

Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay

A los Señores Ministros

Women's Link Worldwide, reconocida por el Ministerio del Interior de la República de Colombia como entidad extranjera sin ánimo de lucro mediante Resoluciones Nos. 1983 del 17 de julio del 2007 y 2683 del 19 de septiembre de 2007, con Sede Social en Bogotá (Colombia) y representada en éste acto por la Señora Mónica del Pilar Roa López, titular del Documento de Identidad [REDACTED] de Bogotá, quien actúa en su calidad de Representante Legal, y **Cooperativa Mujer Ahora**, reconocida por el Poder Ejecutivo de la República Oriental del Uruguay como Persona Jurídica, con Sede Social en San José 1436 y representada en éste acto por las Señoras Fanny Samuniski titular de la Cédula de Identidad número [REDACTED] y Leonor Rodríguez, titular de la Cédula de Identidad número [REDACTED] quienes actúan en sus calidades de Presidenta y Secretaria, respectivamente, constituyendo ambas Organizaciones domicilio a los efectos de esta presentación en San José 1436 de esta Ciudad, compareciendo en autos caratulados **"M. F., P. J. Retribución o promesa de retribución a personas menores de edad o incapaces para que ejecuten actos sexuales eróticos de cualquier tipo"**. **Identificación Única de Expediente 206-54/2014**, a los Señores Ministros de la Suprema Corte de Justicia nos presentamos y decimos:

Que venimos a poner a su consideración el presente *amicus curiae* con la finalidad de apoyar, con su experticia en derecho internacional de los derechos humanos y en derechos fundamentales de las mujeres, el recurso de casación penal interpuesto contra la Sentencia No. 156 dictada en segunda instancia por Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo Turno, en mérito a las siguientes consideraciones.

I. Consideraciones preliminares

Procedencia

Women's Link Worldwide¹ es una organización internacional de derechos humanos fundada hace más de 10 años y reconocida por tribunales y cortes nacionales e internacionales en América Latina y Europa como experta en derechos de las mujeres y niñas víctimas de violencia y discriminación. De ahí nuestro interés en participar respetuosamente en el presente asunto, que además reviste un innegable interés público al involucrar una mujer adolescente, quien es como tal parte de un grupo reconocido por el derecho internacional como uno cuya protección es prioritaria para todas las sociedades, esto es, los menores de edad tal como se establece en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño².

En casos similares al presente, nuestros escritos de intervención como *amicus curiae*, que aportaron elementos del derecho internacional de los derechos humanos, han sido aceptados por las siguientes cortes o tribunales, entre otros:

- a) Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Valentina Rosendo Cantú c. México, en el que hicimos referencia a la violencia sexual como forma de tortura y a los estándares internacionales de protección a menores víctimas de la misma.³
- b) Corte Constitucional Colombiana en el caso de una niña de 3 años víctima de violencia sexual, en el que contribuimos con las obligaciones estatales bajo el derecho internacional de proteger a los/as menores de edad víctimas de estos delitos.⁴

1

www.womenslinkworldwide.org

2

Convención sobre los Derechos del Niño. Ratificada por Uruguay mediante ley 16.137 del 28 de septiembre de 1990; https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en

3

http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=detalle_proyectos&tp=amici&dc=51

4

http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=detalle_proyectos&tp=amici&dc=47

- c) Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso González y otras c. México (Campo Algodonero), en el que destacamos que las desapariciones, violencia y muerte de las víctimas hacían parte de un patrón de violencia sistemática basada en género, condición social y edad que sufren las mujeres de Ciudad Juárez.⁵
- d) Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso M. c. Reino Unido, en el que ofrecimos información acerca de las obligaciones internacionales de los Estados en relación con el retorno de presuntas víctimas de trata a sus países de origen o tránsito.⁶
- e) Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Inés Fernandez c. México, en el que aportamos los estándares internacionales que encuadran la violencia sexual como forma de tortura y aquellos sobre la reparación integral del daño a las víctimas de violencia sexual.⁷
- f) Tribunal Constitucional peruano en la demanda de inconstitucionalidad 00008-2012-PI/TC presentada por 10.609 ciudadanos jóvenes contra la penalización absoluta de las relaciones sexuales con y entre adolescentes, en el que ofrecimos una mirada desde el derecho internacional de los derechos humanos.⁸

La Cooperativa Mujer Ahora⁹ es una organización nacional fundada hace 25 años, dedicada a la promoción y protección de los derechos humanos, especialmente centrada en la construcción de relaciones de equidad de género. Ha participado de acciones nacionales tendientes a la defensa

5

http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=detalle_proyectos&tp=amici&dc=34

6

http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=detalle_proyectos&tp=amici&dc=4

5

7

http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=detalle_proyectos&tp=amici&dc=50

8

http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=detalle_proyectos&tp=amici&dc=61

9

www.mujerahora.org.uy

de los derechos de las mujeres y en particular tendientes a la mejora en la respuesta judicial ante casos de violencia.

En particular fue la organización que lideró el proceso colectivo de presentación de la Acción de Petición Constitucional impetrada -en junio de 2012 - ante la Suprema Corte de Justicia, referida específicamente a la respuesta del sistema de justicia ante situaciones de violencia familiar o doméstica que regula la Ley N° 17.514 y que motivara la Acordada N° 7755.

La figura de *amicus curiae* ha sido definida como “una presentación ante el tribunal donde se tramita un litigio judicial de terceros ajenos a esa disputa que cuenten con un justificado interés en la resolución final del litigio, a fin de ofrecer opiniones consideradas de trascendencia para la sustanciación del proceso en torno a la materia controvertida”¹⁰.

La doctrina ha dicho que “[l]a presentación del *amicus curiae* apunta entonces a concretar una doble función: a) aportar al tribunal bajo cuyo examen se encuentra una disputa judicial de interés público argumentos u opiniones que puedan servir como elementos de juicio para que aquél tome una decisión ilustrada al respecto; y b) brindar carácter público a los argumentos empleados frente a una cuestión de interés general decidida por el Poder Judicial, identificando claramente la toma de posición de los grupos interesados, y sometiendo a la consideración general las razones que el tribunal tendrá en vista al adoptar y fundar su decisión”¹¹. Adicionalmente, es importante tener en cuenta que, “la presentación del *amicus curiae* no produce perjuicio contra ninguna de las partes del litigio, ni tiene entidad para retardar o entorpecer el proceso. El presentante no reviste carácter de parte, su posibilidad de actuación procesal se reduce al agregado de la opinión que emita al expediente”¹²

10

Martín Abregú y Christian Courtis Compiladores, “Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires 1997. pág. 380.

11

Ibídem, p.388

12

Ibídem, p.391.

La presentación del presente *amicus curiae* tiene como objetivo proveer para su consideración argumentos jurídicos nacionales, del Sistema Europeo de Protección a los Derechos Humanos así como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y resoluciones o informes de organismos de Naciones Unidas que puedan enriquecer la resolución del recurso planteado, evidenciando que la explotación sexual contra niñas y mujeres debe ser abordado con apego tanto a la legislación nacional como a los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

La figura de *amicus curiae* también permite a las cortes y tribunales contar con la mirada de la sociedad civil lo cual resulta especialmente relevante en el asunto bajo consideración pues, tal como lo establece la Declaración del Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, *“la sociedad civil desempeña también un papel esencial en la prevención y la protección de los niños frente a la explotación sexual comercial. Por esta razón resulta imperativo la construcción de una sólida asociación entre los gobiernos, las organizaciones internacionales y todos los sectores sociales para contrarrestar tal explotación.”*¹³

En este sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su último informe¹⁴ alentó al Estado Uruguayo a “que refuerce su colaboración con la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales en lo que respecta a la violencia contra la mujer”. En similares términos lo hace el Comité del Niño en las Observaciones Finales realizadas a Uruguay el 8 de junio de 2007¹⁵.

13

Declaración del Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños.
http://white.oit.org.pe/ipec/documentos/decla_estocolmo.pdf

14

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 42º período de sesiones, 20 de octubre a 7 de noviembre de 2008. Observaciones finales a Uruguay. Párrafo 23.

15

Comité de los Derechos del Niño, Cuadragésimo quinto período de sesiones Examen de los Informes de presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención, Observaciones finales: URUGUAY, párrafo 23.

Como se viene de expresar el amicus curiae constituye una herramienta que facilita la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones jurisdiccionales de interés público. Ese derecho a la participación se encuentra consagrado en el Artículo 30 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay que regula el derecho de petición.

Por otra parte, el amicus curiae es un instrumento jurídico que sirve al ejercicio de la libertad de expresión. En este sentido la Ley N°16.099 en el artículo 1º establece que “es enteramente libre en toda materia, la expresión y comunicación de pensamientos u opiniones”. En la legislación uruguaya no existe normativa específica que prohíba la utilización de esta herramienta jurídica. Sin embargo, pese a no estar regulado en forma expresa ha sido utilizado ante nuestros Tribunales (Juzgado Letrado de Adolescentes de 4º Turno, Amparo, Res. De 19.4.2006, Juzgado Letrado de Familia de 16º Turno, Acción de amparo, IUE 2-9438/2008 y Juzgado Letrado de Familia de 19º Turno. Visitas, IUE 2-8634/2012). Así mismo el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno en las Sentencias N° 197/2011 y N° 242/2012 hace uso de este instrumento.

En razón del interés público del presente proceso y de la experticia de las organizaciones firmantes en las áreas del derecho relacionadas con el mismo, les pedimos respetuosamente que las consideraciones que se expondrán a continuación sean tenidas en cuenta para la mejor defensa y promoción de los derechos de las niñas uruguayas víctimas de explotación sexual.

II. Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Actualmente es pacíficamente aceptado dentro del derecho internacional de los derechos humanos que, de acuerdo al principio de debida diligencia, es obligación de los Estados de actuar a través de sus sistemas de justicia para investigar, juzgar, sancionar y reparar efectivamente los actos de violencia cometidos contra las mujeres y niñas, ya sea por parte de sus propios agentes o de particulares sin relación con los mismos.

a. El concepto de violencia contra las mujeres y las obligaciones internacionales de los Estados frente a la misma

La *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer* en su artículo 2 establece que la violencia contra la mujer abarca, entre otros actos, la violencia física, sexual y psicológica y la violencia relacionada con la explotación, la trata de mujeres y la prostitución forzada perpetrada dentro de la comunidad o tolerada por el Estado¹⁶.

Por su parte, la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* -CEDAW- en su artículo 2 establece que los Estados convienen en seguir por todos los medios apropiados y sin dilaciones una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer. Para lograr este objetivo se comprometen, entre otras medidas, a regular en su derecho interno las sanciones correspondientes y a velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación¹⁷.

En su *Recomendación General No. 19*, el Comité de la CEDAW afirmó que “la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”¹⁸. Según dicho Comité, la discriminación contra la mujer:

“(...) incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Se incluyen

16

Organización de Naciones Unidas. Asamblea General. *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* [en línea]. Resolución de la Asamblea General 48/104. A/RES/48/104. 23 de febrero de 1994. Artículos 2 y 4. http://www2.ohchr.org/spanish/law/mujer_violencia.htm#1

17

Organización de Naciones Unidas. Asamblea General. *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* [en línea]. Resolución de la Asamblea General 34/180. A/34/46. 3 de septiembre de 1981. Artículo 2. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

18

CEDAW. *Recomendación general No. 19* [en línea]. Aprobada en el 11° periodo de sesiones 1992, párr. 1. <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/Sgeneral19.htm>

actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad”¹⁹.

La *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belem do Para*²⁰ define la violencia contra las mujeres como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause daño, sufrimiento físico, sexual o psicológico de la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, entendiendo que dicha violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a. Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual
- b. Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- c. Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes donde quiera que ocurra.

El artículo 4 numeral c) de la *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer* exhorta a los Estados a investigar y castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares, es esta norma la que fundamenta el principio de debida diligencia, es decir la obligatoriedad de llevar a cabo investigaciones objetivas y profesionales en base a la legislación interna, y el castigo a los responsables de tales acciones,

19

Ídem, párr. 6.

20

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belem do Para. 9 de junio 1994. Arts. 1, 2. <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

así mismo permite delimitar el cumplimiento o incumplimiento de su obligación de prevención de la violencia contra la mujer.

En su *Recomendación General No. 19 el Comité para la Eliminación de la Discriminación* contra la Mujer pidió a los Estados que actuaran con la debida diligencia para prevenir la violencia contra la mujer y responder a ella. Así mismo la dentro de la *Plataforma de Acción de Beijín* se pide a los Estados que procedan con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares.²¹ A través de la *Resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos Humanos* se crea y se mandata al Relator Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias manifestando expresamente el deber de la debida diligencia al indicar que los gobiernos deben actuar con debida diligencia para investigar y de conformidad con la legislación nacional castigar los actos de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares.²² El principio de debida diligencia fue a su vez reiterado en la Resolución 45/2003 en la que extiende el mandato a la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, condenando enérgicamente los actos de violencia contra la mujer y pone de manifiesto el deber de los gobiernos de actuar con la necesaria diligencia para investigar y castigar dichos actos.²³

La Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, al referirse la norma de debida diligencia señala que el Estado, en los diferentes niveles de intervención debe

21

Declaración y Plataforma de Acción de Beijín del 4 al 15 de septiembre de 1995. Apartado b) párrafo 125. <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>

22

Resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos Humanos adoptada el 4 de marzo de 1994. nombramiento y mandato del Relator Especial sobre la violencia contra la mujer. Numeral 2. <http://www.ohchr.org/SP/Issues/SRWomen/Pages/SRWomenIndex.aspx>

23

Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2003/45 adoptada el 23 de abril de 2003. Extensión del mandato de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer. Numeral 5. <http://www.ohchr.org/SP/Issues/SRWomen/Pages/SRWomenIndex.aspx>

emplear razonamientos y estrategias innovadoras para hacer frente a las bases en las que se construyen las jerarquías entre los sexos y se justifican y mantienen la violencia y otras formas de discriminación contra la mujer. Además, los agentes no estatales deben ser considerados responsables de los actos que puedan dar lugar a violaciones de derechos humanos de las mujeres. Por lo tanto, deben proceder con la debida diligencia para enjuiciar e indemnizar la violencia contra la mujer y deben utilizar múltiples enfoques para intervenir en diferentes niveles. “El Estado debe transmitir un mensaje inequívoco de que la violencia contra la mujer es un acto penal grave que será investigado, enjuiciado y castigado...Debe evitarse que las mujeres que han informado de actos de violencia sean de nuevo objeto de victimización por ese hecho, y deben instaurarse normas de procedimiento para la presentación de pruebas y medidas de protección de las víctimas y los testigos que garanticen que las mujeres no sufran más daño como consecuencia de su denuncia de la violencia”²⁴.

b. Obligaciones de los Estados frente a la explotación sexual comercial en contra de personas menores de edad

Las niñas y niños son sujetos de derechos de especial protección contra las formas de violencia, especialmente aquellas que afectan su dignidad e integridad sexual.

Toda niña tiene derecho a ser protegida contra la violencia y la discriminación de conformidad con la CEDAW y la Convención Belem do Para, cuyas obligaciones fueron asumidas por el Estado Uruguayo al ratificarlas. Estos compromisos, se ven reforzados por la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento jurídico internacional de alcance universal, que exige al Estado proteger a las niñas frente a la explotación y los abusos sexuales y promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de las víctimas infantiles, tarea en la cual el sistema de justicia tiene la vital labor de adelantar los procesos judiciales correspondientes para

24

Yakin Erturk, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Comisión de Derechos Humanos, 62º. periodo de sesiones. E/CN.4/2006/6. 20 de enero de 2006. Párrafos 74-76, 92.
<http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/sessions/62/listdocs.htm>

sancionar efectivamente a los responsables y reparar a las víctimas después de una debida investigación.

Según el artículo 1 de este tratado, se entiende por niño o niña todo ser humano menor de dieciocho años de edad. En su artículo 3 se identifica claramente que, en todas las medidas concernientes a los niños y niñas que tomen las instituciones públicas, la consideración primordial a que se atenderá será su interés superior. Adicionalmente, el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la venta de niños, la prostitución infantil y el uso de niños en la pornografía*²⁵ compromete a los Estados a garantizar la protección de las personas menores de edad contra la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. En su artículo 8 establece la necesidad de los estados de adoptar medidas para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños y niñas víctimas, reconociendo la vulnerabilidad y adaptando los procedimientos de forma que se reconozcan sus necesidades especiales.

Varios instrumentos internacionales adicionales comprometen a los estados en esta misma línea. Así, el *Convenio 182 OIT sobre las peores formas de trabajo infantil 1999*²⁶, en el artículo 3, establece que la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución son consideradas las peores formas de trabajo infantil.

La *Declaración del Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños de Estocolmo en 1996*²⁷ establece que la explotación sexual comercial de los niños es una violación

25

Aprobado por la Ley no. 17.559 de la Republica Oriental de Uruguay.

26

Convenio 182 OIT sobre las peores formas de trabajo infantil
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C182

27

Según el Examen de las Naciones Unidas sobre los informes presentados por los Estados partes en virtud del párrafo 1 del artículo 12 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño del 24 octubre 2012 para Uruguay, el Estado uruguayo participó activamente de los *Congresos Mundiales contra la Explotación Sexual Comercial*, adhiriendo a los compromisos emanados de ellos y

fundamental de sus derechos. Esta comprende el abuso sexual por adultos y la remuneración en metálico o en especie al niño o niña y a una tercera persona o varias. El niño es tratado como un objeto sexual y una mercancía. De conformidad con este instrumento, la explotación sexual comercial de los niños constituye una forma de coerción y violencia contra los niños, que puede implicar el trabajo forzoso y formas contemporáneas de esclavitud. Así mismo, identifica la necesidad de promulgar el carácter delictivo de la explotación sexual comercial de los niños y otras formas de explotación sexual, y condenar y castigar a todos los delincuentes implicados a la vez que se garantiza que las víctimas infantiles de estas prácticas quedan exonerados de toda culpa.

III. DERECHO URUGUAYO

Uruguay ha ratificado los principales instrumentos internacionales, tales como la Declaración Americana, la Convención Americana (Ratificada por Uruguay por la Ley 15.737 de 8/3/85), Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Ratificada por Uruguay por la Ley 15.164 del 4/8/81), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Ratificada por Uruguay por la Ley 16.735 del 5/1/96), la Convención sobre los Derechos del Niño (Ratificada por Uruguay por la Ley 16.137 del 28/09/1990), el Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil (Ley N° 17.298 del 15 de marzo de 2001), la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (Ley N° 17.335 de 17 de mayo de 2001), el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Ley N° 17.559 del 27 de setiembre de 2002) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y sus Protocolos para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y niños y el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (Ley N° 17.861 del 28 de diciembre de 2004), que consagran el deber de actuar con la debida diligencia.

promoviendo la realización en Montevideo, en el año 2001, de la *Consulta Regional preparatoria del II Congreso Mundial*.

El desarrollo del derecho internacional ha promovido que los Estados hagan sus mayores esfuerzos por armonizar su legislación interna con las obligaciones asumidas en el ámbito internacional. De acuerdo a lo preceptuado por el Artículo 72 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay y los principios fundamentales que consagra, los derechos reconocidos en normas internacionales constituyen el llamado bloque constitucional (Sentencia Nº 107 de la SCJ de 13.5.2005, disponible en Base de Jurisprudencia del Poder Judicial de ROU), bajo el cual la normativa nacional debe ser armónicamente interpretada y aplicada.

La Ley Nº 17.815 que regula la violencia sexual comercial o no comercial cometida contra niños o adolescentes tiene como objetivo cumplir con estas obligaciones asumidas a nivel internacional y con lo que establece el art. 41 inciso final de la Constitución de la República Oriental de Uruguay. Dicha norma establece específicamente que “La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que *“cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana²⁸”*.

28 Resolución de la Corte Interamericana de derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, Caso Gelman vs Uruguay, Supervisión de cumplimiento de Sentencia en Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, párr. 124; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, párr. 176, y Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26

Recientemente, el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff expresaba que “(...) la Suprema Corte de Justicia está sujeta a sus obligaciones internacionales, de modo que los magistrados deben asegurar, de manera proactiva, el respeto de las normas internacionales de derechos humanos, tanto en sus deliberaciones como en la aplicación de los procedimientos judiciales”²⁹.

Este control de convencionalidad abarca todas las materias, incluida la Penal. Debemos recordar que el Derecho Penal tal como lo expresa Lorena Fries y Verónica Matus ³⁰“(…) es el encargado de fijar los límites de lo aceptable para una sociedad. En este sentido, establece una frontera entre aquello tolerado y aquello que socialmente deberá ser castigado. Así como en las otras ramas del derecho, el derecho penal distingue lo que es aceptado en términos de género, y valora las conductas del ser y hacer de hombres y mujeres, demarcando la última frontera”.

Es innegable que el derecho, lejos está de ser neutro como algunos pretenden, está impregnado de estereotipos de género, no solo en su formulación sino en la aplicación que del mismo se hace. Dice Magdalena Zold³¹ “El enfoque de género en el análisis de los discursos jurídicos (y de las prácticas judiciales) permite descubrir mecanismos de dominación sobre las mujeres y sus repercusiones, así como la incompatibilidad de estos mecanismos sociales con los sistemas democráticos y el Estado de derecho”.

IV. CONCLUSIONES

Con base en la legislación internacional y nacional, y para atender al compromiso estatal de investigar y sancionar la violencia contra las mujeres y niñas, resultan de rechazo los

de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 225. Véase asimismo Caso Gelman Vs. Uruguay, párr. 193, y Caso Furlan y familiares Vs. Argentina, párr. 303

29 Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff. Borrador de Informe de la misión a Uruguay en el 2013. parrafo 25

30 “Sexualidad y reproducción, una legislación para el control: el caso chileno” Lorena Fries y Verónica Matus en Género y Derecho.

31 Reforma el Código Penal desde una perspectiva de género. Magdalena Zold en El enfoque de género en las reformas de la legislación penal y procesal penal. Bancada Bicameral Femenina. 2009

argumentos vertidos en la sentencia de segunda instancia como fundamento para revocar la sentencia interlocutoria dictada por el Juez Letrado de Primera Instancia de Cerro Largo de Primer Turno.

- a) *La menor dijo al victimario ser mayor de edad y tener una hija:* las acciones de un adulto no pueden ser justificadas –como eximente o atenuantes- en ningún caso por las afirmaciones hechas por una víctima en condiciones de extrema vulnerabilidad. Ha quedado establecido que es el Estado Uruguayo quien está obligado a condenar y castigar a todos los delincuentes implicados, a la vez que garantiza que las víctimas infantiles de estas prácticas quedan exoneradas de toda culpa, tal como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración del Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños. La vinculación a que la joven tenía una hija, no sólo no guarda relación alguna con la edad de la víctima sino que tiene una noción estereotipada de la sexualidad de la adolescente. Las prácticas judiciales que utilizan una imagen estereotipada de las mujeres constituyen un acto de discriminación que violenta las normas nacionales e internacionales.
- b) T. K. C. *A negó, expresa y categóricamente, haber mantenido relaciones sexuales:* la explotación sexual es una de las formas más severas de violación a los derechos humanos por lo que los jueces deben tomar en consideración que la gravedad de los mismos deviene del estado de limitación de conocimiento y vulnerabilidad ante presiones externas, por lo tanto expresar que este tipo de declaración es medular para revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, es contrario a la necesidad de los estados de adoptar medidas para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños y niñas víctimas reconociendo la vulnerabilidad y adaptando los procedimientos de forma que se reconozcan sus necesidades especiales, según se establece en el artículo 8 del *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*.

- c) Todas las medidas tomadas dentro del presente proceso penal deben ser adecuadas al interés superior de T.K.C.A. en congruencia con lo estipulado en el artículo 3 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, sin embargo los argumentos vertidos en la revocación de la sentencia interlocutoria de primera instancia parten desde la concepción de que el acusado fue engañado por la víctima y que la declaración de ella no es congruente con la declaración del acusado, por lo que debe aplicarse el principio “in dubio pro reo”. Sin embargo, deviene inaplicable la utilización de principio “in dubio pro reo” cuando la legislación internacional de derechos humanos y la nacional de protección a la niñez y adolescencia, fundamentan que desde el inicio de las investigaciones hasta la resolución del mismo el principio que deberá prevalecer es el del interés superior del menor.
- d) La decisión de enjuiciamiento constituye, ni más ni menos, que un juicio de probabilidad acerca de los extremos fácticos y jurídicos de la imputación, exigiendo el artículo 125 del Código del Proceso Penal la existencia de elementos de convicción suficientes como para juzgar que determinado sujeto tuvo participación en un hecho de naturaleza delictiva. Dado el carácter provisorio del auto de procesamiento establecido en el Artículo 132 del Código del Proceso Penal, el Tribunal de Apelaciones debió limitar el análisis de la impugnación a la etapa procesal que correspondía. Sin embargo, la sentencia revocatoria del fallo de primer grado, se expide sobre cuestiones aún no esclarecidas y que deberán serlo durante el curso del sumario porque, precisamente, tal es su función en el esquema procesal patrio. No es dable argumentar a favor de la absolución del imputado ingresando al análisis estratificado del delito, como si se tratara de resolver el medio impugnativo contra una sentencia definitiva condenatoria, cuando aún la misma no ha sido dictada. Ello es contrario a derecho pues obstaculiza el normal desarrollo del proceso, impide la investigación y esclarecimiento de los graves hechos acontecidos, favoreciendo ilegítimamente a aquellas personas que deben primero ser sometidas a un juicio penal con las máximas garantías, para recién luego ser condenadas o absueltas. No antes. Cuando in fine de su Considerando, el Tribunal sostiene que “todo pasa por especulaciones sobre una cuestión de hecho” refiriéndose a la edad de la adolescente,

reafirma el error en el que incurrió al impedir, justamente, sean investigadas esas cuestiones de hecho, así como otras.

- e) Pretender que las víctimas de explotación sexual culpabilicen de los actos constitutivos de la explotación a sus explotadores, no sólo es contrario a la normativa de fuente internacional y nacional vigente en la materia, sino que atenta contra la lógica jurídica. Las víctimas de explotación siempre serán víctimas y no objeto de la prueba a diligenciar y valorar durante el decurso del proceso. Lamentablemente, existe en nuestro país el antecedente de una adolescente víctima de explotación sexual que colaboró con la instrucción penal en el caso popularmente conocido como la "Casita del Parque" en Paysandú. La adolescente falleció el 16 de noviembre de 2013 electrocutada por una descarga eléctrica que provino de una heladera. El Instituto Nacional de la Niñez y la Adolescencia efectuó la denuncia penal en el Juzgado de Crimen Organizado por la muerte de la joven, dado que al realizarse la pericia de la heladera, un técnico de UTE concluyó que el artefacto desprendía una cantidad de electricidad que no alcanzaba para matar a una persona, según afirmó Luis Purtscher, del Comité para la Erradicación de la Explotación Sexual de Menores. El éxito de un proceso judicial radica en esclarecer los hechos acontecidos, y en ello es altamente probable que las víctimas no colaboren e incluso que intenten proteger a los explotadores. Las razones son muchas, y entre ellas, encontramos el miedo por las consecuencias que podrán derivar de su colaboración con la autoridad judicial. En un país pequeño geográficamente, en el cual las comunicaciones son fluidas, son muchas víctimas adolescentes quienes han tomado conocimiento que una antes declaró y murió luego electrocutada por la descarga de una heladera que no era capaz de electrocutar.
- f) El Poder Judicial se encuentra obligado a garantizar una respuesta judicial que entre otros caracteres - idónea, inmediata, oportuna, exhaustiva e imparcial- debe ser seria. Resulta indispensable que los pronunciamientos de los tribunales al tiempo de exponer el conjunto de ideas que se consideraron para emitir el fallo, se encuentre a la altura de estilo que requiere los casos de vulneración de derechos fundamentales. Se observa que la sentencia de segunda instancia, incluye innecesariamente, algunas expresiones

meramente especulativas sin basamento científico ni de iure, que resultan altamente significativas por la discriminación, banalización y estereotipos de género. Referirse a la edad de la adolescente víctima como un “acertijo”, calificar de “que resulta realmente ridículo” tomar prevenciones para verificar la edad de la víctima, y calificar a la misma de “hábil declarante” con capacidad de engaño. El caso revela que una adolescente fue encargada, se pago por ella, hubo quienes cobraron comisiones por negociarla, y se la transportó como un paquete a destino en el cual se le entregó al cliente. Todo lo cual reviste una respuesta seria del sistema, sin naturalización como la que se incurre por ejemplo al expresar: “pero francamente tal extremo no parece ajustarse a la lógica de como acontecen la cosas en la vida cotidiana”. La lógica de la vida cotidiana de las personas que no incurrn en conductas delictivas, no incluyen el encargo interdepartamentales de una adolescente. Las generalizaciones a la lógica y a la vida cotidiana de la gente en ésta clase de hechos, naturaliza los mismos, contrariamente a lo que el derecho vigente regula al respecto y la incesante campaña de sensibilización que con responsabilidad ciudadana se viene implementando en el país.

- g) El falso juicio o el desconocimiento de alguna circunstancia constitutiva del delito, es personal e intransferible. Son dichas características las que sitúan en el centro de análisis a quién presumiblemente puede o no, haber incurrido en aquel falso juicio. Y en éste punto, se destaca la profesión del imputado quien detenta conocimientos científicos que tornan inverosímil el no haberse podido percatar de la edad de la adolescente. El simple impacto visual debe considerarse, bastado la convocatoria a audiencia en el ejercicio del poder-deber de la búsqueda de la verdad material, como lo realizó Decisor de primera instancia y la representante del Ministerio Público y Fiscal. A dichos operadores, el contacto visual con la víctima, los condujo a destacar que su menudes, representaba menos aún de la edad verdadera. Al considerar la profesión de antropólogo del imputado, se debe tener presente que es una ciencia que estudia al ser humano de una forma integral. Para abarcar la materia de su estudio, la Antropología recurre a herramientas y conocimientos producidos por las ciencias sociales y las ciencias naturales. La rama de la antropología física o biológica precisa del concurso de otras ciencias, tales como la anatomía, la fisiología, la paleontología humana, la biología

molecular y la genética. El imputado se encuentra, en mejores condiciones que el juez de primera instancia, para no dudar que la adolescente era menor de dieciocho años. Y aún, aceptando la hipótesis de “duda” que declara, resulta inverosímil tomando en cuenta su profesión, que haya podido ser víctima de engaño por la simple palabra de la adolescente al responder a su pregunta sobre la edad. En el caso de un imputado de profesión abogado, panadero, constructor, arquitecto, feriante o maestro, se podría ingresar al análisis del falso juicio que se sustenta por la contestación de la víctima a la pregunta sobre la edad. No así, cuando el imputado es antropólogo de profesión. No sólo no es probable, sino imposible exista confusión, en quien posee conocimientos científicos específicos.

En suma, de conformidad con la normativa vigente –de fuente internacional y nacional- aplicable al caso cuya resolución se encuentra a su consideración, es necesario que las investigaciones realizadas para juzgar y sancionar la explotación sexual contra personas menores de edad sean llevadas a cabo desde su especificidad, erradicando concepciones que niegan la desventaja o desigualdad frente al victimario en la que se encuentran las niñas y adolescentes. Aunado a la especificidad de desigualdad de poder es necesario tomar en consideración que en delitos de violencia sexual cometidos contra mujeres y niñas existen visiones estereotipadas y altamente perjudiciales en las que con frecuencia la carga probatoria más grande depende de la declaración de la víctima poniendo sobre su condición, ya traumática, una función que le corresponde al Estado a través de su órgano de persecución penal.

PETITORIO

Por lo expuesto a los Ministros **PEDIMOS:**

- 1- Nos tenga por presentadas en la representación invocada, por denunciados los domicilios, constituido a estos efectos y por presentado el Amicus Curiae.