionales y legislación interna. Así es que los niños, niñas y adolescentes merecen la atención, no sólo, de quienes están directamente obligados a su cuidado, sino también del Estado (en sus tres poderes) y de la sociedad toda; siendo que la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los derechos del Niño impone, condiciona el accionar de todos aquéllos llamados a su resguardo. Hablamos así de tres obligados a la protección: la familia, la sociedad y el Estado.

No es tarea fácil actuar frente a un NNyA víctima de un delito, indefenso, con miedo de hablar –más aún cuando el delito se comete en el seno de su propia familia-, con culpa –el niño siempre se responsabiliza por lo sucedido-, con instituciones

defectuosas y sin experiencia para acoger al niño, tomar su relato y acompañarlo en la reconstrucción de su historia.

En palabras de Grossman Cecilia:

265 “Son las necesidades del niño las que definen su interés en cada
momento de la historia y de la vida. Son estos reclamos de
supervivencia, desarrollo y formación, de afecto y alegría, los que
demandan derechos que conviertan los requerimientos en exigencias y
realidades. El camino no es fácil; el derecho no puede vencer una lógica
270 de exclusión, olvido y mezquindad. Las normas son sólo brújulas; se
requieren el pensamiento y la mano del hombre vigilantes y activos para
transformar las promesas en vivencias concretas, para que en el
transcurrir de cada niño se refleje este deseo de una humanidad que se
prolonga sin la violencia de la desigualdad, esto es, una humanidad más
275 “humana” y solidaria” (Grossman, Cecilia, El interés superior del niño)

El procedimiento que involucra a un NNyA víctima se inicia con el develamiento y concluye recién varios meses después con el dictado de la sentencia. En el ínterin, los NNyA atraviesan una ruta interinstitucional con muchas intervenciones que pueden incluir un examen médico forense, una entrevista de declaración testimonial
280 registrada en video, una evaluación psicológica, entre otras. Es necesario prevenir situaciones re-victimizantes y estigmatizantes, a través de redes de trabajo conjuntas fundadas en el principio de la corresponsabilidad.

Como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fornerón e hija vs Argentina: “En vista de la importancia de los intereses en
285 cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen a la protección de los derechos humanos de personas menores de edad... deben ser manejados con una

diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades. La observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño. Por otra parte, no puede
290 invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales”.²

c)- Derecho a ser escuchado.

Para comenzar, es necesario recalcar una y otra vez que los niños, niñas y adolescentes, gozan de total protección por parte de la Constitución Nacional como así
295 también de diversos instrumentos internacionales, varios de ellos con rango constitucional a través la reforma de 1994.

Por su parte, el derecho a ser escuchado emerge de la Convención sobre Derechos del Niño (CDN) en el artículo 12. Esta norma garantiza al niño NNyA el derecho de expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten, debiéndose tener en
300 cuenta su edad, desarrollo cognitivo y madurez. La escucha del NNyA debe darse de un modo adecuado. Para esto el protocolo establece en principio un procedimiento para realizar una entrevista única y registrada, a través del Sistema de Cámara Gesell (CG) o Circuito Cerrado de Televisión (CCTV), por profesionales especializados, siguiendo pautas específicas, a los pocos días del develamiento del hecho. A su vez, se recomienda
305 evitar que el NNyA sea interrogado sobre el hecho traumático en cada instancia que atraviesa de manera previa o posterior a la entrevista única.

De darse una declaración espontánea del NNyA en una instancia previa o posterior a la entrevista única, se recomienda dejar al NNyA expresarse, sin interrogarlo, y registrar de manera textual y lo más fidedignamente posible, tanto sus
310 dichos, como los gestos, actitudes o estado emocional del NNyA, como ser silencio,

2 Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=203

llanto, angustia, tristeza, etcétera. Estos elementos pueden resultar importantes para posteriormente facilitar el relato del NNyA o como corroboración.

El develamiento podría acaecer en el seno familiar, vecinal, escolar, centro de salud público o privado, policía, etcétera. Como se ha dicho, lo aconsejable es no
315 preguntar o interrogar al NNyA en detalle sobre lo sucedido. No obstante, de existir un relato espontáneo, estado emocional o actitudes del NNyA como el silencio, angustia, llanto, tristeza, etcétera, es importante que el operador que sea testigo de esta situación deje constancia de ello, de manera textual y lo más fiel posible. El profesionalismo debe llevar a los operadores jurídicos a documentar cada paso de la ruta dolorosa que transita
320 el NNyA –víctima en el conflicto- desde que se produce el develamiento hasta la culminación del proceso.

d)- In Dubio Pro Reo:

Siguiendo los lineamientos establecidos en el voto del Dr. Llaudet, respecto a la estricta aplicación del principio in dubio pro reo, en igual sentido se expidió el Colegio
325 de Cámaras de Apelación en lo Penal de Rosario en los autos “A., N. A. s/ HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA” al decir: “En este sentido debo decir, que la garantía del in dubio pro reo constituye una regla procesal que funciona en el área de la valoración de la prueba, relativa a la comprobación de la existencia del delito y a la intervención del imputado. Si bien la jurisprudencia extendió su ámbito de aplicación a otras
330 situaciones de duda que se pueden presentar en la convicción del juzgador, tal como lo dice Jauchen, la importancia suprema está en el momento de dictar sentencia. En esta ocasión, la existencia de duda sobre los hechos concretados en la acusación, obliga a una resolución absolutoria con todos los alcances de la cosa juzgada. El estado de duda genera un movimiento de suerte pendular, que oscila sin posarse entre los datos que
335 llevan a una posición incriminante y otra desincriminatoria, sin que este estado pueda,

por más esfuerzo que haga el juzgador, encontrar reposo alguno, ello equivale a decir que el juez no ha podido arribar al estado intelectual que conmueva de manera eficiente el estado originario en el que somete al imputado al proceso, que es munido de la vigencia plena del principio de inocencia. Cuando esta situación se produce palpable en el estado intelectual producido a la hora de resolver, es deber del juzgador pronunciarse por la postura desincriminante. Así lo ha referido el autor citado sobre que el estado de duda "Ocurre cuando los datos existentes son susceptibles de despertar razonamientos equívocos y disímiles, de suerte que se desencadena un contraste tal que no es posible afirmar, que intelectivamente se ha obtenido el convencimiento pleno sobre algunas de las contingencias existentes"

340

345

Por ende, corresponde revocar la resolución apelada, absolviendo a A.N.A. de culpa y cargo en vigencia plena del estado de duda y con su garantía afín, el in dubio pro reo que rige plenamente en virtud de los siguientes ordenamientos, art. 69, 24 de la Ley 11452 y 7 de la ley 12734, con más, Convención Derechos del Niño, Niñas y Adolescentes y Reglas de Beiging.-”³

350

Por último, trayendo al caso más jurisprudencia que aplica el principio in dubio pro reo, la Sala 02 de Casación Corte Suprema de Justicia de San Juan, indicó, “Para el dictado de una sentencia condenatoria y la consecuente aplicación de una pena se hace necesario la existencia de certeza para que la presunción de inocencia se desvanezca; la duda y/o probabilidad impiden la condena y acarrea necesariamente la absolución; ambas son dos caras de una misma moneda que se resuelven sólo en la certeza, porque cuando un juez no duda sobre la solución que debe dar al caso es porque tiene la certeza y así lo expresa.” (EN AUTOS: MENGUAL, Sergio Ariel s/ Homicidio Culposo (art. 84 C.P.) en perjuicio de Luciana Noel Barrientos – Casación)⁴

355

3 Ac. Nº 543; Tomo 58, Folio 220 del 01/11/2021, recuperado de [:: Tribunal :: \(justiciasantafe.gov.ar\)](http://tribunal.justiciasantafe.gov.ar)

4 Ac. Nº 4599, Tomo I, Folio 33 del 13/02/2009; Recuperado de [SAIJ - MENGUAL, Sergio Ariel s/](http://saij-mengual.com.ar)

Y en este sentido, Maier (1999), se expidió acerca de la presunción de inocencia otorgada por la ley:

365 “Precisamente, la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la duda o aun la probabilidad, impiden la condena y desembocan en la absolución” (Maier, 1999, p. 463)

V.- Postura del Autor:

370 El fallo analizado reproduce la necesidad de que la prueba en los delitos de abuso sexual sea valorada con perspectiva de género; pues, hay una marcada desigualdad y sometimiento que a diario las mujeres se someten en su lucha contra la violencia machista. Imaginémonos por un instante, el nivel de desprotección y de vulnerabilidad que padecen los niños, niñas y adolescentes frente a situaciones de
375 violencia de género, y especialmente de abuso sexual, donde la mayoría de los casos surgen dentro del seno familiar.

Ahora bien, analizando el fallo traído a colación, he de situarme específicamente en el valor probatorio de la decisión a la que han llegado los Dres. Artacho y Luratti. Decisión que a priori veo como desajustada a derecho, toda vez que
380 viola los principios in dubio pro reo, como así también de inocencia.

Tras varias lecturas del fallo, no veo fundamentos serios que indiquen a la mamá de la niña como autora material del hecho sindicado.

Condenar a alguien basándose solamente en los testimonios de la oficial de policía que actuó en una primera intervención, sin dejar registros filmicos o de audio, o
385 lo más básico, que es transcribir - *Poner por escrito y de forma textual algo que se dice oralmente.*- lo que la niña dijo, carece de todo valor probatorio y hace que se derrumbe la investigación llevada a cabo; además de, como dije anteriormente, violentar el principio de inocencia y de in dubio pro reo.

Sigo insistiendo que, lo que aquí se está discutiendo, es la autoría material
390 del hecho, y no el hecho en sí, que ha quedado probado conforme constancias de pericia efectuada por los médicos intervinientes.

Pues, es poco serio y hasta descalificante el actuar de la oficial R. No es posible bajo ninguna perspectiva que alguien con la trayectoria con la que cuenta la prevencional, pueda incurrir en los defectos graves de ni siquiera saber sobre la
395 existencia del decreto 2288/16, respecto de cómo tener que actuar frente a casos como éste. Sería algo así como que un panadero desconozca que tiene que dejar levar la masa para ponerla al horno. No es admitible.

Finalmente, no puedo dejar de preguntarme qué y cuál será el futuro de los niños, sin un padre y sin una madre presentes. Que por el sólo arbitrio del Estado han
400 quedado desamparados, en un hogar en la ciudad de Rosario. Un niño que se levanta siempre en su casa y su mamá le tiene preparado el desayuno, pasa ahora a levantarse entre medio de gente desconocida, a la que ni siquiera conoce. Son tan débiles los fundamentos que recayeron en la Sentencia que hacen al menos al suscripto dudar. Y ante la duda, es de aplicación el principio in dubio pro reo, como lo indiqué y desarrollé
405 párrafos anteriores.

De lo que no tengo dudas es que no se escuchó a la niña. O al menos, no adecuadamente. La investigación se tergiversó desde su inicio, y frente a ello, no es posible un debido proceso.

Tal como sostuve antes, y sigo sosteniéndolo, la niña fue abusada. Pero lo que no puedo admitir es que haya recaído la autoría sobre su madre. Es muy difícil en casos como el que se presenta tratar de redireccionar la investigación cuando de entrada se condiciona a la madre como autora del hecho, sin fundamentos. Ello, limitó la investigación a ella; sin ir más allá del entorno donde vivía la niña.

VI. Conclusión

Hemos arribado de esta manera al final de este comentario al fallo “S., J. L.- B. s/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO EN CONCURSO IDEAL CON PROMOCION DE CORRUPCION DE MENORES AGRAVADO” en el que nos enfocamos en analizar el problema jurídico de la prueba, y la aplicación del principio in dubio pro reo y de inocencia por sobre cualquier otro principio, examinando las pruebas llevadas a juicio, y dándole mayor preponderancia a aquellas que recaían sobre la autoría de S., J. L como así también al actuar de la oficial R., que fue tajante para determinar la autoría material de la encartada.

Planteado el problema jurídico se hizo un repaso por el fallo y se procedió a analizar el principio de amplitud probatoria y la prueba difícil, el derecho a ser escuchado en niños, niñas y adolescentes, y la aplicación del principio in dubio pro reo, cuál es su finalidad y su regulación procesal. Igualmente se hizo foco en la situación de vulnerabilidad de la víctima en este tipo especial de delitos.

Para finalizar, sostengo firmemente que la solución adoptada por el tribunal de apelación horizontal -con el voto de la mayoría- no fue la apropiada, toda vez que no respetó las garantías mínimas sobre las que debe posar todo acto jurisdiccional,

respetando primero la Constitución Nacional, vgr., principio de inocencia, y su correlato in dubio pro reo, por sobre cualquier otra norma y principio.

Concluyo la presente nota a fallo, con una última reflexión: El fin es evitar la revictimización de la víctima abusada sexualmente, y claramente, ello no se cumplió
435 en el fallo analizado.

VII.- Listado de Referencias Bibliográficas

a)-Doctrina

— Carbone, C. A (2020). *Prueba difícil, delitos sexuales, Cámara Gesell y Abogado del niño. Visión jurisprudencial.* (1ra ed) [Versión digital]. Rosario: Juris.
440 Recuperado de https://www.editorialjuris.com/administracion/firm-libros/pdf/1608294270_prueba-dificil-delitos-sexuales.pdf

— González, A (2021). Perspectiva de género y violencia sexual: hacia una valoración probatoria respetuosa de los estándares de derechos humanos. En *Instituto de Investigaciones Ambrosio L Gioja*. N°26, junio 2021. ISSN 1851-3069. Pág. 116-140.
445 Recuperado de http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/viewFile/531/pdf_

— Guinney, M. E (2020). *La prueba penal desde una perspectiva de género. Análisis del principio de amplitud probatoria y el caso del testigo único.* En *Revista IJ Editores.*
450 https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=001fd7e9826a3ceaefd6906f4627680b&from_section=relacionados#indice_5 Recuperado de

b) Legislación

— Declaración sobre violencia contra niñas, mujeres y adolescentes y sus derechos sexuales y reproductivos del Comité de Expertas del MESECVI (2014).
455 Recuperado de <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/declaracionderechos-es.pdf>

— Ley N° 26.485 (2009). Para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Honorable Congreso de la Nación. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm>

460 **c) Jurisprudencia**

— Colegio de Cámaras de Apelación en lo Penal de Rosario en autos “A., N. A. s/ HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA” (2021). Recuperado de <https://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/index.php?pg=bus&m=busqueda&c=busqueda&a=get&id=17282>

465 — Corte Suprema de Justicia de San Juan en autos "Mengual, Sergio Ariel s/ Homicidio Culposo” (2009). Recuperado de <http://www.sajj.gob.ar/corte-justicia-local-san-juan-mengual-sergio-ariel-homicidio-culposo-art-84-cp-perjuicio-luciana-noel-barrientos-casacion-fa09280002-2009-02-13/123456789-200-0829-0ots-eupmocsollaf?>

— CIDH “Forneron e Hija Vs. Argentina”. (2012) Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=203

470 — S., J. L. B. s/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO EN CONCURSO IDEAL CON PROMOCION DE CORRUPCION DE MENORES AGRAVADO, N° 32, Año 2022, T° 060, F° 073, p.p. 19-20. Recuperado de <https://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/index.php?pg=bus&m=busqueda&c=busqueda&a=get&id=17372>

475