



SEMINARIO FINAL DE GRADO

“Protección de la Infancia: Obstáculo en la testificación”

Tipo de producto: Modelo de Caso – Grupos en situación de vulnerabilidad – Niños, niñas y adolescentes.

Fallo: “ÁVILA JOSE GREGORIO – AV. ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR CAUSA DE DAÑO GRAVE EN LA SALUD PSÍQUICA DE LA VÍCTIMA Y POR EL VÍNCULO (ART. 119 3° Y 4° C.P.). - RECURSO DE CASACIÓN”

Carrera: Abogacía

Alumno: Villalba, María Agustina

D.N.I N°: 38.884.450

Legajo N°: VABG92302

Tutor: Dra. Carletti, Virginia

Sumario: I. Introducción; II. Premisa Fáctica, Historia Procesal y Decisión del Tribunal; III. Ratio Dicidendi; IV. Descripción del Análisis Conceptual; V. Postura de la Autora; VI. Conclusión; VII. Revisión Bibliográfica.

I. Introducción:

La presente nota fallo versará sobre los autos “Ávila José Gregorio – Av. Abuso sexual con acceso carnal agravado por causa de daño grave en la salud psíquica de la víctima y por el vínculo (Art. 119 3° y 4° C.P.) – Recurso de Casación -” (STJ San Luis, 2021). El fallo, que se encuentra firme, alude a la categoría de niños, niñas y adolescentes dentro de lo que se denomina Grupos Vulnerables. Este revuelve acerca de la procedencia de la pena impuesta al condenado y sienta un precedente para futuros casos donde distintas normas entren en pugna.

En primer lugar, es relevante resaltar la vital importancia de velar por el bienestar y la seguridad de los menores de edad, ya que se encuentran en pleno desarrollo de sus capacidades físicas y emocionales por lo que son vulnerables ante agravios o lesiones externas. Es menester agregar que son personas dependientes de sus padres, tutores o curadores, los cuales tienen la obligación de actuar en posición de garantes frente a los mismos. En ocasiones, el peligro se encuentra inmerso dentro del núcleo familiar dejando al menor indefenso. Por todo lo dicho, se adhiere a la ley que expresa: *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia de la sociedad y del Estado”*. (Convencion Americana de Derechos Humanos N° 23.054, 1984, art.19)

Siempre que un menor de edad sufra un menoscabo en su integridad física, es el estado quien se coloca como garante del niño o adolescente estableciendo sistemas de prevención y detección ante cualquier tipo de violencia, brindándole la contención necesaria por parte de profesionales de la salud, como psicólogos, psiquiatras, médicos, etc. Por lo antes dicho, es menester destacar la ley que detalla la importancia implementar políticas publicas dirigidas a custodiar el ejercicio de derechos de los menores, tomados como prioridad ante cualquier circunstancia, incluso cuando sus derechos colisionen con

derechos de adultos o personas jurídicas. (Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061, 2005, art.5).

Por lo referido previamente, el fallo contiene un problema jurídico de prueba, esto es así toda vez que existen “*problemas de lagunas normativas*” (Alchourrón & Bulygin, 2017, pág. 60). En estos casos el juez debe recurrir a elementos extrajurídicos que lo impulsen a comprobar los hechos llenando el vacío del precepto legal.

Remitiendo al fallo concreto, el recurso que utiliza la defensa para revocar la sentencia son los exámenes físicos practicados a la adolescente en donde no se logra comprobar de manera material el abuso, por otro lado, el testimonio de la víctima en principio se contradice, lo que genera incertidumbre sobre la veracidad de los hechos. Es aquí, donde el juez debe resolver aplicando “*presunciones legales*” (Guillén & Fabré, 2000, pág. 325) y “*cargas probatorias dinámicas*” (Mesa, 1998, pág. 76) respetando el “*Principio de inexcusabilidad*” (Codigo Civil y Comercial de la Nación Ley N° 26.994, 2014, art. 8).

II. Premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del tribunal:

Los hechos de la presente causa iniciaron desde que la víctima tenía 7 u 8 años de edad, hasta sus 14 años. El Sr. José Gregorio Ávila (imputado) abusó sexualmente de la Sra. L.M.A (víctima), siendo esta su hija biológica, aprovechando la situación convivencial los fines de semana. A raíz de esto, luego de que su hija manifestara signos de depresión y tendencias suicidas, la madre de la damnificada indagó hasta que ella le confesó lo sucedido, en consecuencia, realizó la denuncia el día 26 de junio de 2015 en la comisaria correspondiente. Posteriormente, comenzaron las investigaciones pertinentes para determinar si el imputado era autor material de los hechos que se le atribuían. De esta manera, la Excma. Cámara Penal N°2 de la Segunda Circunscripción Judicial, consideró que el imputado era autor material del delito de abuso sexual agravado por el vínculo, imponiéndole una pena de 15 años de prisión, por sentencia condenatoria de fecha 24 de noviembre de 2020. Ante la disconformidad del veredicto, la defensa del imputado interpuso el recurso de casación con fecha 13 de diciembre de 2020 ante el Tribunal Superior de Justicia de San Luis, pretendiendo que se le redujera la pena ya que

consideraba que atacaba “*una sentencia definitiva de Tribunal Competente*” (Ávila José Gregorio - AV. Abuso Sexual con acceso carnal agravado por causar un grave daño en la salud de la víctima y por el vínculo (art. 119 3° y 4° C.P.). -Recurso de Casación, 2021, pág. 2)

Finalmente, con fecha 20 de octubre de 2021 el TSJ de San Luis resolvió por unanimidad rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa.

III. Ratio Dicidendi:

La decisión del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de San Luis se expide legible y ordenadamente ante cinco cuestiones a lo largo del fallo tratado. En este punto, vale la pena señalar que las resoluciones judiciales deben ser legibles al entendimiento del común de la gente sin perjuicio del uso de términos técnicos de imprescindible aplicación. (Las 100 Reglas de Brasilia, 2018, pág. 17).

Respecto a la primera cuestión, se entiende que el recurso de casación interpuesto es correctamente viable al garantizar los derechos fundamentales de cada ciudadano argentino consagrados en nuestra Constitución. Junto a esto, es trascendental la ley que expresa:

ARTÍCULO 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. (Constitución Nacional, 1853, Art. N°18).

Al analizar la segunda y tercera cuestión, se parte desde el problema jurídico de prueba que fue resuelto con total libertad de los jueces, actuando con lógica y razón, respetando los límites de la ley. (Von Conta Fuchslocher, 2024). Se ubica a la víctima como protagonista del proceso y no como mero “*sujeto eventual*” (Rúa & Opl, 2003, pág.

356). En tal sentido se halla consenso al señalar que la víctima es una parte fundamental dentro del proceso, susceptible de actuaciones que impulsan pruebas útiles para la construcción de la sentencia. En definitiva, deja de ser un sujeto pasivo, tal lo destacan disciplinas como la victimología surgida a mediados del siglo XX. (Figari, 2019).

Así mismo, es relevante la contención de la víctima a través de organismos públicos especiales en casos de violencia intrafamiliar y el resguardo una vez que al sujeto, al que le es atribuible el delito es puesto en libertad. (Las 100 Reglas de Brasilia, 2018, pág. 7).

Llegando a la etapa final, y por todo lo antes dicho, el Tribunal concluye rechazar al recurso interpuesto por la defensa, al analizar los medios de prueba y fundamentalmente priorizar la salud de la víctima.

Con respecto a las costas, la decisión del tribunal encuentra fundamento en la ley que recepta que los gastos acarreados del proceso pesarán sobre la parte vencida, excepcionalmente el tribunal podrá dejar sin efecto este precepto cuando considere razonable el argumento que llevo a la persona a litigar, aún vencido y eximir las costas a su cargo total o parcialmente. (Ley 23.984,1991, Art. N° 531).

En efecto, la valoración de la prueba se ve viciada en virtud del problema jurídico que suscita el caso. La dudosa credibilidad del testimonio de la supuesta víctima, que en principio desmentía el abuso para luego afirmarlo, incide en el instrumento de validación de la prueba (testimonio).

A cerca de la validación del testimonio, se tiene por afirmada la existencia de los hechos, por más que en principio estos se hayan negado, se entiende que en estas situaciones entran en juego las emociones de una persona perturbada. Dicho de otra manera, la conmoción sufrida tiende a interferir de manera negativa en el testimonio, en consecuencia, la victima incurre en error negando hechos probados a través de la psicología jurídica y por exámenes forenses realizados.

Por consiguiente, se destaca el texto de ley que modifica al Código Procesal Penal, brindando protección a víctimas de delitos sexuales menores de edad y a su vez instrumentando el testimonio de las antes nombradas. En el caso de víctimas menores de 16 años, los profesionales actuantes serán psicólogos especialistas en niños. Con previa autorización judicial y en el plazo que los jueces dispongan, el profesional debe entregar un informe detallado con las conclusiones pertinentes al finalizar la entrevista. La

potestad para realizar el interrogatorio es exclusivamente de los psicólogos ya que no se permite que lo haga directamente el tribunal.

A su vez, el lugar donde se ejecuta la entrevista debe ser ambientado conforme a la edad del menor con el fin de generar un clima agradable que le de seguridad a la hora de hablar. En ocasiones, las entrevistas pueden ser monitoreadas o gravadas audiovisualmente por interés del juez o a pedido de parte, con conocimiento del profesional que la realiza. (Ley N° 23.984, 1991, art. 250 bis)

Por otra parte, cuando el menor tenga que someterse a reconocimiento de lugares o cosas debe ser acompañado del profesional, sin presentarse en el lugar, bajo ningún punto, el imputado. (Ley N°25.852, 2003, art.1).

Cuando se trate de víctimas que ya tengan 16 años, pero no hubieren cumplido los 18 años al momento de comparecer, se realizará al adolescente previo al testimonio, un análisis psicofísico donde conste que cuenta con capacidad y salud, requisitos que lo hace apto para presentarse ante el tribunal. (Ley N° 23.984,1991, art. 250 ter.).

Para finalizar, el TSJS verificó el abuso tomando como afirmativo el testimonio de la comisión del hecho, por los artículos de ley previamente mencionados, en relación al “Interés Superior del Niño”. (CSJN, 2024, pág. 6). Ratificando la sentencia impuesta por Excma. Cámara Penal N°2 de la Segunda Circunscripción Judicial.

IV. Descripción del análisis conceptual

Teniendo en cuenta el análisis de la sentencia, el enfoque a lo largo de esta nota fallo se centra en la resolución de problema probatorio, núcleo de este documento, que llevó a la decisión de los jueces primando conceptos que se describen a continuación.

Al hablar de protección e interés superior del niño, refiere a que tanto el estado como las personas cercanas a ellos deben ser/actuar como red de contención, porque son seres que carecen de madurez suficiente y auto sustento para repeler cualquier tipo de daño o injusticia que sufran, siendo así, una categoría dentro de grupos vulnerables como se mencionó en la introducción.

Analizando el derecho de fondo se distinguen dos artículos de la Convención Americana de los Derechos Humanos receptados en nuestra Constitución Nacional en la sección de Leyes Complementarias y Tratados Internacionales: “*Artículo 5. Derecho a*

la integridad personal 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.” (Ley N°23.054, 1969, art.5).

Además, es importante destacar al artículo del mismo texto de ley: “*Artículo 19. Derechos del niño Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.*” (Ley N°23.054,1969, art.19).

Por otro lado, siguiendo el orden de jerarquía de normas, cabe mencionar el Código Civil y Comercial de la Nación que habla sobre el ejercicio de los derechos de menores de edad, su capacidad para ser oídos en procesos judiciales y tomar decisiones sobre su persona. (Ley N°26.994, 2014, art.26).

A modo de cierre se hace mención al Código Penal de la Nación, la sección que señala los delitos contra la integridad sexual. La efectivización del acceso carnal, el daño físico y mental de la víctima, agrava la pena. (Ley N°27.352, 2017, art. 119).

Las nociones tratadas anteriormente son respuestas al problema de prueba suscitado.

Principalmente se apunta a la búsqueda de la verdad como verificación de la realidad, valor ético que debe prevalecer en la conciencia de los hombres y de la comunidad a la que pertenecen, consolidando un estado de bienestar general. (Martínez, 2017). Frente a esto, el fallo que marcó un hito en la jurisprudencia latinoamericana es el de los femicidios de Ciudad Juárez, que, tras años de impunidad absoluta por mal diligenciamiento de las investigaciones y pruebas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional de México por violar los derechos a la vida, integridad y libertad personal. (CIDH, N°205, 2009)

Ahora bien, para darle significado a la idea de prueba, se adhiere a la concepción de que, es el instrumento por el cual se busca esclarecer los hechos acontecidos, excluyendo los dudosos o falsos, reestableciendo así, el valor justicia que lleva seguridad a la sociedad e infunda un sentimiento general de confianza hacia el sistema jurídico nacional. (Rivas, 2010). Tal como ocurre en la sentencia del TSJ de la Ciudad de Córdoba por recurso de casación interpuesto que generó controversia por que la defensa del acusado alegó que los testimonios de las dos niñas abusadas estaban influenciados por

alguien mayor y que esto se evidenciaba conforme iban sucediendo las entrevistas. Al fin, el tribunal fallo en contra del recurso ya que consideró que no se atacaba el principio non bis in ídem. (TSJ Cba, N°549, 2015).

A su vez, el instrumento de prueba en cuestión debe ser producido y proveído por los particulares involucrados. La producción de la prueba es fundamental ya que los hechos materiales que se puedan demostrar a través del empirismo, se configuran como evidencia y se superponen a los hechos relatados. (Ustarroz, 2020). Tal es así, el recurso de apelación de la abuela que se opone a la restitución de la menor bajo la guarda de su madre por carecer esta de salud mental. La decisión de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Dolores, destacada por implementar el nuevo Código Civil y Comercial, basándose en el interés superior del niño, reforzando el vínculo madre e hija, restituye a la menor bajo la guarda de su madre, ya que se verifica la mala relación entre las actantes, por otro lado, no se observa un mal desempeño en el rol de madre y se comprueba la concurrencia de esta a la asistencia terapéutica. (SCJ Bs.As, N°94.748, 2015). Bajo este punto, se trae a colación la sentencia del juez que resolvió no hacer lugar al pedido de excarcelación del padre con prisión preventiva que abusó sexualmente de dos de sus hijas menores de edad y amenazaba con golpearlas si contaban lo que sucedía. La defensa argumentó que el detenido no registraba antecedentes condenatorios y a su vez, se encontraba cursando el COVID 19. No se da lugar al pedido porque debe garantizarse medidas de protección para la seguridad de las víctimas. (CSJN, N° 24885, 2020).

Por consiguiente, la prueba experimenta distintas fases, luego de producida, es analizada minuciosamente por el juez, lo que se llama, valoración de la prueba. De acuerdo con el autor, en la fase de valoración, se realiza un análisis desde distintos ejes como psicológicos, jurídicos y humanos. (Fenoll, 2010). Teniendo en cuenta como se relaciona el hombre con la realidad, sus creencias y conocimientos.

V. Postura de la autora

Basada en la sentencia del STJSL, concuerdo con la decisión tomada de rechazar el recurso de casación porque como he explicado anteriormente, el estado a través de la ley debe acompañar al vulnerable. Así la valoración de la prueba entre en controversia

por ser dudosa, la balanza siempre se va a inclinar por la parte más frágil y desprotegida. En este caso el testimonio de la menor se ve viciado por contradecirse, pero se tiene en cuenta todo lo que podría haber vivido la víctima y las perturbaciones psicológicas que le pudo haber causado el agresor. El daño a un menor provoca en ellos actitudes o signos auto nocivos, que podrían causarles consecuencias negativas toda su vida si es que logran sobrevivir al ataque. Es por eso que la justicia debe actuar de manera eficaz y rápida, teniendo en cuenta que se lesionan derechos fundamentales consagrados en nuestra constitución, el de privacidad e integridad física.

Junto a esto, remito el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el caso de homicidio masivo y violaciones ocurrido en Brasil, veintiséis hombres masacrados en Favela Nova, por las fuerzas policiales y tres mujeres, dos de ellas menores de edad violadas. Se declara la responsabilidad internacional de Brasil por violar garantías judiciales de las víctimas y por el nefasto diligenciamiento de pruebas, ya que no se podían constatar las violaciones. (CIDH, N°333, 2017)

Finalmente, cabe destacar la sentencia en este tipo de fallos porque considero de suma importancia forjar una base sólida de precedentes que sirvan de guía a jueces que entiendan en causas similares a futuro.

VI. Conclusión

Se realizó el análisis a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de San Luis que rechaza recurso de casación interpuesto por el acusado de delito de violencia sexual hacia su hija. El mismo suscita un problema jurídico de prueba inserto principalmente en el testimonio y en los exámenes médicos realizados a la víctima. A partir de esta circunstancia cobra relevancia el trabajo de los jueces, que quienes en búsqueda de la verdad tienen el desafío de versar sobre las pruebas ofrecidas y la pena impuesta, reestableciendo el orden y logrando un estado general de bienestar.

A lo largo de esta nota fallo se estudian los argumentos sobre el rechazo del recurso de casación por parte de los jueces. Aquí, cobra mayor valor el interés superior del niño, tomado como grupo vulnerable y su integridad física por sobre el testimonio

viciado de la víctima que no se encontraba en pleno uso de sus facultades mentales por el trauma generado, en doble medida se garantiza debido proceso para el acusado. Por ende, el tribunal se inclina por la validación del testimonio, prueba fundamental que da validez a la efectividad de los hechos.

La sentencia que contiene este fallo es trascendental por sentar un precedente jurisprudencial que puede ser aplicado por analogía a futuros casos similares, ya que, se distingue por subsanar el obstáculo que presenta la prueba recurriendo a los institutos de primacía legal y ética que protegen la infancia.

VII. Revisión Bibliográfica

Alchourrón, C., & Bulygin, E. (2017). *Lagunas del Derecho y Positivismo Juridico*. Salamanca: Jose Antonio Ramos Pascua.

C.I.D.H. Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil. Fallo: 333 (2017).

C.I.D.H. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Fallo: 205 (2009).

Congreso de la Nación Argentina. (01/10/2014). Código Civil y Comercial de la Nación. [Ley 26.994, 2014].

Congreso de la Nación Argentina. (26/04/2017). Código Penal de la Nación. [Ley N°27.352, 2017].

Congreso de la Nación Argentina. (04/12/2003). Código Procesal Penal de la Nación. [Ley 25.852, 2003].

Congreso de la Nación Argentina. (21/08/1991). Código Procesal Penal Federal. [Ley 23.984,1991]

Congreso de la Nación Argentina. (15/12/1994). Constitución de la Nación Argentina. [Ley 24.430, 1994].

Congreso de la Nación Argentina. (01/03/1984). Convención Americana de Derechos Humanos. [Ley 23.054, 1984].

Congreso de la Nación Argentina. (28/09/2005). Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. [Ley26.061, 2005].

C.S.J.N, (2024). *Interes Superior del Niño*. Buenos Aires: Secretaría de Jurisprudencia.

C.S.J.N. “G., J. A. s/ abuso sexual”- Excarcelación. Fallo: 24.885 (2020).

Cumbre Judicial Iberoamericana (2018). *Las 100 Reglas de Brasilia*. Recuperado de: <https://www.mpd.gov.ar/index.php/marconormativo-diversidad-cultural/instrumentos-internacionales/3158-las-100-reglas-de-brasil-sobre-el->

[acceso-a-la-justicia-de-las-personas-en-condicion-de-vulnerabilidad](#).
(Consultado el 06/05/2024).

Fenoll, N. (2010). *La Valoración de la Prueba*. Buenos Aires: Marcial Pons.

Figari, R. E. (2019). *SAIJ El rol de la víctima en el proceso penal con especial referencia al nuevo C.P.P.F.* Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/ruben-enrique-figari-rol-victima-proceso-penal-especial-referencia-al-nuevo-cppf-dacf200138/123456789-0abc-defg8310-02fcanirtcod?q=%28id-infojus%3A%20DAcf200138%29%20&o=0&f=Total%7CTipo%20de%20Documento%7CFecha%7COrganismo%7CPublica> (Consultado 05/05/2024).

Guillén, A. E., & Fabré, M. C. (2000). *La Prueba de Presunciones en el Proceso Civil Romano Recepción en el Derecho Argentino*. La Plata: Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones.

Martínez, E. M. (2017). *Ocupémonos del Estado de Bienestar al Estado Transformador*. Buenos Aires: Bubak Publishing S.L.

Mesa, M. L. (1998). *La Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas*. Buenos Aires: Zeus.

Rivas, L. G. (2010). *Ética en las Ciencias Sociales*. Colombia: Delta Publicaciones.

Rúa, A. F., & Opl, G. d. (2003). *Teoria General del Proceso*. Cordoba: Advocatus.

S.C.J Buenos Aires. “G., R. D.C. C/ G., R. S. S/DENUNCIA”. Fallo: 94.748 (2015).

STJ San Luis. “Ávila José Gregorio - AV. Abuso Sexual con acceso carnal agravado por causar un grave daño en la salud de la víctima y por el vínculo (art. 119 3° y 4° C.P.). -Recurso de Casación. Fallo: 187 (2021).

T.S.J Córdoba. “CRIADO, Jorge Walter p.s.a Abuso Sexual con acceso carnal agravado continuado- Recurso de Casación”. Fallo: 549 (2015).

Ustarroz, J. C. (2020). Sobre la Valoración de la Prueba en el Proceso Penal. *Pensamiento Penal*. Recuperado de : <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48996-sobre-valoracion-prueba-proceso-penal> (Consultado 04/06/2024).

Von Conta Fuchslocher, A. (2024). *Wikipedia Sana Crítica*. Recuperado de: https://es.wikipedia.org/wiki/Sana_cr%C3%ADtica (Consultado 06/05/2024)

