

Un fallo ciego a la mirada integral e interseccional niña y mujer

Caso Thelma Fardin. El grito colectivo, exigiendo que se haga justicia, marcó un punto de inflexión en la lucha contra la violencia de género, bajo la premisa “no nos callamos más”, generando el puntapié para que muchas víctimas que necesitan hablar puedan hacerlo y el resto aprenda a escuchar y a respetar.

Por Rosa Lucia Cabral¹

I. El fallo del 12 de mayo del 2023 del Juez Fernando Toledo Carneiro, subrogante del Juzgado Penal Federal 7 de San Pablo²

El Tribunal Federal de San Pablo de Brasil desestimó la denuncia de Thelma Fardin contra el actor por los hechos que sucedieron el 17 /5/2009, el juez falló: “Juzgo improcedente la solicitud y absuelvo a Juan Rafael Pacífico de los hechos alegados en la denuncia”. Al momento de la comisión del delito la legislación de Brasil exigía el acceso carnal para la tipificación del delito de violación, la que para el juez no se tuvo por probado en el expediente.

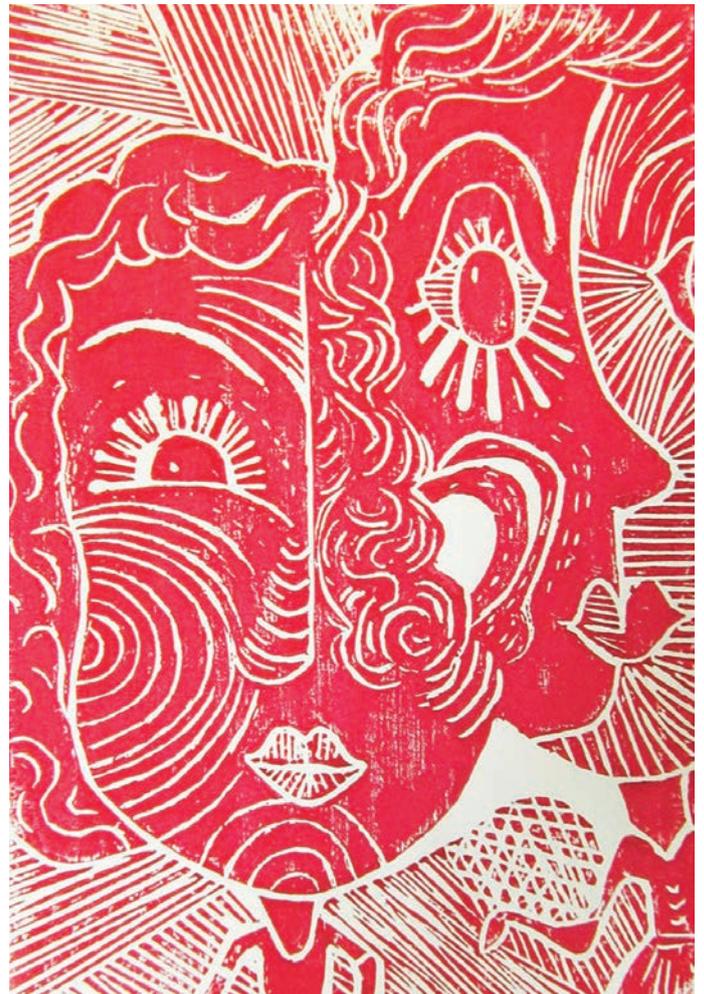
En la sentencia se reconoce la efectiva comisión de otros hechos denunciados, sobre los que se encontró certeza, pero según se refiere en la argumentación, están prescriptos por la menor penalidad. La actriz tenía 16 años, y Darthés 45.

La falta de lectura integral e interseccional niña y mujer

Tal cómo visualiza el Dr. Carlos Rozanski,³ el juez nunca mencionó la relevante circunstancia de que Thelma era una adolescente. No es un dato menor que al momento de la comisión del abuso tenía 16 años, estaba inmersa en un contexto de vulnerabilidad, lejos de sus referentes afectivos de contención y en un país extraño. El fallo no ponderó los principios rectores que establece la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, tampoco hizo mención alguna a las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad”, del año 2008 (anterior a los hechos), firmadas en la capital de Brasil durante la Cumbre Judicial Iberoamericana.

Asimismo, se olvidó el juez Carneiro del art. 227 de la Constitución de Brasil de donde surgen los derechos y garantías que brinda ese Estado a las niñas, niños y adolescentes desde su propia Carta Magna.

Tampoco ponderó la transversalidad del enfoque de derechos humanos que implica resignificar, organizar, mejorar los procesos de manera que la perspectiva de género, infancia y no discriminación sea incorporada en todas las decisiones jurisdiccionales y la exigencia de resolver los conflictos a la luz del principio del



interés superior del niño, en tanto sujetos de tutela preferente. El fallo exigía una perspectiva constitucional y convencional, con una mirada *favor minoris* con perspectiva de género, debiendo dictar decisiones justas, equitativas y solidarias que contemplen

¹ Abogada UBA, T°38 F°25 CASI. Integrante del Instituto de las Mujeres del CASI. rosaluciacabral@gmail.com, IG: rosacabral46

² En <https://es.scribd.com/document/645088596/Sentenc-a-DARTHES-1#>

³ Rozanski, Carlos Alberto (2023). “El violador y el oscuro camino de la duda”. *Página12*. -<https://www.pagina12.com.ar/549819-el-violador-y-el-oscuro-camino-de-la-duda?ampOptimize=1>

las circunstancias particulares de cada una de las personas que recurren a solicitar justicia.

En la tensión entre las garantías del debido proceso del imputado y el reclamo de las víctimas por su derecho a una tutela judicial efectiva y a la protección del Estado, surge el derecho a la verdad que nace como una derivación del derecho a la justicia. Las víctimas tienen derecho a que se juzgue a los responsables, a que se reparen sus violaciones y a la verdad.

En esa tensión debe inclinarse la balanza siempre del lado de los más vulnerables, con quienes los Estados tienen una obligación reforzada de debidas diligencias. Esos ejes de vulnerabilidad deberán considerarse en cada caso particular.

En miras a brindar algunos elementos para desmenuzar tan compleja tensión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso **“Gelman vs Uruguay”** aclaró que en su condición, como niña víctima, tenía derecho a medidas especiales de protección que, bajo el artículo 19 de la Convención, correspondían a su familia, la sociedad y el Estado.

A su vez, las alegadas las violaciones a los derechos reconocidos en los artículos 3, 17, 18 y 20 de la Convención, deben interpretarse a la luz del *corpus juris* de los derechos de la niñez y, en particular según las circunstancias especiales del caso, armónicamente con las demás normas que les atañen, en especial con los artículos 7, 8, 9, 11, 16, y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño.⁴

Cabe recordar que, en casos de violencia contra la mujer, las obligaciones generales previstas por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan con las obligaciones provenientes de la Convención de Belém do Pará, la que en su 7.b), obliga a utilizar la “debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”.

A su vez, el artículo 7.f) dispone que los Estados deben “establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”.

Resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación, la lleven adelante **con determinación y eficacia**, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección.⁵

En el fallo **“V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua”**⁶, la Corte tuvo la oportunidad de desarrollar su jurisprudencia en relación a las obligaciones de un Estado ante un caso de violación sexual cometida en contra de una niña, remarcan que el caso *de la niña nicaragüense trataba sobre la violencia sexual cometida contra una niña de 16 años, por lo tanto, también fue necesario que sea estudiado a la luz de esta interseccionalidad entre género y*

*niñez. Ya que confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a [la] condición de niña [y] mujer.*⁷

II. De la exigencia de la fuerza física a la falta de consentimiento

Hasta 2009, en Brasil se exigía la prueba de acceso carnal para un caso de violación. Luego se reformó y se dejó de exigir la prueba de penetración. El art. 213 aplicaba: **“Obligar a una mujer a mantener relaciones carnales, mediante violencia o grave amenaza”**, es decir, requería la penetración con violencia. La resistencia de la víctima en caso de que fuera mayor de edad era una cuestión de prueba. La violación en muchos países se configuraba por las lesiones producidas por la penetración que daban cuenta de la resistencia de la víctima.

Recordemos aquel fallo absolutorio, no hace tantos años, donde una víctima de violación solicitó a su perpetrador el uso de preservativos y eso se tomó como un consentimiento para el acceso carnal.

Esta necesidad de la resistencia física como prueba de la falta de consentimiento empezó a verse cuestionada. En el reciente fallo de **“Ángulo de Losada Vs. Bolivia”**, la CIDH, mediante un recorrido histórico, remarcó la importancia de la figura del consentimiento en los delitos de violencia sexual como elemento central.

La visión tradicional partía de la mirada en donde la violencia se concibe únicamente a través del ejercicio de la fuerza, y la violencia física como limitada de lo que representa la libre decisión del ejercicio de un acto sexual.

Así resalta la Corte la importancia del análisis de distintos elementos probatorios que pueden sugerir la falta de consentimiento de la víctima, mucho más allá de la fuerza. La legislación penal debe establecer que **no se podrá inferir el consentimiento: (i) cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido la capacidad de la víctima para dar un consentimiento voluntario y libre; (ii) cuando la víctima esté imposibilitada de dar un consentimiento libre; (iii) del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la violencia sexual; y (iv) cuando exista una relación de poder que obligue a la víctima al acto por temor a las consecuencias del mismo, aprovechando un entorno de coacción.**

Sostiene que el consentimiento siempre debe ser ofrecido de manera expresa, libre y previa al acto y que siempre puede ser reversible. Cualquier tipo de circunstancia coercitiva elimina, sin lugar a dudas, el consentimiento.

O sea, no se puede hacer referencia al consentimiento de la víctima para sostener relaciones sexuales cuando el agresor ostenta una figura de autoridad sobre ella, ya que se genera una desigualdad de poder que se agrava con la diferencia de edades.

En el párrafo 136 del fallo de mención, sostiene la Corte, siguiendo la jurisprudencia internacional y lo dispuesto en la Con-

⁴ CIDH, “Gelman vs. Uruguay”. En https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=345

⁵ CIDH, “Ángulo Losada vs. Bolivia”, sentencia de 18 de noviembre de 2022. En https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_475_esp.pdf

⁶ Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350.

⁷ CIDH, “Ángulo Losada vs. Bolivia”, sentencia de 18 de noviembre de 2022. En https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_475_esp.pdf

vención de Belém do Pará, que la **violencia sexual** se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno.

Por **violación sexual** debe entenderse actos de penetración vaginal o anal, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril. Es suficiente que se produzca una penetración, por insignificante que sea.

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY), en el caso Fiscal c. Kunarac, Kovac y Vukovic, observó que “la fuerza o la amenaza de fuerza proporciona una prueba clara de la falta de consentimiento, pero la fuerza no es un elemento per se de la violación”.

En “MC. Vs. Bulgaria”, el Tribunal Europeo, ante el cierre del caso por no probar rastros de la resistencia de la víctima, sostuvo que las autoridades fallaron en considerar todas las circunstancias que pudieron **haber inhibido la resistencia** física por parte de la víctima en este caso, considerando la particular vulnerabilidad de una menor de edad en casos de violación y el ambiente de coerción creado por el agresor.

Así se determinó que

aunque en la práctica puede ser difícil probar la falta de consentimiento en ausencia de prueba “directa” de una violación, como trazos de violencia o testigos directos, las autoridades deben explorar todos los hechos y decidir en base a una evaluación de todas las circunstancias relacionadas (...) la constante evolución del entendimiento de la forma en que las víctimas experimentan una violación demostró que las víctimas del abuso sexual –en especial las niñas menores de edad– por lo general no ponen resistencia física debido a varios factores psicológicos o porque temen que el perpetrador se ponga violento con ellas.

En ese sentido, el Tribunal Europeo consideró que cualquier enfoque limitado que sea utilizado para el juzgamiento de los delitos sexuales, como requerir pruebas de resistencia física en todos los casos, puede llevar a que ciertos tipos de violación no sean penados y, por lo tanto, ponga en peligro la protección eficaz de la autonomía sexual de los individuos.

Así concluyó que “los Estados Parte [...] deben requerir la penalización y condena eficaz de cualquier acto sexual no consentido, incluso en la ausencia de resistencia física por parte de la víctima”.

El Comité señaló que no se debe exigir que una víctima se resista físicamente para dar credibilidad a la denuncia de violación y, recomendó que se “exigiera la existencia de un ‘acuerdo inequívoco y voluntario’ y que requiriera prueba por parte del acusado de medidas tomadas para asegurar el consentimiento de la denunciante/sobreviviente”.

Introduce una idea de inversión de la carga de la prueba: es el acusado quien debe probar que tomó todos los recaudos para la recepción del consentimiento de la otra persona.

La importancia del rol del consentimiento debe considerarse especialmente en cuanto las relaciones entre víctima y agresor están permeadas por asimetrías de poder, que permiten que el agresor someta a la víctima por medio de actos cometidos en el ámbito institucional, laboral, escolar y a través de privación económica, entre otros. Como lo advierte el CEVI, muchas veces en estas situaciones, no existe violencia física y la víctima no se niega de manera explícita, “pero la violación se da porque el consentimiento se asume en situaciones de poder desigual”.

Al respecto, en consonancia con la Recomendación General No. 3 del CEVI, la Corte considera fundamental que los Estados incluyan en la normativa penal algunos elementos para determinar la ausencia del consentimiento en un acto sexual, como por ejemplo: (a) el uso de la fuerza o la amenaza de usarla; (b) la coacción o el temor a la violencia o a las consecuencias; (c) la intimidación; (d) la detención y/o privación de la libertad; (e) la opresión psicológica; (f) el abuso de poder; y (g) la incapacidad de entender la violencia sexual.⁸

También es necesario tomar en consideración el **rol central que tiene la declaración** de la víctima de violencia sexual en casos de esa naturaleza, como ya ha señalado la Corte en oportunidades anteriores. Sostiene que es evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma 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.⁹

III. Imprescriptibilidad de los delitos contra la integridad sexual

En el caso Thelma Fardin, el fallo tuvo por probadas la práctica de sexo oral y la penetración con dedos, pero como ese acto ocurrió en 2009, el juez consideró que ya estaba prescripto. Si hubiera ocurrido en 2010 no estaría prescripto. Si la hubieran violado 61 días después el fallo sería condenatorio.

Como señalan los especialistas, la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico. En el caso de las niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual, este impacto podría verse severamente agravado, por lo que podrían sufrir un trauma emocional diferenciado de los adultos, y un impacto sumamente profundo.¹⁰

⁸ Cfr. *Comité de Expertas del MESECVI, Recomendación General No. 3, supra, pp. 26 a 28.*

⁹ *Caso “J. vs. Perú”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 323.*

¹⁰ *CIDH, “Angulo Losada vs. Bolivia”, sentencia de 18 de noviembre de 2022, párr. 105.*



Según la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM), en Argentina solo el 15,5% de las denuncias por delitos contra la integridad sexual llega a sentencias condenatorias. Para Amnistía Internacional Argentina, en otros países de la región, como Guatemala y Brasil, la tasa de condena por violación sexual es del 1%.

Los especialistas sostienen que los tiempos de las víctimas no coinciden con los plazos judiciales. Pasa mucho hasta que pueden reconocerse víctimas, muchas veces se naturaliza el acto y no se tiene conciencia del padecimiento traumático, es un acto subjetivo muy profundo y complejo.¹¹

La perita Mesa Peluffo, interviniente en el Caso Angulo de Losada, arguyó:

En lo referente al impacto psicológico de la revictimización por parte del Estado, como dice Judith Herman, el trauma es la aflicción de los que no tienen poder. En el trauma la víctima se ve indefensa ante una fuerza abrumadora. Los acontecimientos traumáticos, como la violación, destrozan los sistemas de protección normales que dan a las personas una sensación de control, de conexión y de significado y se produce lo que llamamos trastorno por estrés postraumático. La persona, al verse en esta situación de indefensión, presenta una

combinación de sensaciones de ansiedad y peligro, mantiene un estado permanente de alerta, tiene recuerdos intrusivos y pesadillas relacionadas con el trauma, evita cualquier estímulo que le recuerde los sucesos traumáticos, puede experimentar sentimientos de culpa, miedo y enojo, tiene dificultades para relacionarse con otras personas y se altera su proyecto de vida. El impacto de la revictimización en las víctimas de violencia sexual, especialmente en niñas y adolescentes suele ser devastador. Las niñas y adolescentes merecen una protección especial en los procesos judiciales, ya que las actuaciones de las personas operadoras de justicia pueden aumentar el trauma que han sufrido como consecuencia de la violencia. Por ello, es imprescindible contar con protocolos especiales para la investigación y actuación, así como evitar las actuaciones que pueden ser revictimizantes.¹²

Teniendo en consideración el tiempo que necesitan las víctimas para poder alzar la voz, con frecuencia sucede que las personas que los escuchan en la infancia o en la adolescencia no les

¹¹ Sonia Almada, *Télam*, psicoanalista, magister en *Violencias contra la Mujer y el Niño (Unesco)* y presidenta de ARALMA, asociación civil que trabaja contra las violencias.

¹² Cfr. Peritaje de Sylvia Mesa Peluffo. CIDH, "Angulo Losada vs. Bolivia", sentencia de 18 de noviembre de 2022, pág. 38. En https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_475_esp.pdf

creen, o no lo pueden creer, y el silencio y el desconcierto vuelve a enmudecer a la víctima que se pregunta si estará equivocada, si ese dolor, asco y repulsión que lo embarga será normal y se rinde, lo acepta como lo natural.

Esto lo receptan un proyecto de ley elaborados por un grupo de especialistas que trabajan en el campo en estas temáticas, con el objeto de que no prescriban los delitos de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes, proponen el cambio de nominación, de abuso sexual infantil a violencia contra niños, niñas y adolescentes.¹³

Dentro de los fundamentos del proyecto, se sostiene que, por la evidencia de que es un delito que se produce ante la vulnerabilidad de la víctima menor de edad, en desigualdad de condiciones de fuerza, autoridad y poder, se requiere el desarrollo de un tipo de mecanismo denominado: *síndrome de acomodación*. Esta es una de las razones por las cuales las víctimas no denuncian estos delitos. En palabras de Irene Intebi: “La víctima no protesta, no se defiende, no denuncia. Por el contrario, se acomoda a las experiencias traumáticas mediante comportamientos que le permiten sobrevivir en lo inmediato, manteniendo una fachada de pseudonormalidad”.¹⁴

El proyecto propone que en muchos casos, cuando los adultos deciden denunciar, se encuentran con grandes obstáculos en torno a la prescripción de estos delitos en el sistema penal. Coincide la academia que es un delito que en el principio, cuando ocurre, no hay palabras, solo una energía desmedida que ahoga al sujeto infantil y lo deja en silencio. Paralizado por la violencia y muchas veces enmudecido por la amenaza y el secreto.

Con frecuencia la persona que lo escucha no lo cree, o no lo puede creer, y el silencio y el desconcierto vuelve a enmudecer a la víctima que se pregunta si estará equivocada, si ese dolor, asco y repulsión que lo embarga será normal y se rinde, es decir lo naturaliza. Deja así su cuerpo arrojado a las fauces y sigue soportando el horror. Afortunadamente la mayoría se resigna solo por un tiempo. El sobreviviente lucha por salir del infierno y contar su verdad. Aunque a veces solo pueda hacerlo desde los síntomas y síndromes que hablan por él. Pero prueba y prueba, tantas veces como puede e intenta volver a confiar en el mundo de los adultos.¹⁵

La necesidad de revisar la legislación en cuanto a la imprescriptibilidad es una deuda a las infancias vulneradas sexualmente. Stola sostiene:

La mayoría de las víctimas tarda mucho tiempo en hablar. Porque sienten vergüenza; o porque no se dan cuenta de la gravedad de lo que han vivido y de las consecuencias que tienen para ellas; o porque se produce un mecanismo de negación automático en la mente

como para poder sobrevivir y entonces no recuerdan. Y si recuerdan, aparecen algunas imágenes, pero desafectivizadas, hasta que en un momento aparece el afecto, la emoción, que puede estar disparado por películas, imágenes, pesadillas que de golpe muestran lo vivido, entre otras cosas. Pero para el psiquismo no hay tiempo. Las personas hablan cuando pueden. Y eso puede durar muchísimos años...

IV. Palabras finales

Más allá de todo se ha avanzado en la batalla cultural, en repensar la cultura de la violación y los distintos relieves que tiene la categoría de consentimiento. Desde los feminismos se construyen nuevas estrategias para afrontar y tal vez reparar la violencia sufrida a través de la acción colectiva.

Ese grito colectivo, exigiendo que se haga justicia, marcó un punto de inflexión en la lucha contra la violencia de género, bajo la premisa “no nos llamamos más”, generando el puntapié para que muchas víctimas que necesitan hablar puedan hacerlo y el resto aprenda a escuchar y a respetar.

Luego de que el 11 de diciembre de 2018, Thelma Fardin de 26 años, con una inmensa valentía, sostenida por Actrices Argentinas, hizo pública su denuncia contra Juan Darthés por abuso sexual cuando tenía 16 años, algo cambió, muchas lloramos visceralmente mirando las imágenes en la tele, sin poder comprender el porqué; tal vez lo hacíamos por nosotras o por todas, por las veces que llamamos, las veces que nos avergonzamos de haber sido víctimas. Fuimos muy obedientes, muy buenas mujeres domesticadas callando, pensamos que seguramente éramos nosotras las culpables del avasallamiento a nuestros cuerpos. Quién nos manda a usar esa ropa o a ser *sexis* o a caminar solas por las calles de noche, o simplemente a ser mujeres. Aceptamos los abusos como un costo implícito a esa condición. No digo nada novedoso, pero hay que gritar estas palabras para dejar de neutralizarlas, decir para sacar de las tinieblas los adormecidos recuerdos del padecimiento y sanar, por nosotras y por todas.

Lo único cierto es que algo pasó y el tsunami comenzó, llamadas a la línea contra el abuso sexual infantil aumentaron en un 1200% y los llamados a la línea 144 aumentaron en un 123%. Hay un inmenso camino por andar, lleno de obstáculos, resistencias, sesgado, una justicia con una mira patriarcal arraigada en sus entrañas, que no ve y disciplina a las víctimas. Aparatos estatales vacíos de recursos y sin capacitación suficiente de sus operadoras y operadores. Pero algo inevitable se puso en marcha. Hablar sana, pero necesitamos de la justicia que es la que repara.



¹³ Proyecto de ley - Derecho al tiempo, Argentina, Cámara de Diputados de la Nación Argentina - 5 de mayo de 2023.

¹⁴ Intebi, Irene. *Abuso Sexual Infantil: en las Mejores Familias*. Ediciones Granica S.A.

¹⁵ Fundamentos del proyecto de ley <https://aralma.org/dos-proyectos-de-ley-para-terminar-con-la-violencia-sexual-contra-las-infancias-y-obtener-justicia-para-las-y-los-sobrevivientes/>