

Procuración General de la Nación

Resolución PGN N° 557 /2012.

Buenos Aires, 14 de noviembre de 2012.-

VISTOS:

Las facultades de la Procuradora General de la Nación que surgen de los artículos 25, incisos a), y 33, incisos d) y e), de la ley n° 24.946 y el documento *Consideraciones sobre el juzgamiento de los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado* elaborado por la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los derechos humanos cometidas durante el terrorismo de Estado; y

Y CONSIDERANDO:

-I-

En pasado 9 de noviembre se creó el *Programa del Ministerio Público Fiscal sobre Políticas de Género*, en el marco del cual se adoptarán las acciones necesarias para, entre otros aspectos, mitigar las necesidades e injusticias que, vinculadas con la disponibilidad del servicio de administración de justicia, impiden a las mujeres víctimas de violencia el acceso efectivo a mecanismos judiciales eficaces y respetuosos de los derechos en juego.

Dentro de los ejes de trabajo más destacados que se le asignaron al *Programa del Ministerio Público Fiscal sobre Políticas de Género* se encuentran la difusión, sensibilización y capacitación sobre la temática de género y derechos de las mujeres; así como la articulación intra e interinstitucional con organismos encargados de asuntos pertinentes para la temática de género.

-II-

La Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los derechos humanos cometidas durante el terrorismo de Estado emitió, el pasado 2 de octubre, el documento *Consideraciones sobre el juzgamiento de los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado*, que obra como anexo a la presente resolución.

El instrumento señalado apunta a dejar en evidencia el tratamiento judicial deficitario que reciben los delitos contra la libertad sexual cometidos durante el terrorismo de Estado en nuestro país. Esa falencia, tal como surge del documento señalado, es una de las circunstancias que explican el hecho de que el proceso general de juzgamiento de los crímenes contra la humanidad no refleje aún en toda su dimensión la faceta del terrorismo de Estado vinculada con los abusos sexuales.

El documento identifica los aspectos problemáticos de la práctica judicial al momento de tratar estos delitos y ofrece distintas pautas de actuación para evitar o mitigar sus efectos perniciosos en consonancia con las Observaciones Finales que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer efectuara al Estado Argentino. (Cf. “Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer”, 46º período de sesiones, 16 de agosto de 2010.)

En particular, el Comité recomienda que se adopten medidas proactivas para hacer públicos, enjuiciar y castigar los incidentes de violencia sexual perpetrados durante la pasada dictadura, en el marco de los juicios por crímenes de lesa humanidad (párr. 26 del documento citado).

—III—

Este instrumento es en un todo compatible con las metas y objetivos que persigue la creación del *Programa del Ministerio Público Fiscal sobre Políticas de Género*; específicamente, con aquellos orientados a remover los obstáculos —eventualmente originados en la existencia de patrones socioculturales discriminatorios— que impiden a las mujeres víctimas de violencia alcanzar respuestas judiciales eficaces y respetuosas de los derechos en pugna.

Por todo ello, en uso de las facultades previstas en el art. 33, incisos d) y e) de la Ley 24.946,

Procuración General de la Nación

LA PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

RESUELVE:

Artículo 1: Instruir a los señores y señoras fiscales para que tengan en consideración el documento elaborado por la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los derechos humanos cometidas durante el terrorismo de Estado, *Consideraciones sobre el juzgamiento de los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado*, que obra como anexo a la presente.

Artículo 2: Protocolícese, notifíquese, publíquese en el Boletín Oficial del Ministerio Público Fiscal de la Nación y en PGN *on line* - Novedades de la Procuración General de la Nación y archívese.



ALEJANDRA GILS CARBÓ
PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

14 11 12
Dra. DANIELA WANA GALLS
PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

14 11 12



Procuración General de la Nación

Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado

CONSIDERACIONES SOBRE EL JUZGAMIENTO DE LOS ABUSOS SEXUALES COMETIDOS EN EL MARCO DEL TERRORISMO DE ESTADO

I. INTRODUCCIÓN

A medida que se profundiza el proceso de juzgamiento de los crímenes del terrorismo de Estado en Argentina va quedando en evidencia el escaso avance registrado respecto de una de las facetas de ese fenómeno criminal: los abusos sexuales.

Ya en la CONADEP y en el juicio a las juntas militares (causa 13/84 de la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal) se recibieron testimonios sobre abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado. Sin embargo, pese a que el proceso de juzgamiento de los crímenes contra la humanidad alcanza en la actualidad un importante desarrollo¹ y a que en los últimos años se han producido numerosos testimonios sobre el tema, los delitos contra la libertad sexual² todavía no han sido tratados en los procesos judiciales de un modo acorde con la verdadera dimensión que han tenido en la práctica. Por otra parte, las figuras penales referidas específicamente a esa clase de delitos han sido muy escasamente aplicadas. Debe decirse que la primera y única sentencia en la que se registró una condena por un delito de índole sexual, calificado como tal, se firmó en Mar del Plata el 16 de junio de 2010³.

Frente a esta realidad se ha intentado identificar cuáles son los aspectos problemáticos que muestra la práctica judicial al momento de tratar los delitos contra la libertad sexual. Para ello se han relevado decisiones de tribunales de todo el país referidas a esta temática y se mantuvieron diversas entrevistas con víctimas de estos crímenes, organizaciones de derechos humanos —algunas de ellas con dedicación específica al tema— y funcionarios judiciales⁴.

Nota: La presente versión del documento incorpora algunas consideraciones sobre los casos de abortos forzados sufridos por mujeres que se encontraban en cautiverio durante el terrorismo de Estado (ver parte final del capítulo III.b).

¹ Se registran 240 condenados por delitos cometidos en el marco del terrorismo de Estado, la mayor parte en los últimos años. Por otra parte hay más de 800 procesados, la mitad de los cuales ya tiene al menos una causa en etapa de juicio.

² Aquí se utilizará la expresión “delitos contra la libertad sexual”, porque es la que mejor expresa lo que implica el fenómeno de violencia sexual y resulta preferible a la introducida hace unos años en el Código Penal (delitos contra la “integridad sexual”) en reemplazo de la anterior (“delitos contra la honestidad”).

³ Sentencia del Tribunal Oral Federal de Mar del Plata en la causa N° 2086 y su acumulada N° 2277, “Molina, Gregorio Rafael s/ privación ilegal de la libertad, etc.”. El imputado Molina fue condenado, entre otros delitos, por seis hechos constitutivos de violación, uno de ellos en grado de tentativa.

⁴ Últimamente, el tema de los delitos sexuales cometidos en el marco de graves violaciones a los derechos humanos ha sido objeto de numerosos seminarios y trabajos de investigación. Pueden consultarse, entre otros, los siguientes: el “Manual de Crímenes de Género en el Derecho Penal Internacional”, publicado por la asociación Women’s Link Worldwide, disponible en el sitio web: http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=detalle_proyectos&dc=33; el cuaderno “Análisis de la relación entre violencia sexual, tortura y violación de los Derechos Humanos”, compilado por María Sonderéguer y Violeta Correa. U.N.Q. y U.N.La., 1ª Edición, Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, 2009; el *amicus curiae* “Violación sexual como crimen de lesa humanidad”, presentado por la Organización

Una de las situaciones problemáticas que se ha podido detectar es que suele calificarse a los abusos sexuales exclusivamente como “tormentos”⁵, prescindiendo del empleo de las figuras penales que nuestra legislación prevé específicamente para esas situaciones. De este modo, los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado suelen quedar diluidos –y, de algún modo, invisibilizados– dentro del conjunto de padecimientos sufridos en cautiverio, los que son calificados globalmente como “tormentos”⁶. Este modo de calificar los hechos impide reflejar la especificidad de la agresión sufrida por la víctima del abuso sexual; agresión que queda englobada en una descripción típica que no refleja cabalmente todo el contenido de injusto puesto de manifiesto en la acción.

En ciertos casos, la falta de calificación de los abusos sexuales conforme a las figuras específicas de la legislación nacional parece estar asociada a la idea de que no se darían las condiciones exigidas por el derecho internacional para considerar a los delitos sexuales propiamente dichos como *crímenes contra la humanidad*. Si bien es claro en el derecho penal internacional que actos de abuso sexual cometidos como parte de un “ataque generalizado o sistemático contra la población civil” son susceptibles de ser calificados de acuerdo con dicha categoría delictiva, en algunas resoluciones se ha sostenido que para considerar que los abusos sexuales son crímenes contra la humanidad haría falta demostrar que dichos actos han ocurrido de manera generalizada o sistemática. Como se verá luego, esta idea se asienta en una interpretación incorrecta de los requisitos típicos de esa categoría de delitos, dado que transfiere una exigencia propia del contexto de acción (“ataque generalizado o sistemático”) a cada tipo de delito en particular (homicidio, tortura, violación, etc.). En efecto, lo que la figura requiere es que el ataque contra la población civil sea generalizado o sistemático, lo cual no implica exigir que cada clase de conducta

No Gubernamental De Justicia (Colombia) ante la Primera Fiscalía Penal de Abancay. Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH); el *amicus curiae* presentado por el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM) y el Instituto de Género, Derecho y Desarrollo (INSGENAR) en la causa N° 4012, “Riveros”, del Juzgado Criminal y Correccional Federal n° 2 de San Martín (provincia de Buenos Aires), disponible en el sitio web: http://www.cladem.org/index.php?option=com_rokdownloads&view=file&Itemid=115&id=1179:cladem-argentina-amicus-curiae-causa-riveros; Lorena Balardini, Ana Oberlin y Laura Sobredo, *Violencia de género y abusos sexuales en centros clandestinos de detención. Un aporte a la comprensión de la experiencia argentina*, en CELS e ICTJ editores, Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, en prensa (<http://www.cels.org.ar/common/documents/Balardini-Oberlin-Sobredo.pdf>); “Grietas en el silencio. Una investigación sobre la violencia sexual en el marco del terrorismo de Estado”, AA.VV, edición a cargo de Marta Vasallo, Rosario, Cladem, 2011. También cabe citar el documental “Lesas Humanidad” (2011), fruto de una investigación del Programa “Violencias de género en contextos represivos” de la Subsecretaría de Derechos Humanos de la provincia de Córdoba.

⁵ La ley penal vigente al momento de los hechos se refería a “tormentos”, mientras que la ley actual emplea la voz “tortura”. Aquí se utilizan indistintamente.

⁶ Se hace referencia a las decisiones judiciales en las que se describen los abusos sexuales y, pese a ello, se califican esos hechos como tormentos. Ver, al respecto, entre otras, las sentencias de los juicios “Brusa” (causa 3/08 del TOF de Santa Fe, del 15/2/2010), “Facino” (causa 167/09 del TOF de Santa Fe, del 23/8/2010), “Caballero” (causa 1169/09 del TOF de Resistencia, del 13/12/2010), “Miara” –“ABO”- (causa 1668 del TOF n° 2 de Capital Federal, del 22/3/2011), el auto de elevación a juicio de Jorge R. Videla en la causa “Primer Cuerpo del Ejército” (expediente 14.216/03 del Juzgado Federal n° 3 de Capital Federal, del 30 de diciembre de 2009), la confirmación del procesamiento de Jorge Eduardo Acosta en la causa “ESMA” (causa 28.178, “Damario”, de la Sala II de la CCCF, registro n° 30.534, del 21 de octubre de 2009), el procesamiento en la causa “Bustos” (causa n° 4459 —y acumuladas— del Juzgado Federal de San Juan, del 20/8/2010), entre otros. Cabe destacar que en la sentencia dictada en la causa “Barcos” (causa 43/08 del TOF de Santa Fe, del 19/4/2010) el Tribunal Oral hizo mención a que hechos de violencia sexual declarados durante el juicio constituyen una forma más de tormento y, por ende, crímenes contra la humanidad. Sin embargo, los hechos no fueron calificados como delitos sexuales, probablemente por razones de congruencia, dado que no estaban concretamente descriptos en la acusación (principio de congruencia entre acusación y sentencia).



Procuración General de la Nación

Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado

(homicidios, torturas, violaciones, etc.), deba haber sido ella misma generalizada o sistemática.

Por otra parte, ciertas dificultades para la persecución de los abusos sexuales (o de su calificación específica como delitos contra la libertad sexual) parecen estar vinculadas a la interpretación y aplicación de las normas referidas al régimen de acción penal dependiente de instancia privada que en nuestro ordenamiento jurídico alcanza a los delitos de índole sexual.

Otro ámbito problemático se refiere a cuestiones de autoría y participación que surgen a partir de la consideración de los abusos sexuales como “delitos de propia mano”, noción que tiene incidencia en la forma de responsabilizar a integrantes de la estructura represiva. Así, mientras que en los casos de homicidios, torturas, privaciones de la libertad y otros delitos se atribuye responsabilidad penal a título de coautoría y autoría mediata, en los delitos de índole sexual se observa, en general, que el ámbito de la autoría se circunscribe a aquellas personas que han realizado físicamente la acción típica. Ello es una consecuencia lógica de considerar que se trata de delitos de “propia mano”, premisa que cabe poner en duda.

Finalmente, en la última parte del trabajo se realizarán algunas consideraciones respecto del trato de las víctimas-testigos y de la valoración de la prueba, teniendo particularmente en cuenta el papel central que asume aquí el testimonio de la víctima y sus posibles repercusiones, tanto sobre su propia persona como sobre el proceso.

II. LOS ABUSOS SEXUALES COMO CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD. LA IRRELEVANCIA DE LA SISTEMATICIDAD O GENERALIDAD DE LOS ABUSOS SEXUALES

No existen dudas acerca de que la violación y otras formas de abuso sexual están criminalizadas en el derecho penal internacional desde mediados del siglo pasado.

Actos de esta naturaleza estaban incluidos en la categoría de los crímenes contra la humanidad⁷ en la Ley n° 10 del Consejo del Control Aliado⁸ y en el Estatuto del Tribunal

⁷ Sobre el origen y evolución de esta categoría de crímenes pueden verse el dictamen del Procurador General de la Nación en el caso “Derecho René Jesús” del 1/9/2006 y el informe de esta Unidad Fiscal sobre la causa “Larrabure Argentino del Valle s/ su muerte”, del 20/11/2007 (disponible en <http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Informe-caso-Larrabure.pdf>). Asimismo, Parenti, Pablo, *Crímenes contra la humanidad. Origen y evolución de la figura, y análisis de sus elementos centrales en el Estatuto de Roma*, en el libro “Los crímenes contra la humanidad y el Genocidio en el Derecho Internacional”, AAVV, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, abril de 2007, pp. 11/69.

⁸ Su artículo II, l. c) dice: “crímenes contra la humanidad: atrocidades y crímenes, incluyendo pero no limitadas al asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación, u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados. Ver, en este sentido, Alicia Gil Gil, *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de “Los Elementos de los Crímenes”*, en “La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos post-Roma”, AAVV, Kai Ambos coordinador, tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 87.

Militar Internacional⁹ establecido por el Acuerdo de Londres de 1945, instrumentos que sentaron las bases para los juicios por los crímenes del nazismo y sus aliados durante la Segunda Guerra Mundial (juicios de las zonas de ocupación del territorio alemán y de Núremberg, respectivamente).

Más cercanamente en el tiempo, la violencia sexual fue objeto de una rica jurisprudencia a partir del trabajo de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda¹⁰.

Como parte de la cristalización de estos antecedentes y de la evolución del derecho penal internacional, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ha distinguido expresamente diversas modalidades de violencia sexual¹¹. Puede verse que en el artículo 7, 1, g del Estatuto se contemplan como actos constitutivos de los crímenes contra la humanidad la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y otros abusos sexuales de gravedad comparable. Por otro lado, en el documento sobre los “Elementos de los Crímenes”¹² se hace un pormenorizado detalle sobre los requisitos y alcances de cada una de estas conductas a efectos de facilitar su interpretación y aplicación.

Más allá de los desarrollos de los últimos años, es claro que la categoría de los crímenes contra la humanidad comprende desde sus inicios los atentados graves contra la libertad sexual junto al asesinato, la tortura, la privación de la libertad, etcétera¹³.

Como ya se adelantó, ciertas decisiones judiciales parecen asumir la idea de que sólo los abusos sexuales generalizados o sistemáticos tendrían la entidad para configurar crímenes contra la humanidad¹⁴. Esta idea no es correcta, como se intentará mostrar a continuación.

⁹ El artículo 6 del Estatuto estipulaba que los actos que formaban parte de la categoría eran “asesinatos, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, constituyan o no una violación de la legislación interna del país donde se hubieran perpetrado”. Ante la ausencia de una mención específica de delitos con connotaciones sexuales se entendía que este tipo de crímenes quedaba abarcado por los “otros actos inhumanos” (lo mismo, con los tormentos). En este sentido, Samantha Ryan, *From de Furies of Nanking to the Eumenides of the International Criminal Court. The Evolution of Sexual Assaults as International Crimes*, Pace International Law Review, Volume 11, 1999, p. 460.

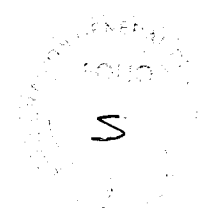
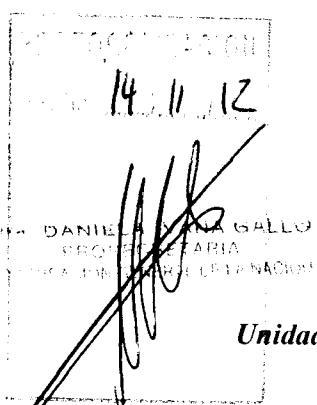
¹⁰ En sus respectivos Estatutos de 1993 y 1994 la violación aparece expresamente indicada como uno de los actos constitutivos de los crímenes contra la humanidad (artículo 5º, g del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y artículo 3º, g de su par para el Tribunal Penal Internacional para Ruanda). Pueden verse, en particular, los precedentes “Akayesu”, del Tribunal para Ruanda (ICTR-96-4-T del 2/9/98, par. 596/8) y “Furundzija”, del Tribunal para la ex Yugoslavia (IT-95-17/1-T, del 10/12/98, par. 174/186).

¹¹ Debe decirse que, aunque con una menor precisión que la del Estatuto de Roma, en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1996, se tipificaba a la “violación, prostitución forzada y otras formas de abuso sexual” (artículo 18, j).

¹² “Elementos de los Crímenes” es un instrumento complementario cuya función, según el art. 9 del Estatuto, es ayudar a la Corte Penal Internacional a interpretar los artículos del Estatuto que definen los crímenes internacionales, entre ellos, los crímenes contra la humanidad. Ese instrumento fue aprobado el 9 de septiembre de 2002 en el primer período de sesiones de la Asamblea de Estados Partes (véase el documento ICC-ASP/1/3, disponible en español en el sitio http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/15157C68-85AE-4226-B41A-C6F6E6E21026/0/Element_of_Crimes_Spanish.pdf).

¹³ También los crímenes de guerra contemplan delitos de índole sexual. Sin embargo, ellos resultan inaplicables al caso argentino, tal como fuera explicado en el informe de esta Unidad Fiscal sobre la causa “Larrabure”, ya citado.

¹⁴ Afirmaciones de este tipo pueden verse, por ejemplo, en el auto de elevación a juicio de Jorge R. Videla en la causa 14.216/03 del Juzgado Federal n° 3 de Capital Federal, firmado el 30 de diciembre de 2009. Allí se



Procuración General de la Nación

Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado

La cuestión radica en establecer cómo distinguir un acto de violencia sexual ordinario (un “delito común”) de uno constitutivo de un crimen contra la humanidad.

Debe decirse al respecto que todo acto ilícito particular susceptible de integrar la categoría de los crímenes contra la humanidad (homicidio, tortura, violación, etc.)¹⁵ resulta efectivamente abarcado por esa figura cuando forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil¹⁶.

Ahora bien, debe distinguirse, por un lado, la cuestión de cuáles son los requisitos para que exista un “ataque generalizado o sistemático” y, por otro, cómo se determina si un acto en particular (un homicidio, una violación, un tormento) forma parte de ese ataque.

La primera cuestión se refiere al contexto de acción en el que se comete cada crimen en particular. En este sentido, un “ataque generalizado o sistemático” supone la existencia de una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos (ataque) que afecten a un gran número de víctimas (generalizado) o bien que se haya llevado adelante según un plan preconcebido que defina un patrón de conducta que vincule a sus distintos actos (sistemático)¹⁷.

dijo que: “[...] esa clase de afectaciones [de índole sexual], quedan situadas en un espacio común pero ajenas a la generalidad y sistematicidad que caracterizaron la concreción del plan de represión ilegal durante el período comprendido entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983 en nuestro país, si bien tales actos lesivos tuvieron idénticos escenarios y fueron cometidos en el mismo contexto de aquellos otros hechos que, característicos del despliegue del terrorismo estatal, son calificados como realizados contra la humanidad [...] Como se ve, en el universo específico tratado en autos, no se dieron esas características por cuanto, si bien una gran cantidad de mujeres fueron sometidas a esta clase de hechos, la dinámica con la que se cometieron los mismos, carente de las notas de una previsión sistemática y una intencionalidad consustanciada con ella, no refleja su inscripción en el plan clandestino de represión instaurado por el régimen [...] Como se dijo al principio, el desarrollo efectuado a lo largo del presente considerando, ha tenido como propósito hacer visibles aquellas agresiones de connotación sexual de diverso tipo a las que fueron sometidas las mujeres en los distintos centros clandestinos de detención y tortura instalados en el ámbito territorial del Primer Cuerpo de Ejército. Así las cosas, siguiendo el cometido de que la dimensión de género se incorpore, de modo patente, como uno de los distintos niveles del entramado en el que se plasmó la ignominia puesta en marcha durante la última dictadura militar, hemos de poner de resalto respecto de cada uno de los hechos imputados -sin perjuicio de las salvedades ya efectuadas respecto a la calificación legal de los mismos-, la específica consideración relativa a si, en el caso correspondiente, formaron parte de las maniobras constitutivas del delito de imposición de tormentos, agresiones de índole sexual”.

¹⁵ Estos actos, según el Estatuto de Roma, son: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, desaparición forzada de personas, el crimen de apartheid y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física (artículo 7.1. a-k). Listas similares de actos ilícitos se encuentran en los artículos 5.a-i y 3.a-i del Estatuto para el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, respectivamente.

¹⁶ Esta formulación condensa o cristaliza los antecedentes normativos y jurisprudenciales referidos a esta categoría desde su aparición.

¹⁷ Un análisis doctrinario y jurisprudencial más profundo sobre estos requisitos del ataque puede verse en Ambos, Kai y Wirth, Steffen, *The current law of crimes against humanity. An analysis of UNTAET Regulation 15/2000*, en “Criminal Law Forum. An International Journal (Volume 13, No 1, 2002)”, pp. 18/21. Ver también Parenti, Pablo, *Crímenes contra la humanidad. Origen y evolución de la figura, y análisis de sus elementos centrales en el Estatuto de Roma*, citado.

La verificación de este requisito no resulta problemático en el caso del terrorismo de Estado, pues es evidente que el sistema represivo impulsado por el Estado en la década de 1970 implicó efectivamente una línea de conducta que tuvo tanto generalidad como sistematicidad (los requisitos de generalidad o sistematicidad son alternativos, pero en el caso argentino se verifican ambos a la vez).

Ahora bien, es claro que no todas las violaciones u homicidios cometidos en Argentina *durante* el terrorismo de Estado fueron crímenes contra la humanidad. Como se dijo antes, debe existir cierta relación entre el acto y el ataque para que ese acto pueda considerarse un crimen contra la humanidad. El centro de la cuestión radica, entonces, en cómo se determina si un acto específico (un homicidio, una tortura, una violación, etc.) formó parte de ese ataque o no.

Esta relación entre el acto y el ataque puede darse por satisfecha, según el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, cuando se dan los siguientes dos elementos: *i*) la comisión de un acto que, por su naturaleza y consecuencias, es objetivamente parte del ataque; *ii*) el conocimiento del acusado de que existe un ataque contra la población civil y que su acto es parte de éste¹⁸.

La idea de la *naturaleza* y las *consecuencias* aporta un parámetro, aunque un tanto vago, de cuál es el nexo que debe existir entre acto y ataque para considerar (objetivamente) a aquél parte de éste.

Otra forma, más precisa, para dar por acreditado este vínculo es observar si la peligrosidad de un crimen (o dicho de otra manera, la vulnerabilidad de la víctima) se ve acrecentada *porque* la conducta de su autor ocurre en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Este parámetro justamente tiene en cuenta la razón de ser de los crímenes contra la humanidad: la protección frente al particular peligro que implica la múltiple comisión de crímenes perpetrados o tolerados por las autoridades (*de iure* o *de facto*).

Es claro que en un contexto de ataque generalizado o sistemático no todo delito cometido se ve facilitado por la existencia de ese ataque. Así, el riesgo de sufrir un homicidio luego de una riña callejera o en ocasión de un robo no varía por la existencia de un ataque contra opositores políticos; la víctima o sus familiares podrían recurrir a la autoridad policial y a la justicia para denunciarlo (que el crimen se evite o se esclarezca dependerá del nivel de eficacia que ordinariamente tengan la policía y la administración de justicia). Esto es lo que no ocurre con ciertas conductas, que se ven favorecidas o facilitadas por la existencia del ataque, precisamente porque no hay una autoridad dispuesta a evitarlas, ni a sancionarlas, es decir, se trata de conductas cometidas al amparo del poder que sostiene la política de ataque generalizado o sistemático.

¹⁸ “Kunarac” (IT-96-23-T & IT-96-23/1-A), 12 de junio de 2002, par. 99. En este mismo sentido, ver “Semanza” (ICTR-9720-T), 15 de mayo de 2003, par. 326.

6



Procuración General de la Nación

Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado

Kai Ambos y Steffen Wirth, dos autores que se refieren al modo en que debe determinarse si un acto *forma parte* del ataque, ponen el siguiente ejemplo: si una persona, a causa del ataque y de la política que lo respalda, no puede contar con el auxilio de la policía, sufre el *riesgo específico* creado por el ataque. Si esa persona es asesinada, el asesinato es parte del ataque. Por el contrario, una persona que es asesinada en el curso de un robo ordinario no es víctima de un crimen contra la humanidad si la policía estaba lista para auxiliar a la persona (aunque haya llegado demasiado tarde). Esta persona habría sufrido el riesgo general de ser víctima de un crimen pero no el riesgo específico creado por el ataque. Agregan estos autores que un test adecuado para determinar si un acto fue parte de un ataque es preguntarse si el acto habría sido menos peligroso para la víctima si el ataque y la política que respalda el ataque no hubiesen existido¹⁹.

Este parámetro rige por igual para cualquiera de los delitos específicos que integran la categoría de los crímenes contra la humanidad, incluidos, claro está, los delitos con connotación sexual.

Efectuada esta precisión conceptual, es evidente que la violencia sexual ejercida dentro de los centros clandestinos de detención y exterminio debe considerarse parte del ataque, dado que fue fruto del dominio prácticamente absoluto que los agentes de la represión ilegal tenían sobre las personas secuestradas, sin que éstas pudieran recurrir, obviamente, a ningún tipo de autoridad en su defensa.

Esta conclusión no depende del hecho de si la violencia sexual en particular fue ordenada o no por los mandos superiores. Es sabido que las personas que ejercían el poder dentro de un centro clandestino podían recurrir y, de hecho recurrieron, a diversas formas de maltrato y de sometimiento de las víctimas. Ciertas prácticas fueron concordantes y muy extendidas en diversos lugares del país (p. ej. la picana eléctrica), pero también es cierto que las formas de violencia no se limitaban a un catálogo cerrado de conductas posibles. Existió un margen bastante amplio donde las formas de violencia se desarrollaron al amparo de una situación de total dominio de los captores y de total indefensión y vulnerabilidad de las víctimas. En este sentido, *todas* las formas de violencia ejercidas en el marco descripto deben considerarse parte del ataque, conforme los parámetros anteriormente señalados²⁰.

Como ya se explicó antes, tampoco es relevante si la violencia sexual en particular fue una práctica generalizada o sistemática, como tampoco es relevante si cierta práctica concreta

¹⁹ Ambos, Kai y Wirth, Steffen, op. cit. p. 36. Un análisis sobre este aspecto se encuentra en Pellegrini, Lisandro, *El nexo entre el acto ilícito y el ataque en los crímenes contra la humanidad*, en "Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación" (dirección de Leonardo G. Pitlevnik), Hammurabi, Buenos Aires, 2010, Tomo 9, pp. 271/96.

²⁰ Incluso deben considerarse de ese modo actos cometidos contra víctimas del terrorismo de Estado fuera del ámbito estricto del centro clandestino, esto es, casos en los que las víctimas hayan sido llevadas a otro lugar físico. Lo relevante no es el lugar donde se comete el delito, sino el ejercicio de un determinado tipo de poder que se expresa en la acción (precisamente, el tipo de poder característico de los crímenes contra la humanidad).

(por ejemplo, cierta forma particular de tortura) fue sistemática o generalizada. La generalidad o sistematicidad como requisito de los crímenes contra la humanidad se refieren al ataque en general y no a cada clase de conducta²¹.

Esto es claro en la jurisprudencia internacional. Así, por ejemplo, lo destacó expresamente el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso *Kayishema* cuando señaló que “los crímenes en sí mismos no necesitan contener los elementos del ataque (es decir, ser generalizados o sistemáticos, estar dirigidos contra una población civil [...]) pero deben formar parte de dicho ataque”²². Es por ello que incluso un acto ilícito particular que no sea de los habituales dentro del ataque —esto es, un delito que no sea de los prototípicos, ni de los expresamente planeados dentro del contexto de agresión— resulta un crimen contra la humanidad si objetivamente formó parte de ese ataque (de acuerdo con los parámetros señalados más arriba).

También los redactores del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se preocuparon por dejar en claro esta cuestión, precisamente al momento de definir lo que significa “ataque”. La fórmula del Estatuto habla de “una línea de conducta que implique la *comisión múltiple de actos (...)*”, expresión que fue introducida en reemplazo de otra que podía crear confusiones. En efecto, la versión que constaba en los trabajos preparatorios del Estatuto decía “comisión de múltiples actos” (“commission of multiple acts”). Esta expresión fue reemplazada por la de “comisión múltiple de actos” (“multiple commission of acts”) con el propósito específico de evitar que pudiera entenderse que se requería la comisión de múltiples actos del mismo tipo (múltiples homicidios, múltiples violaciones, etc.), cuando lo que se exige es la múltiple comisión de actos (en general) incluidos en los incisos *a) – k)* del art. 7.1 del Estatuto.²³

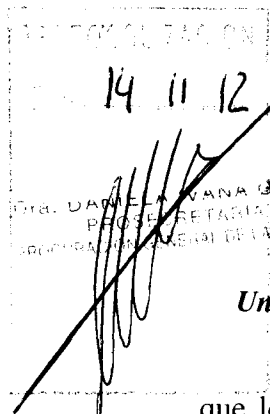
Queda claro, entonces, que la consideración de si los actos de violencia sexual pueden integrar la categoría de los crímenes contra la humanidad no depende de que esos actos hayan sido concretamente ordenados, ni tampoco es relevante determinar si se cometieron de manera generalizada o sistemática dentro de un centro clandestino, una zona de represión o bien en todo el país.

Debe decirse de todos modos, aunque esto no sea necesario para justificar la aplicabilidad de la categoría de los crímenes contra la humanidad, que cada vez hay más evidencia de

²¹ También es irrelevante, desde el punto de vista de la figura de los crímenes contra la humanidad, el *motivo* por el cual se realiza la acción delictiva. Ciertos motivos específicos se requieren para el crimen contra la humanidad de *persecución*, que ya figuraba en el derecho de Núremberg y que hoy se encuentra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Para los demás crímenes contra la humanidad (homicidio, exterminio, tortura, violación, etc.) son totalmente irrelevantes los motivos por los cuales se victimiza a una persona. Si bien en la mayor parte de los casos del terrorismo de Estado podría hablarse de “motivos políticos”, también existen casos en los que los delitos fueron cometidos por otros motivos (económicos, personales, etc.) y ello no modifica el análisis. Lo relevante es si el hecho delictivo cometido concretó el riesgo específico de los crímenes contra la humanidad, como se explicó antes. En este sentido, si una persona fue llevada a un centro clandestino por motivos políticos u otros motivos no es relevante. En el caso de los abusos sexuales (como el resto de los delitos fuera del crimen de persecución) tampoco son relevantes los motivos que guiaron a los autores, lo determinante es el contexto en el que se realiza la acción.

²² “*Kayishema*”, ICTR-95-I-T, del 21 de mayo de 1999, par. 135.

²³ Véase von Hebel, H. y Robinson, D., *Crimes within the Jurisdiction of the Court*, en Lee, R.S. (Coord.), “The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute”, Kluwer Law International, 1999, p. 95, nota 47.



Procuración General de la Nación

Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado

que los delitos sexuales tuvieron una enorme extensión durante el terrorismo de Estado. Obviamente, esto es una cuestión de hecho que depende de la evaluación de la prueba. Precisamente, en los últimos años, el avance en los procesos judiciales va dejando evidencia cada vez más contundente sobre la habitualidad de los abusos sexuales en los ámbitos concentracionarios.

En suma, por las razones expuestas, es indudable que los delitos contra la libertad sexual cometidos dentro de los centros clandestinos de detención o, en general, contra personas bajo el dominio de las fuerzas de la represión ilegal, deben ser considerados crímenes contra la humanidad²⁴.

III. LOS ABUSOS SEXUALES EN EL ORDEN JURÍDICO NACIONAL

a) Delitos previstos en el Código Penal al momento de los hechos

Durante el terrorismo de Estado en Argentina las distintas formas de abuso sexual estaban reprimidas dentro del título “delitos contra la honestidad” del Código Penal²⁵. Los tipos penales aplicables son:

Art. 119. - Será reprimido con reclusión o prisión de seis a quince años, el que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los casos siguientes:

1° Cuando la víctima fuere menor de doce años;

2° Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa, no pudiese resistir;

3° Cuando se usare de fuerza o intimidación.

Art. 120. - Se impondrá reclusión o prisión de tres a seis años, cuando la víctima fuere mujer honesta mayor de doce años y menor de quince y no se encontrare en las circunstancias de los números 2° y 3° del artículo anterior.

Art. 122. - La reclusión o prisión será de ocho a veinte años, cuando en los casos del art. 119, resultare un grave daño en la salud de la víctima o se cometiere el hecho por un ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, sacerdote o encargado de la educación o guarda de aquélla o con el concurso de dos o más personas.

²⁴ El esquema de análisis no varía respecto de cada modalidad específica de los crímenes contra la humanidad (crimen contra la humanidad de homicidio, crimen contra la humanidad de tortura, crimen contra la humanidad de violación, etc.). Por lo tanto no hay ninguna razón vinculada con los requisitos de la figura para que un acto de abuso sexual pueda ser considerado “crimen contra la humanidad de tortura” y no, por ejemplo, “crimen contra la humanidad de violación”. Si el acto en sí mismo (por ejemplo, una violación) puede considerarse parte del ataque (en el sentido ya explicado) entonces ya se dan las condiciones para calificarlo como un crimen contra la humanidad de violación. En todo caso podría llegar a entenderse que el acto *también* implica un crimen contra la humanidad de tortura, lo cual conduciría a un concurso entre dos modalidades de crimen contra la humanidad.

²⁵ Ese título mantenía la redacción original de 1921 (ley 11.179). Mediante la sanción de la ley 25.087 en 1999 se modificaron los tipos penales que reprimen los abusos sexuales y se cambió el bien jurídico protegido por el de “integridad sexual”.

Art. 123. - Se impondrá reclusión o prisión de seis a diez años, cuando en el caso del art. 120, mediare alguna de las circunstancias expresadas en el anterior.

Art. 124. - Se impondrá reclusión o prisión de quince a veinticinco años, cuando en los casos de los arts. 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida.

Art. 127. - Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años, al que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancias del art. 119, sin que haya acceso carnal.

Si el autor del hecho fuere alguna de las personas mencionadas en el art. 122, se le aplicará de tres a diez años de reclusión o prisión.

b) Los delitos sexuales y los tormentos

Pese a que estas descripciones típicas son claramente aplicables a numerosos actos de abuso sexual cometidos contra personas secuestradas durante el terrorismo de Estado, se registran sentencias que directamente califican los hechos bajo la figura de “tormentos”. De este modo, como ya fuera dicho en la introducción, los actos de abuso sexual (que tienen una entidad propia tanto para el derecho internacional, como para la legislación nacional) quedan desdibujados dentro de un conjunto de padecimientos sufridos por las víctimas al que se califica globalmente como “tormento”.

Ya nos hemos referido en el capítulo anterior a la cuestión de si hay algún obstáculo derivado del derecho penal internacional para calificar los abusos sexuales propiamente dichos como crímenes contra la humanidad. Como se ha explicado, no existe ninguna razón vinculada al derecho internacional que impida considerar que los abusos sexuales fueron cometidos como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil. Es por ello que, al menos desde el punto de vista del derecho internacional, no hay motivos para que estos abusos no sean calificados como delitos sexuales *stricto sensu*²⁶.

Ahora bien, existen sentencias que al subsumir los hechos bajo la figura de tormentos, en detrimento de los tipos penales referidos específicamente a abusos sexuales, no se basan en consideraciones de derecho penal internacional sino que, o bien no dan mayores razones para aplicar directamente la figura de tormentos dejando de lado los delitos de índole sexual, o bien insinúan, aunque no lo desarrollan, que la figura de tormentos desplazaría a los tipos penales específicamente referidos a abusos sexuales. En verdad, se trata de referencias imprecisas y ni siquiera es seguro que en esas resoluciones se plantee realmente un tema de concurso. De todos modos, vale la pena mencionar las razones por las cuales los delitos sexuales no podrían quedar desplazados por la posible aplicación de la figura de tormentos.

Un tema relevante de concurso se plantearía en caso de que una misma acción pudiera ser constitutiva de dos infracciones penales, por ejemplo, violación y tormento²⁷. Cabe aclarar que en varias resoluciones se califica como “un” delito de tormento a un conjunto de

²⁶ Ello sin perjuicio, cabe reiterarlo, de que estos abusos sean vistos *además* como parte de las torturas impuestas. Aquí no se pretende negar que la calificación de tormentos puede concurrir, sino afirmar que la calificación como delitos contra la integridad sexual no puede dejarse de lado.

²⁷ Si se tratara de acciones distintas (pluralidad de acciones), obviamente habría un caso de concurso real entre violación y tormento.

14 11 12
DR. DANIELA IVANA GALLÉ
PROSECUTORA
GENERAL DE LA NACIÓN



8

Procuración General de la Nación

Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado

padecimientos sufridos por una persona durante su cautiverio en un centro clandestino de detención. A menudo las resoluciones judiciales suelen incluir actos de abuso sexual dentro de ese conjunto de padecimientos. Más allá del problema de la “unidad de acción” vinculada al delito de tormentos (es decir, si es correcto tratar ese conjunto globalmente como “un” tormento)²⁸, lo que es claro es que en ese marco de análisis (en el que la calificación de tomento abarca los diferentes padecimientos, incluyendo los abusos sexuales) la cuestión parece quedar planteada de tal modo que las alternativas son dos. O bien se interpreta que ambas figuras son aplicables (concurso ideal entre tormentos y violación) o, por el contrario, se entiende que media entre las figuras penales una relación de significado tal que una desplaza a la otra (concurso aparente). A continuación se intentará demostrar por qué el delito de tormentos no podría desplazar a las figuras referidas a abusos sexuales.

El punto de partida al resolver la cuestión es el principio según el cual si una única y misma acción cumple a la vez con los elementos de dos tipos penales distintos, corresponde condenar a su autor por la comisión de los dos delitos. Este es el principio regulador del concurso ideal. Aplicando ese principio, entonces, en el caso aquí planteado la respuesta habría de ser que corresponde condenar por la imposición de tormentos y por el abuso sexual.

Para alejarse de ese principio sería necesario demostrar que la condena por uno de los dos delitos incluye de algún modo la condenación por el otro, de manera tal que sería inválido condenarlo también por ese otro delito incluido cuando se lo condena ya por el anterior que lo incluye. Así, lo que debería ser verdadero para dar fundamento a la posición según la cual la condena por el delito de tormentos impide, en el caso considerado, la condena por abuso sexual es la interpretación según la cual el tipo legal que criminaliza los tormentos incluye del modo exigido al ilícito propio de los abusos sexuales. Sin embargo, no hay nada que avale esa interpretación.

En primer lugar, es claro que no hay una relación de especialidad entre los tormentos y los abusos sexuales. Existe una relación de especialidad entre dos tipos penales si y sólo si la definición de uno (el tipo especial o calificado) contiene todos los elementos de la definición del otro (el tipo general o básico). Para que prevalezca el delito de tormentos

²⁸ Constituye una práctica habitual en el juzgamiento de terrorismo de Estado atribuir un delito de tormento por cada víctima. De este modo, si a una persona se le atribuyen tormentos contra 45 víctimas, se la condena por tormentos en concurso real reiterado en 45 casos. Esta forma de atribución implica que todos los hechos constitutivos de tormentos sufridos por una persona se consideran un solo hecho. Si bien podría ser razonable considerar sólo un hecho de tormentos la estadía de una persona en ciertas condiciones deplorables (sobre las condiciones de detención como delito de tormento ver el documento de esta Unidad Fiscal disponible en: <http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Tratamiento-Penal-Condiciones-de-Detencion.pdf>), ello no parece correcto en el caso de eventos puntuales que ya por sí mismos consuman la figura y que suceden en distintos momentos. Es verdad que pueden presentarse no pocas dificultades al intentar determinar con precisión cuántos eventos de este tipo pudo haber sufrido cada víctima a efectos de fundar un concurso real entre cada uno de ellos. Sin embargo, existen casos en los que la prueba permite claramente efectuar esta individualización; en esos casos, lo correcto sería sostener el concurso real.

sobre el de abuso sexual en virtud de una relación de especialidad debería ser verdad que el tormento es un delito especial respecto del cual el abuso sexual es más básico. Y eso es simplemente falso.

Por otro lado, tampoco existe una relación de consunción. Para ello se requiere que, primero, uno de los tipos defina una acción mucho menos grave que la que define el otro y, segundo, que el caso característico o paradigmático de la realización del tipo más grave sea uno en el que la acción satisface también los elementos del tipo menos grave. Casos de consunción podrían darse, por ejemplo, entre los tormentos y ciertas lesiones corporales (tortura física) y, quizás, entre el delito de tormentos y el de amenazas (tortura psíquica), dado que esas acciones pueden considerarse ejemplos característicos de la tortura y puede entenderse razonablemente que ya están comprendidos en la propia definición de este delito²⁹.

Sin embargo, ello claramente no sucede en el caso de los abusos sexuales, dado que ni son menos graves (en especial la violación)³⁰, ni tampoco es posible considerar que los abusos sexuales sean casos característicos o prototípicos de tormento, de modo tal que razonablemente pueda entenderse que ya fueron contemplados en la definición genérica del delito de tormento. En efecto, el delito de tormentos no expresa de ninguna manera la esencia particular que tiene una agresión de índole sexual y, por ende, nada autoriza a dejar de aplicar las figuras penales que sí lo hacen. Precisamente, el modo de expresar la especificidad de la afectación a la libertad sexual sufrida por la víctima es aplicar efectivamente los tipos penales previstos con ese fin.

En síntesis, no hay razones para que las figuras específicas de abuso sexual queden desplazadas por la eventual aplicación del delito de tormentos³¹.

Consideraciones similares a las realizadas aquí respecto de la relación entre delitos sexuales y tormentos, y la necesidad de evitar que las agresiones sexuales queden ocultas bajo otras imputaciones genéricas, pueden aplicarse a los casos de abortos provocados durante la detención ilegal de las víctimas, por ejemplo, como consecuencia de las torturas a las que se la sometió. En tales casos, es claro que la imputación exclusiva del tipo de torturas deja de lado el reproche específico que prevé la figura de aborto, a la par que desdibuja el caso e invisibiliza una clara manifestación de violencia de género. En el marco del proceso de juzgamiento de los crímenes cometidos durante el terrorismo de Estado se registran varios casos³² de abortos y tentativas de abortos³³, a los que la práctica judicial no siempre les otorgó el tratamiento jurídico que corresponde.

²⁹ Obsérvese que el Código Penal (art. 144 tercero, 2) agrava la tortura cuando se causen lesiones gravísimas (previstas en el art. 91 del CP). Lesiones menos graves (las previstas en los arts. 89 y 90 del CP) ya quedan comprendidas en el delito de tortura.

³⁰ Cabe destacar que la escala penal aplicable para el delito básico de violación (6 a 15 años de prisión) es más alta que la escala penal aplicable para el delito básico de tormentos (3 a 10 años de prisión) y mayor que la prevista para el tormento agravado por ser cometido en perjuicio de un perseguido político (3 a 15 años de prisión) dado esta última tiene un mínimo menor (todas las penas indicadas corresponden a las figuras vigentes al momento de los hechos).

³¹ Cabe hacer notar, asimismo, que en caso de que una misma persona haya sufrido más de una violación (pluralidad de acciones) corresponde aplicar las reglas del concurso real, tal como lo resolvió el Tribunal Oral Federal de Mar del Plata en el caso “Molina”, citado.

³² En tal sentido, ver, entre otras, las sentencias pronunciadas en los juicios “Iriart” (causa 13/09 del TOF de Santa Rosa, del 17/12/2010), “Jefatura de policía” (causa J-29/09 del TOF de Tucumán, del 8/7/2010); los



DRA. DANIELA VIANA GALLO
 FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

Procuración General de la Nación

Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado

c) La regla de instancia privada y los delitos cometidos en el marco del terrorismo de Estado

Más allá de las posibles razones vinculadas a la forma en que concurren las figuras mencionadas, es factible que ciertas dificultades para la aplicación de los delitos contra la libertad sexual estén relacionadas con el hecho de que en este tipo de delitos la acción penal, por regla, depende de instancia privada.

En efecto, mientras que en la mayoría de los delitos el Estado está habilitado para ejercer la acción penal a partir de la *notitia criminis* (principio de oficialidad), en los delitos de índole sexual mencionados la actuación penal estatal está supeditada a que la víctima o quien la represente consienta la actuación del Estado en busca de una pena. Más allá de la naturaleza de esta previsión –*condición procesal* o *de procedibilidad* para algunos y una *condición de punibilidad* para otros–, el fundamento tradicional para justificar su existencia consiste en evitarle a la víctima el daño que la sustanciación del proceso penal podría generarle (*strepitus fori*)³⁴. En este sentido, la ley, al balancear, por un lado, el interés del Estado en perseguir los delitos y, por otro, el interés de la víctima en evitar los perjuicios que le puede causar la tramitación del proceso, privilegia este último, aunque con ciertas excepciones.

Las normas aplicables al momento de los hechos, esencialmente idénticas a las actuales, disponían la necesidad de instancia privada para este tipo de crímenes³⁵:

Art. 71. - Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes:

- 1ª Las que dependieren de instancia privada;
- 2ª Las acciones privadas.

Art. 72. - Son acciones dependientes de instancia privada, las que nacieren de los delitos de violación, estupro, rapto y ultrajes al pudor, cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el art. 91.

requerimientos de instrucción presentados en las causas “Ceballos” (causa V-172/09 del Juzgado Federal nº 2 de Córdoba), “Colombini” (causa 664/07 del Juzgado Federal nº 2 de Santa Fe), “Caballero residual” (causa 25/10 del Juzgado Federal de Resistencia); el procesamiento dictado en la causa “Hattermer” (causa 12/07 del Juzgado Federal de Santa Fe, resolución del 5/06/12), la ampliación de la acusación fiscal en el juicio “Musa Azar” (causa 960/11, del TOF de Santiago del Estero, del 26/6/2012).

³³ Cabe entender por tal, a toda conducta violenta infligida a una mujer embarazada que tuviera una entidad suficiente como para poner en riesgo el desarrollo del embarazo.

³⁴ Cf. por ejemplo, el comentario de Guillermo Fierro al artículo 71 del Código Penal en “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl directores, Tomo 2b, editorial Hammurabi, 2007, pp. 377 y ss. Por su parte, Zaffaroni, Alagia y Slokar destacan que, más allá del fundamento original de la instancia privada, muchas veces vinculado con perjuicios, hay otras razones, como la eventualidad del daño moral que puede causar la renovación de vivencias desgraciadas, es decir, una *doble victimización* (cf. Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 856).

³⁵ La ley 25.087 modificó el artículo 72. No obstante, en lo atinente a los abusos sexuales y al sólo efecto de armonizar estas prescripciones con las incorporaciones de los delitos contra la integridad sexual, sólo se limitó a modificar la frase “de violación, estupro, rapto y ultrajes al pudor” por “los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal”.

En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, o de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor, ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.

De acuerdo con estas disposiciones: *i*) las acciones penales de los delitos que a la época del terrorismo de Estado reprimían las distintas formas de abuso sexual serían dependientes de instancia privada; *ii*) la acción penal estaría expedita en caso de que la víctima hubiera resultado muerta o gravemente lesionada (en los términos del artículo 91 del Código Penal). A efectos de determinar cómo impactan estas disposiciones en el juzgamiento de los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado, conviene distinguir algunas situaciones:

a. Casos en los que la víctima del abuso sexual sobrevivió al delito y luego expresó ante la autoridad correspondiente su voluntad respecto a la investigación del crimen sufrido. Ya sea que la intención puesta de manifiesto haya sido a favor o en contra de la actuación penal, lo cierto es que en este universo de supuestos no queda margen de dudas respecto a que la víctima habilita o inhabilita —respectivamente— la reacción estatal penal en relación con los abusos sexuales correspondientes. Aquí solo puede agregarse que la *forma* que debe revestir el acto de instancia según la ley es de *acusación* o *denuncia*. Lo importante es que tal acto no está sujeto a formalidades estrictas y éste sólo debe expresar la voluntad de promover la actuación estatal.

b. Casos en los que la víctima no sobrevive al delito o sufre lesiones gravísimas. Este grupo de supuestos parece estar incuestionablemente abarcado por la excepción al régimen de la instancia privada que opera cuando muere el ofendido o se lo lesiona gravísimamente. Frente a estos delitos graves, el interés del Estado por juzgar los hechos prevalece y, por lo tanto, ya no se requiere que la víctima inste la acción. Ahora bien, tiene sentido efectuar algunas consideraciones orientadas a ajustar esta excepción prevista en la ley de manera abstracta a los casos concretos del terrorismo de Estado. Si se repara en las características de la violencia sexual del terrorismo de Estado se advierte con facilidad que la mayoría de los abusos se consumaron en centros clandestinos de detención y exterminio. Corolario de ello es que si la víctima de abuso sexual no ha salido con vida de esa situación de cautiverio debe tenerse por configurada la excepción al régimen, pese a que eventualmente haya sobrevivido a la agresión sexual en sí. Obsérvese que se trata de casos de abuso sexual cometidos durante la ejecución de otros delitos (algunos de carácter permanente, como la privación ilegal de la libertad) en un continuo delictivo que se prolongó durante todo el tiempo en que la víctima estuvo en poder del terrorismo de Estado, sin haber recuperado nunca la libertad. Parece de toda lógica interpretar que la norma consagrada en el art. 71 del Código Penal presupone la posibilidad real de denunciar

14 11 12

DANIELA YANA GALLO
PROFESORA
E. MAGISTER EN DERECHO DE LA NACIÓN



10

Procuración General de la Nación

Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado

por parte de la persona que ha sufrido un delito dependiente de instancia privada, circunstancia que no se verifica en casos en los que ésta no ha recuperado la libertad³⁶.

c. Casos en los que la víctima sobrevive al abuso y muere tiempo más tarde sin haber expresado su voluntad respecto de la persecución penal del delito que la damnificó. La cuestión en torno a estas situaciones radica en determinar cómo se interpreta el silencio de la víctima. No puede desconocerse que, tal como está redactada la norma, el silencio de la víctima es un elemento que impide al Estado reaccionar de oficio —la instancia privada es una condición positiva a la que queda supeditada la actuación estatal—. No obstante, existen circunstancias con entidad suficiente para relativizar esta última conclusión en casos de los crímenes contra la humanidad cometidos en nuestro país. En primer término, no puede pasarse por alto que las víctimas del terrorismo de Estado que recuperaron su libertad durante la dictadura no gozaron hasta por lo menos la finalización de la dictadura de las garantías mínimas necesarias para acudir a las autoridades competentes a denunciar los crímenes sufridos. Recuperada la democracia, luego de un primer período de juzgamiento que tuvo importantes limitaciones³⁷, el proceso de juzgamiento quedó paralizado por las leyes de punto final y de obediencia debida³⁸. En definitiva, al menos hasta la reapertura de las investigaciones a mediados de la década pasada, no fueron muchos ni muy prolongados los momentos en los que el silencio de las víctimas de abusos sexuales podría ser genuinamente interpretado como su efectiva intención de que no se investiguen los delitos sufridos y se persiga a sus responsables.

³⁶ En este mismo sentido, en el auto de procesamiento de Albino Luis Borda por el delito de violación, el magistrado a cargo del Juzgado Federal de Resistencia sostuvo que “siendo que la víctima del delito de violación nunca pudo haber materializado una denuncia penal de tal hecho delictivo, ya que desde la fecha en que fuera detenida, nunca cesó en su estado de cautiverio clandestino hasta el día de la fecha, que el Estado colaboró en la ausencia de medidas de protección de la víctima, la absoluta carencia de cualquier diligencia de investigación a pesar de haberse promovido la respectiva acción judicial de Hábeas Corpus; adquiere valor la premisa que la prerrogativa de ejercitar la acción penal ha sido establecida en beneficio de la víctima y no del autor del delito. Es así que aplicando al caso los principios analizados, tengo plena certeza, respecto a que en el presente concurre la causal de excepción determinada por el mismo art 72 del Código Penal (Ley 11.179)” (expediente 25/10, resolución del 23/5/2010, p. 57).

³⁷ Entre ellas, la atribución de la competencia originariamente a los tribunales militares, circunstancia que limitó claramente la posibilidad de denunciar y testimoniar libremente sobre los hechos ocurridos hasta el avocamiento de las cámaras federales. Asimismo, debe decirse que no todas estas cámaras tuvieron la misma actitud frente al juzgamiento de los hechos. En más de un caso hubo una evidente reticencia para tramitar adecuadamente estas investigaciones.

³⁸ La extinción de la acción penal dispuesta por la ley 23.492 (“punto final”) abarcaba también a los delitos sexuales (sólo se excluyeron los delitos de sustitución de estado civil y de sustracción y ocultación de menores). Si bien la ley 23.521 (“obediencia debida”) expresamente excluyó de su alcance al delito de violación, ya no era posible iniciar nuevas investigaciones en virtud de la ley de punto final. Aunque es posible que algún caso de violación hubiese sorteado la ley de punto final, lo cierto es que las investigaciones por el terrorismo de Estado prácticamente quedaron paralizadas luego de las leyes de impunidad y los indultos posteriores. “Esta parálisis de las investigaciones, en un grado superior al que determinaban las leyes, tal vez sea indicativa de que, en alguna medida, también en el ámbito jurisdiccional las normas de impunidad fueron leídas en clave política, esto es, según su significado o su objetivo político manifiesto (que era el de detener los procesos judiciales) más que como normas cuyo alcance exacto debía desentrañarse mediante la interpretación jurídica” (cf. Parenti, Pablo, *Informe sobre Argentina*, en AA.VV., “Estado de Derecho y delincuencia de Estado en América Latina. Una visión comparativa”, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 40).

De acuerdo con lo expresado hasta aquí, el ámbito de casos problemáticos para la aplicación de la regla de instancia privada se circunscribiría a los supuestos en los que las víctimas de delitos sexuales hubieran sobrevivido al terrorismo de Estado y hubieran fallecido con posterioridad sin haber efectuado alguna manifestación que indique su voluntad de que esos hechos fueran investigados. Respecto de esos casos, las consideraciones anteriores permiten poner seriamente en duda que el silencio de la víctima pueda tomarse como su efectiva voluntad de que el hecho no se juzgue, sobre todo cuando la víctima hubiera fallecido mientras la persecución penal estaba paralizada. Sin embargo, es verdad que, más allá de esta duda totalmente justificada, también es cierto que no podría presumirse con seguridad que sí existía esa voluntad. En fin, se trata de una situación compleja dado que la cuestión radica en cómo interpretar una regla en un contexto anómalo, en el que durante muchos años la persecución penal estuvo clausurada y, por lo tanto, la condición que fija esa regla (instancia privada) estaba totalmente desalentada por el propio sistema jurídico. De todos modos, mientras el análisis se mantenga dentro de la lógica impuesta por el art. 71 del Código Penal (que requiere una manifestación positiva de voluntad), el silencio parecería no bastar para habilitar la persecución penal del abuso sexual.

Nótese, sin embargo, que en el contexto del juzgamiento del terrorismo de Estado los hechos de abuso sexual forman parte de secuencias complejas de hechos entrelazados y que en general pueden ser globalmente calificados bajo la figura de “tormentos”. Como se dijo anteriormente, la figura de tormentos no agota todos los aspectos criminales de los hechos juzgados —en particular, se argumentó que los tipos penales de tormentos no captan el desvalor peculiar del atentado de naturaleza sexual—. Pero aun cuando la persecución penal se realiza sólo bajo la imputación del delito de tormento es inevitable que durante los testimonios de las numerosas víctimas que declaran en los distintos procesos aparezcan referencias a hechos concretos de abuso sexual, incluso respecto de otras víctimas que quizás no los declararon. Así, en la práctica, numerosos casos de abuso sexual son de hecho juzgados bajo una calificación jurídica que no requiere instancia privada.

La regla del art. 71 del Código Penal no impide esta consecuencia: cuando un delito dependiente de instancia privada concurre idealmente con uno cuya perseguibilidad no depende de esa instancia, si la víctima no da su conformidad para la persecución penal, el suceso que configura a la vez ambos delitos puede, sin embargo, ser ventilado en un proceso. Esta consecuencia es inevitable en un régimen que combina delitos de las dos clases que pueden ser realizados a la vez por una única acción (concurso ideal). Por ello en el contexto de los casos tratados aquí, en el grupo de casos en el que la falta de instancia de la víctima impide la persecución penal bajo el delito correspondiente de abuso sexual, la regla del art. 71 del Código Penal no impide la persecución penal por esos hechos en tanto que partes constitutivas de una secuencia más amplia de tormentos. A lo sumo, la regla sólo podría impedir que los hechos fueran analizados más allá de los aspectos relevantes para su

14.11.12
DRA. DANIELA IVARRA GALLO
PROFESORA TITULAR
COORDINADORA DE LA UNIDAD



11

Procuración General de la Nación

Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado

calificación bajo el delito cuya perseguibilidad no depende de instancia privada (tormentos)³⁹.

Como síntesis de lo tratado en este punto se puede decir que el régimen de instancia privada consagrado en el art. 71 del Código Penal tendría la siguiente repercusión respecto de los abusos sexuales cometidos durante el terrorismo de Estado:

- (a) En primer lugar, el proceso penal por delitos sexuales puede avanzar plenamente en los casos de personas que hayan instado la investigación y de personas que no hayan sobrevivido al terrorismo de Estado. En estos casos, la calificación jurídica de los abusos sexuales *debe* incluir las figuras específicamente previstas en el capítulo de los “delitos contra la integridad sexual” del Código Penal, sin perjuicio de que también concorra la calificación de tormentos –calificación que no podría desplazar a las anteriores, tal como se ha visto en el punto III.b.–.
- (b) Por su parte, en los casos de abusos sexuales cometidos en perjuicio de personas que luego recuperaron su libertad y manifestaron que no tenían voluntad de instar la investigación o no efectuaron manifestación alguna, la investigación sólo podría realizarse si se considera que el hecho también ha implicado un delito que no requiere instancia privada (como el tormento). En ese caso, la investigación y la prueba sólo podrían referirse a los aspectos relevantes para probar el delito cuya perseguibilidad no depende de instancia privada.

Finalmente, puede decirse que sería importante asegurarse de que las personas que en su momento han manifestado que no querían impulsar la investigación de los abusos sexuales y aquellas que no se han pronunciado al respecto, fueran debidamente informadas de qué implica la instancia, cuáles son sus derechos y qué implicancias tendría el proceso penal para ellas. Lo que habría que garantizar en todo caso es que la persona tenga toda la información suficiente para adoptar su decisión con plena libertad y conocimiento de los aspectos implicados.

³⁹ El Código Penal no establece una solución expresa para el caso de que el delito sexual concorra idealmente con un delito de acción pública que no dependa de instancia privada, como es el caso del tormento. Si la acción también configura un delito de acción pública que no depende de instancia privada, parecería que el Estado tiene expedita la acción penal para investigar el hecho. Frente a esto: ¿tendría sentido realizar el proceso, producir prueba y simplemente dejar de calificar el hecho bajo la figura que requiere instancia privada? ¿O es más lógico pensar que en esas condiciones la regla de instancia privada ya pierde sentido? Esto es algo que el Código Penal no aclara expresamente (salvo frente a supuestos de lesiones graves u homicidio, en cuyo caso la investigación procede *también* respecto del delito sexual). Zaffaroni, Slokar y Alagia piensan que en caso de concurso ideal entre un delito no dependiente de instancia privada y uno que depende de instancia privada, el proceso sólo puede avanzar respecto del delito perseguible de oficio (cf. Ob. Cit. p. 857). La restricción podría no estar referida exclusivamente a la calificación del delito (abstenerse de calificarlo bajo la figura penal vinculada al requisito de la instancia privada) sino también al objeto de investigación y prueba, dado que el proceso no podría avanzar respecto de circunstancias fácticas que fueran necesarias *exclusivamente* para el delito que depende de instancia privada (pero no para aclarar la imputación por el delito de acción pública no dependiente de instancia privada).

d) ¿Crímenes contra la humanidad de instancia privada?

Hay un último aspecto que trasciende las últimas consideraciones y que vale la pena mencionar. Se trata de la cuestión de si el hecho de que los abusos sexuales sean crímenes contra la humanidad tiene alguna repercusión en el régimen de instancia privada previsto por el Código Penal. Podría acaso pensarse que en los casos en los que se carece de instancia privada podría configurarse un supuesto de tensión normativa entre los artículos 71 y 72 del Código Penal y la obligación internacional de juzgar los crímenes contra la humanidad asumida por nuestro país. Como es sabido, se trata de delitos de extrema gravedad y que incluso dan lugar a la jurisdicción universal, aspecto que, precisamente, pone de manifiesto que hay un interés en su juzgamiento que trasciende el de los casos penales comunes.

Cabe destacar que al adecuarse la legislación nacional a efectos de implementar el Estatuto de la Corte Penal Internacional y prever herramientas normativas idóneas para el juzgamiento de crímenes de derecho internacional, la ley 26.200 no estableció disposiciones que hicieran depender de instancia privada la persecución penal de ninguno de los crímenes. Es decir que la ley 26.200 al regular la persecución del genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra (que también incluyen supuestos de violación y abusos sexuales) los consideró delitos de acción pública perseguibles de oficio. Más allá de que, por cuestiones temporales, la ley 26.200 no fuera aplicable a los delitos cometidos durante el terrorismo de Estado, ella refleja que el legislador entendió que respecto de estos crímenes el interés en la persecución penal es prevaleciente.

Estas razones, vinculadas a la extrema gravedad de los hechos y a su trascendencia internacional, podrían quizás tener peso suficiente para concluir que en el caso de los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado la respuesta debería ser similar, esto es, que el interés en la persecución penal, como principio, debería primar⁴⁰. Sin embargo, no es sencillo demostrar que el derecho penal internacional prohíba cláusulas que, como la de la instancia privada, intenten privilegiar el interés de la persona afectada por el hecho frente al interés en la persecución penal⁴¹.

⁴⁰ En el sistema del Código Penal el requisito de la instancia privada ya se deja de lado en caso de que la víctima resulte gravemente lesionada (art. 72.1 del CP). En esos casos, es la *gravedad* que asume el hecho la que refuerza el interés del Estado en la persecución penal y, por ello, ésta ya no depende de que la víctima la inste. Visto el tema desde este punto de vista (*gravedad del hecho*), parece que cuando el hecho constituya un crimen contra la humanidad el interés en la persecución no podría ser menor. Se trata de la persecución penal de los crímenes más graves que conoce la humanidad; persecución que se intenta asegurar mediante la obligación del Estado de concretarla y por la existencia de mecanismos internacionales, como la jurisdicción universal, la creación de tribunales internacionales especiales y, en los últimos años, una corte penal internacional de carácter permanente. Sin embargo, cabe hacer notar que esta forma de realizar el balance de intereses en juego, que pone el acento en la gravedad del hecho, no necesariamente es el mejor o debería tomarse como concluyente.

⁴¹ Si bien el derecho penal internacional consagra la obligación de perseguir los crímenes de derecho internacional, no regula de manera general (con alcance universal) cuestiones tan específicas como las que aquí se tratan. En este sentido, no es claro que el derecho penal internacional prohíba a los Estados establecer supuestos excepcionales en los que se privilegie el interés de la víctima aun a costa de no perseguir penalmente un delito. Sobre el punto, es interesante señalar que el Estatuto de la Corte Penal Internacional permite que en los procesos ante esa Corte no se impulse la investigación o el enjuiciamiento cuando se considere que ello “no redundaría en interés de la justicia”. Entre las razones que pueden llevar a esa conclusión, el art. 53 del Estatuto expresamente menciona los “intereses de las víctimas”. Como puede verse, el sistema del Estatuto prevé una instancia de ponderación de los intereses involucrados para decidir, incluso, no impulsar una investigación o un enjuiciamiento (debe decirse que si bien en general los “intereses de las víctimas” mencionados en el Estatuto serán favorables a la persecución penal, la expresión permitiría



Procuración General de la Nación

Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado

Ahora bien, con independencia del problema estrictamente normativo acerca de si las reglas de instancia privada son aplicables o no a crímenes contra la humanidad, no puede desconocerse un dato de la realidad y es que la administración de justicia aún no está en condiciones de asegurar un trato adecuado a las personas que han sufrido esta clase de delitos. Todavía no se han desarrollado suficientemente mecanismos que garanticen las condiciones necesarias para brindar información y contención a las personas que han sufrido delitos de extrema gravedad como los aquí tratados y los aspectos problemáticos van desde la forma de citación hasta el modo de recibir los testimonios. Frente a esta realidad, es indudable que pasar, sin más, a un régimen de persecución de oficio podría dar lugar a situaciones concretas de revictimización. Esto es algo que fue especialmente remarcado por algunas de las personas involucradas con la temática con quienes se mantuvieron entrevistas para elaborar este documento. Es claro que muchas personas consideran que el requisito de instancia privada de algún modo les otorga cierta protección o cierto control sobre el impacto que el proceso penal podría tener en sus vidas.

Por estas razones, –además de las cuestiones estrictamente normativas señaladas más arriba– no parece prudente postular que los abusos sexuales deban considerarse delitos perseguibles de oficio.

Pensamos que el énfasis no debe ponerse tanto en el dilema “delito dependiente de instancia privada vs. delito perseguible de oficio” (como si fuera éste el aspecto central y la solución del problema), sino en generar o perfeccionar los mecanismos que garanticen, por un lado, las condiciones para que quienes sufrieron esta clase de delitos reciban toda la información, el asesoramiento y la contención necesarios para que adopten una decisión libre sobre el impulso de la investigación y, por otro, que el proceso penal será lo menos traumático posible (y no sólo en casos de abusos sexuales). Este es un aspecto del proceso de juzgamiento que sin duda debe profundizarse.

Si bien aquí no se pretende avanzar sobre cómo deberían ser esos mecanismos, al menos puede decirse que ellos deben incluir, necesariamente, una mayor interacción de los operadores judiciales con profesionales de otras disciplinas que puedan asesorar tanto a los funcionarios judiciales, como a las personas que actúan en el proceso como víctimas y testigos. Por otra parte, al momento de diseñar estos mecanismos o desarrollar los existentes, parece insoslayable nutrirse de la experiencia vivida por quienes han brindado su testimonio en estos años de juzgamiento a efectos de relevar aspectos problemáticos y posibles soluciones.

contemplar situaciones en las que la persona afectada por el hecho tuviera un interés contrario). Quizás un sistema de ponderación en concreto sea preferible a un sistema como el del Código Penal argentino que sólo se maneja con el binomio “delito dependiente de instancia privada vs. delito perseguible de oficio” que depende exclusivamente de la calificación legal del hecho. Más allá de la diferencia entre los sistemas, parece claro que el derecho penal internacional no rechaza totalmente la posibilidad de que el proceso penal no se lleve a cabo en resguardo de los intereses de la persona que ha sufrido el delito.

IV. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS ABUSOS SEXUALES

Parte de la doctrina y la jurisprudencia califica los abusos sexuales como delitos de “propia mano”. Según esta concepción, autor del delito sólo podría ser quien realiza corporalmente la acción, tal como está definida literalmente en la descripción típica de la conducta. Así, por ejemplo, en el delito de violación sólo podría ser autor quién por sí mismo accede carnalmente a la víctima, mientras que el resto de los intervinientes sólo podría responder como partícipes. Aquí se intentará sostener que no hay razones valederas para fundar esa idea.

En verdad, la utilidad de la categoría de “delitos de propia mano” así como sus posibles fundamentos se encuentran fuertemente controvertidos⁴². Incluso las restricciones de las formas de intervención punible que suelen asociarse a “delitos de propia mano” también suelen ser abiertamente rechazadas. En este sentido, Roxin afirma que “estas distinciones tan confusas han de rechazarse. Más bien se trata en todos los casos por igual de delitos de dominio, en los que la autoría mediata e incluso la coautoría son posibles⁴³”.

Como se verá, si bien ya es difícil fundar en qué consistiría la categoría de delitos de “propia mano”, resulta aún mucho más problemática la inclusión de los abusos sexuales dentro de esa categoría de crímenes.

En efecto, muchos de los delitos que a menudo se mencionan como delitos de “mano propia” son delitos de infracción al deber, en los que precisamente la restricción de la autoría a ciertos sujetos se funda en que sólo ellos están vinculados por un deber especial. Así, por ejemplo, sólo pueden cometer prevaricato los sujetos que revisten la condición que funda ese deber especial (por ejemplo, ser un “juez”), o sólo puede cometer falso testimonio la persona obligada a decir verdad, etc. Más allá de si tiene alguna utilidad calificar a esta clase de delitos como “de propia mano”, lo cierto es que existen fundamentos para restringir el ámbito de la autoría a aquellos sujetos sobre los que pesa un deber especial⁴⁴.

Esta característica (que haya un sujeto sobre el que pesa un deber especial) no se presenta en los delitos sexuales (delitos de dominio) y, por lo tanto, no puede servir de base para una posible restricción de la autoría⁴⁵.

⁴² Jakobs dice que “el fundamento y la delimitación del carácter de delitos de propia mano son extremadamente polémicos y dudosa la legitimación de que formen un grupo delictivo especial” (ver “Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación”. Marcial Pons. Madrid 1995, p. 107). Acerca de las teorías sobre los fundamentos de estos delitos, Roxin explica que “no aciertan en el centro de sentido del concepto de propia mano, sino que sólo señalan ciertos fenómenos accesorios que asimismo pueden aparecer en los delitos de dominio y en los de infracción de deber y que, por tanto, no sirven como fundamentación de una teoría [...] Hasta ahora, las teorías sobre la comisión de propia mano constituyen más bien un buscar a tientas lo correcto, en función del sentimiento, que la formulación de conocimientos científicos” (“Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal”, séptima edición, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 470/1). En este mismo sentido, Palermo, Omar, *Responsabilidad penal de los superiores por los abusos sexuales cometidos durante el terrorismo de Estado*, inédito.

⁴³ Roxin, Ob. Cit. p. 453.

⁴⁴ La restricción de la autoría en estos casos no se debe a que sean delitos de “propia mano”, sino delitos especiales propios, esto es, delitos que requieren cierta calidad especial en el autor (cf. Righi, Esteban, “Derecho Penal. Parte General”, 1ª edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 391/3).

⁴⁵ Esto diferencia claramente los abusos sexuales de otros crímenes respecto de los cuales existe cierto consenso acerca de su inclusión en la categoría de los delitos de propia mano —falso testimonio o prevaricato, por ejemplo (sobre el carácter de propia mano de estos ilícitos ver, entre otros, Jakobs, Ob. Cit.,



Procuración General de la Nación

Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado

En verdad, como bien se ha señalado, “detrás de la concepción de que únicamente puede ser autor quien realiza el tocamiento o la penetración, parece subyacer la idea de que estos delitos exigen la presencia de placer, lascivia o fines o móviles de contenido libidinoso que, por propia definición, sólo pueden contemplarse de manera individual”⁴⁶. Sin embargo, esta idea debe rechazarse dado que los tipos penales que describen delitos sexuales “no exigen tales cosas, sino tan sólo un significado social sexual de los actos realizados, con total prescindencia de los fines o móviles de los sujetos”⁴⁷.

Es necesario advertir que el objeto de reproche en los tipos penales que capturan las distintas variantes de abusos sexuales reposa en la afectación que la conducta produce en la víctima y no en la posible satisfacción sexual del o los intervinientes⁴⁸. Justamente por ello, a la hora de determinar la autoría en estos delitos, lo decisivo no es verificar quiénes realizaron con su propio cuerpo la acción típica, sino establecer cuáles de todos los intervinientes detentaron el *dominio del hecho* e incidieron efectivamente en su configuración final⁴⁹.

En este sentido, cabría preguntarse si existe algún fundamento para que pueda admitirse la coautoría y la autoría mediata cuando se realiza cierta acción sobre el cuerpo de una víctima, por ejemplo, clavarle un cuchillo en el abdomen (lesiones, homicidio) o infligirle cierta clase de dolor (tortura) y no cuando la acción sobre el cuerpo consiste en un acto que socialmente tiene una connotación sexual. Como se ha visto, una vez despojado el tipo penal de cualquier requisito de lascivia o de placer en el autor, no hay fundamento alguno

pp. 731/2 y Roxin, Ob. Cit., p. 469). A diferencia de los crímenes sexuales, lo que constituye la base de reproche de estos delitos es el déficit personal que el autor expresa al no cumplir con el deber especial que lo alcanza (de decir verdad en el caso del testigo y de actuar conforme a derecho en el caso del juez). Las innegables similitudes que quedan en evidencia entre los delitos de propia mano y los de infracción de deber, al menos en sus consecuencias, son reconocidas por la doctrina (ver, al respecto, Bacigalupo, “Derecho Penal. Parte General”, 2º edición, editorial Hammurabi, pp. 512/3 y Jakobs, Ob. Cit., p. 732).

⁴⁶ Javier A. De Luca, Julio Lopez Casariego, “Delitos contra la integridad sexual”, Ed. Hammurabi, pp. 76/79.

⁴⁷ Ídem nota anterior. Estos autores agregan: “[...] además, las mismas figuras reclaman en algunos casos la presencia de otros elementos típicos, como la violencia, la intimidación, sin especificar que éstas deban ser ejercidas por la misma o distintas personas”.

⁴⁸ Como bien ha señalado el Tribunal Supremo español, lo determinante es la afectación al bien jurídico protegido por el tipo penal (la libertad sexual) y no el movimiento corporal: “(...) no se percibe razón alguna para hacer depender el merecimiento de pena de una realización del acceso carnal con su propio cuerpo, toda vez que lo que se castiga no es la satisfacción sexual del agente, sino la lesión al bien jurídico de la autodeterminación sexual que resulta vulnerado desde la perspectiva de la víctima, tanto cuando la acción se realiza con el propio cuerpo como cuando se realiza a través de otro que opera como mero instrumento” (sentencia del 2 de noviembre de 1994, ponente Enrique Bacigalupo Zapater, citada por Orlando Gómez González, *Consideraciones sobre la coautoría y autoría mediata en los delitos de propia mano en el Código Penal español*, Letras Jurídicas, Revista electrónica de Derecho, número 1, 2005, disponible en: <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/01/OGG05.pdf>).

⁴⁹ Se trata sencillamente de la aplicación de la *teoría del dominio del hecho*. Justamente, algunos autores señalan que la categoría de los “delitos de propia mano” no es más que un resabio de la *teoría formal objetiva*, ya superada, que consideraba autores solamente a quienes realizaban personalmente —con su propio cuerpo— los actos ejecutivos descriptos expresamente por el tipo penal (cf. entre otros, Palermo, Omar, Ob. Cit.; Orlando Gómez González, Ob. Cit.). Es posible que el resabio de esta teoría en los delitos sexuales esté vinculado a la idea de que la satisfacción sexual del agente es un elemento relevante en esta clase de delitos.

para distinguir estos casos de otros delitos respecto de los cuales se admite la autoría para todos aquellos que han tenido el dominio (o codominio) del hecho⁵⁰.

Con todo lo dicho, resulta claro que los abusos sexuales no pueden catalogarse como delitos de “propia mano”. La distinción entre autores y partícipes en casos de abusos sexuales —como en cualquier otro delito de dominio— tiene por base criterios objetivos ajenos a toda cuestión lasciva o libidinosa de los intervinientes y se determina en función del control que cada participante detenta respecto de la conformación definitiva del crimen⁵¹.

Es por ello que, por ejemplo, en el marco de la comisión de una violación sexual no sólo estará en condiciones de ser autor quien acceda carnalmente a la víctima, sino también quien ejerza fuerza sobre ella, quien emita la orden de llevar adelante ese abuso sexual, quien sea responsable del funcionamiento del centro clandestino de detención donde se comete el crimen o todo aquél que realice un aporte cuya magnitud sea el motivo para afirmar su incidencia determinante en la configuración final del hecho⁵².

Respecto de la *responsabilidad de los superiores* en este tipo de delitos, debe decirse que no son pocos los casos en los que la imposibilidad de probar la existencia de una orden superior que mandara a realizar el abuso sexual resultó un obstáculo para responsabilizar a los altos mandos como autores de este delito⁵³. Es necesario tener especialmente en cuenta que la responsabilidad penal en calidad de autores de los jefes en el terrorismo de Estado no debe estar limitada a los delitos cometidos en virtud de órdenes superiores. Incluso respecto de delitos cometidos por los subordinados sin orden superior, pero en el marco de la clandestinidad e impunidad que aseguraba el sistema represivo ilegal de entonces, los jefes militares y de fuerzas de seguridad aparecen muy bien posicionados para ser considerados autores o coautores. En efecto, el aporte que ellos realizaron para ese grupo de crímenes posee una entidad y dimensión propias de la prestación de un autor. Debe verse que ellos no sólo fueron responsables del funcionamiento general de los centros clandestinos donde los subordinados realizaron los abusos, sino que también decidieron el

⁵⁰ Cf. Righi, Esteban, Ob. Cit., pp. 391/3, donde claramente expresa que el delito de violación es un delito de dominio, que admite tanto la autoría mediata como la coautoría.

⁵¹ Cabe destacar que esta postura fue sostenida por el juez Daniel Bejas al dictar el procesamiento de Luciano Benjamín Menéndez y Antonio Domingo Bussi, entre otros imputados, por violaciones sexuales agravadas cometidas en el centro clandestino de detención “Villa Urquiza” de la provincia de Tucumán (resolución del Juzgado Federal n° 1 de Tucumán, del 19/5/2011 —ver especialmente el punto 5.3.1—). Si bien en dicho pronunciamiento los imputados mencionados fueron *a priori* responsabilizados como partícipes necesarios de esos delitos, ello no obedeció a las restricciones que conllevan los delitos de “propia mano” respecto de la autoría, sino a la interpretación que el magistrado realizó acerca de la dimensión de sus aportes al hecho.

⁵² Cf. en este sentido, Roxin, Claus, Ob. Cit., p. 455.

⁵³ Como ejemplo de esta postura puede verse lo dicho en la causa n° 086-F, “F. c/ Menéndez, Luciano y Otros s/ Av. Inf. art. 144 ter C.P.”, del Juzgado Federal de Mendoza. Allí se dijo que “en orden a las violaciones atribuidas, si bien existen elementos de convicción suficientes como para afirmar que las mismas se produjeron [...] no es menos cierto que dicho ilícito penal es un delito que se comete de propia mano por lo que no admite la autoría mediata. Por otro lado, tampoco figura como un objetivo específico dentro de las órdenes genéricas, secretas y verbales mencionadas. Además, no se ha podido establecer en este estadio de las investigaciones quiénes fueron los autores directos, debiendo en consecuencia dictarse la falta de mérito respecto de tales conductas [...]”. Además de considerar como “delitos de mano propia” a los abusos sexuales, este párrafo permite mostrar otros problemas de imputación que suelen plantearse. Por un lado, el hecho de que se toma como un dato decisivo la falta de acreditación de que los abusos sexuales formaron parte de las órdenes. La existencia de órdenes no es una condición *sine que non* para que surja responsabilidad de los mandos superiores. Por otro, la falta de identificación del autor directo de ninguna manera es un obstáculo para responsabilizar a los demás intervinientes, ya sea como autores mediatos, coautores o partícipes.

14 11 12



14

DR. DANIELA VIVIANA GALLO
PROFESOR/A
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN

Procuración General de la Nación

Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado

cautiverio clandestino de las víctimas en esos lugares, las condiciones de detención (condiciones tales que era obvio que esos abusos podían cometerse)⁵⁴ y aseguraron la impunidad de sus autores. Comportamientos de tales características, debe convenirse, permitirían fundar el efectivo control o el co-dominio que ellos habrían tenido sobre aspectos muy trascendentes de los crímenes sexuales⁵⁵.

V. ALGUNOS CRITERIOS PARA EL TRATAMIENTO DE LA PRUEBA DE LA VIOLENCIA SEXUAL INFLIGIDA EN EL MARCO DEL TERRORISMO DE ESTADO

Las características propias de los delitos sexuales, más aún de aquellos cometidos en el contexto del terrorismo de Estado, involucran algunas problemáticas especiales a la hora de buscar y seleccionar los medios de prueba disponibles, así como para valorar los elementos que se incorporan al proceso.

En los últimos años, estas cuestiones han sido abordadas por algunas reglas y criterios que rigen la labor de los tribunales penales internacionales que es útil revisar aquí, pues podrían tener rendimiento al tratar los abusos sexuales cometidos por el terrorismo de Estado en nuestro país.

Las temáticas más relevantes a considerar se relacionan (i) con cuestiones probatorias referidas a abusos sexuales, especialmente si, como en nuestro caso, se han cometido al amparo del aparato estatal; de allí (ii) la importancia de crear las condiciones adecuadas para que la víctima pueda relatar el hecho en el marco del proceso penal, procurando evitar la revictimización a la que puede quedar expuesta cuando el hecho se intenta probar en juicio; y (iii) la necesidad de, como principio, poner seriamente en duda que el acto sexual pueda haber sido consentido por la víctima, para lo que debe tenerse especialmente en cuenta el contexto coactivo impuesto por el terrorismo de Estado.

⁵⁴ Entre esas condiciones cabe mencionar la clandestinidad de las detenciones, el absoluto señorío de los captores sobre las personas secuestradas y sobre el lugar de alojamiento, el tratarse de un espacio dominado totalmente por varones, la desnudez de los detenidos y la falta de resguardos para controlar y evitar que este tipo de abusos (más que previsibles) sucedieran.

⁵⁵ Esta idea ya se encuentra claramente expuesta en la sentencia de la causa 13/84 con respecto a los robos cometidos por personal subalterno. En dicho pronunciamiento se condenó a Videla, Massera, Agosti y Viola como autores del delito de robo, pese a que no se tuvo por probado que hubieran existido órdenes específicas de cometer tales ilícitos. Puede verse que en ocasión de describir los hechos que conformaron “el sistema operativo ordenado por los comandantes en jefe de las tres fuerzas”, en esa sentencia se dijo que “la posibilidad de que el personal a quien se mandaba a domicilios particulares a cometer delitos [...] se apoderara sistemáticamente de bienes en su propio beneficio, fue necesariamente prevista y asentida por quienes dispusieron tal modo de proceder. La enorme proporción de casos en que ello tuvo lugar, y el hecho de que se les otorgara igual tratamiento en cuanto a la impunidad de sus autores, que a los delitos antes descriptos [privaciones ilegales de la libertad, tormentos, etc.], confirma la inferencia [...]” (Fallos CSJN 309:292). Más adelante —en la “adecuación típica de los hechos”— se reiteró el razonamiento transcrito y se expresó que tal “previsión del resultado y su asentimiento, constituyen dolo eventual. Con tal característica subjetiva se imputarán esos delitos” (Fallos CSJN 309:1528).

En lo que sigue se desarrollan brevemente estas cuestiones, para luego observar las reglas del derecho penal internacional referidas a estos puntos.

(i) Dado que en la mayoría de los casos los abusos tienen lugar en ámbitos de máxima reserva, es frecuente que sólo la víctima puede dar testimonio de lo ocurrido. En los casos que aquí nos interesan, la dificultad de contar con otras pruebas directas se ve potenciada por el hecho de que las agresiones sexuales se cometieron en el marco del terrorismo de Estado, justamente caracterizado, entre otras cosas, por su gran capacidad para ocultar toda evidencia de los crímenes cometidos a su amparo.

Aquí vale traer a colación que en la sentencia dictada en la causa 13/84, por la que se condenó a las juntas militares, la Cámara Federal de Capital Federal se refirió a las consecuencias probatorias derivadas de la modalidad delictiva empleada por el terrorismo de Estado. Allí señaló que en esta clase de causas: “[l]a declaración testimonial es un medio de prueba que se privilegia frente a modos particulares de ejecución en los que deliberadamente se borran las huellas, o bien se trata de delitos que no dejan rastros de su perpetración, o se cometen al amparo de la privacidad. En tales supuestos a los testigos se los llama necesarios. En la especie, la manera clandestina en que se encaró la represión, la deliberada destrucción de documentos y de huellas, el anonimato en que procuraron escudarse sus autores, avala el aserto. No debe extrañar, entonces, que la mayoría de quienes actuaron como órganos de prueba revistan la calidad de parientes o de víctimas. Son testigos necesarios”⁵⁶. Esta doctrina, aplicable en general para los crímenes cometidos durante la dictadura, debe ser tenida especialmente en cuenta frente a los casos de abuso sexual, casos en los que por regla no es frecuente que el hecho sea presenciado por muchas personas que revistan el carácter de testigos⁵⁷.

(ii) Un aspecto que ineludiblemente debe profundizarse es el referido a la creación de condiciones apropiadas para que las personas que han sufrido delitos de extrema gravedad puedan relatar sus experiencias –lo que implica revivirlas– de la manera menos traumática posible, tanto en la etapa de instrucción, como al momento del debate oral⁵⁸. En tal sentido, es imprescindible prestar atención tanto a la capacitación, competencia y el

⁵⁶ Cf. considerando tercero de la sentencia, bajo el título “h) el cuestionamiento de la prueba testimonial, en general”.

⁵⁷ En estos casos es especialmente relevante una valoración global de la prueba y de los hechos. Se ha visto que en algunos casos, el análisis atomizado de los hechos ha impedido o dificultado que se consideraran todos los elementos de prueba relevantes. Por ejemplo, relatos de otras personas referidos al mismo centro clandestino, a otros abusos sexuales cometidos, a la conducta de cierto imputado, etc. En este sentido, es claro que la atomización de las causas y la falta de una valoración global de los elementos de prueba dificultan la prueba de los hechos.

⁵⁸ Al respecto, ver las consideraciones señaladas en *La Guía de trabajo para la toma de testimonios a víctimas sobrevivientes de Tortura*, elaborada por el Centro de Estudios Legales y Sociales (disponible en <http://www.cels.org.ar/common/documentos/Guia%20para%20la%20toma%20de%20testimonios%20a%20victimas%20de%20tortura.pdf>). La presentación de este trabajo, realizada hace unos meses, estuvo acompañada por la proyección del video “Testimonios de sobrevivientes del terrorismo de Estado que han declarado en causas penales por delitos de lesa humanidad” (producido por el CELS), que resulta muy ilustrativo de las vivencias de varias víctimas-testigos. También puede verse el reciente *Protocolo de Intervención para el Tratamiento de Víctimas-Testigos en el marco de Procesos Judiciales* elaborado por el Centro de Asistencia a Víctimas de Violaciones de Derechos Humanos “Dr. Fernando Ulloa” de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. Los dos trabajos mencionados contienen una muy valiosa descripción de situaciones problemáticas referidas al trato de testigos (en muchos casos víctimas-testigos) y propuestas concretas de actuación por parte de la administración de justicia.



15

14 11 12
DRA. DANIELA...
PROSECUTORA...
UNIDAD FISCAL...

Procuración General de la Nación

Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado

comportamiento de los funcionarios encargados de recibir su testimonio⁵⁹ como a la adecuación del lugar y la modalidad en la que tiene lugar el acto. La posible revictimización de quien fue objeto de abuso y ahora presencia el juicio o es llamado a declarar por los hechos que sufrió, las secuelas psicológicas que suelen dejar esta clase de hechos y el estrés post traumático que pueden aparejar, deben ser necesariamente tenidos en cuenta tanto al momento de aceptar, rechazar o producir la prueba, dirigir los interrogatorios y exponer públicamente y frente a la víctima las hipótesis de la defensa y la acusación, como al tiempo de valorar los testimonios y demás elementos probatorios incorporados al proceso. Debe tenerse en cuenta que la exposición pública de estos hechos puede llegar a afectar a la víctima y otros testigos e interesados. Por ello, es deber de los fiscales y jueces que intervienen, por ejemplo, asistir a la víctima en las necesidades que requiera; procurar que su declaración se realice en un contexto adecuado para lograr que se produzca con la mayor libertad posible; impedir interrogatorios que se dirijan a violentar, coaccionar o intranquilizar a la víctima; disponer las medidas de seguridad y de asistencia psicológica que hagan falta; y, si fuera necesario evitar su exposición pública, hacer uso de los medios técnicos que correspondan (videoconferencia, cámara Gesell, u otras alternativas similares).

iii) Una consecuencia derivada de considerar que los abusos fueron cometidos en el marco de las condiciones de coerción prototípicas del terrorismo de Estado es la evidente necesidad de poner seriamente en duda todo supuesto consentimiento libre de la víctima para el acto sexual. El hecho de que se trate de prisioneros sometidos a toda clase de torturas y amenazas⁶⁰, sin posibilidad alguna de vislumbrar un auxilio legal, la existencia de un contexto de peligro permanente para la vida y la integridad física y psíquica tanto de la víctima como de sus seres queridos, implica una situación de coacción permanente con capacidad para excluir cualquier clase de consentimiento alegado por la defensa.

Pues bien, los tribunales penales internacionales vienen desarrollando y aplicando algunos criterios para el tratamiento de la prueba acordes con las especiales características de estos delitos en las áreas mencionadas recientemente⁶¹.

Se trata de principios generales, cuya razonabilidad y compatibilidad con las reglas derivadas de la sana crítica que gobiernan la actividad de los jueces al momento de dictar sentencia (art. 398, CPPN) indican la conveniencia de que sean tenidos en cuenta por los

⁵⁹ Atinente al tema es la regulación específica hecha por el 4º párrafo del art. 118 del Código Procesal Penal de la Nación.

⁶⁰ Es necesario aclarar aquí que el hecho de que el abuso se haya cometido fuera del centro clandestino de detención poco modifica el dominio prácticamente absoluto de la víctima por el victimario. Esta relación de poder era permanente y en muchos casos se extendía más allá del ámbito físico del centro clandestino.

⁶¹ Se alude las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, adoptadas por la Asamblea General de los Estados Parte del Estatuto de Roma, el 9 de septiembre de 2002 (http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/F1E0AC1C-A3F3-4A3C-B9A7-B3E8B115E886/140167/Rules_of_procedure_and_evidence_Spanish.pdf) y a la Reglas de procedimiento y prueba del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev45_en.pdf).

tribunales nacionales al momento de conocer en los casos de abuso sexual cometidos en el marco del terrorismo de Estado en Argentina.

A continuación se mencionan algunos de estos principios, a saber:

- i) la inexigibilidad de que el testimonio de la víctima sea siempre corroborado por terceros para tener por acreditado el caso⁶²;
- ii) la objeción frente a aquellas alegaciones de la defensa orientadas a señalar que hubo consentimiento de la víctima cuando hubiera sido objeto —o hubiera temido serlo— de violencia, amenazas, detención o presiones psicológicas, o si razonablemente creyera que, si se negase, otros serían objeto de actos o presiones similares, especialmente cuando ello hubiera tenido lugar en un contexto o situación coercitivos⁶³;
- iii) la necesidad de realizar una audiencia previa a puerta cerrada para considerar la admisibilidad —su relevancia y credibilidad— de la prueba mediante la cual el imputado intentase demostrar el consentimiento de la víctima⁶⁴;

⁶² La regla 96 (i) de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY, adoptada el 11 de febrero de 1994, lo establece: “*no corroboration of the victim’s testimony shall be required*”; y la regla 63. 4) de la Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI indica: “... la Sala no requerirá corroboración de la prueba para demostrar ninguno de los crímenes de la competencia de la Corte, en particular los de violencia sexual”. En el caso “Tadic”, la Sala de Primera Instancia del TPIY señaló que todo elemento de prueba que tenga valor probatorio debe ser recibido como medio de prueba, debiéndosele conferir a los testimonios sobre agresiones de índole sexual la misma presunción de credibilidad que a las víctimas de otros crímenes (par. 536, pronunciamiento del 07/05/1997). En los casos “Foca” y “Aleksovski”, el TPIY entendió abrogada la regla que pretendía la corroboración del testimonio único de víctimas de violencia sexual (pronunciamientos de 22/02/2001 y 24/03/2000, pars. 566 y 62 respectivamente).

⁶³ De acuerdo a la Regla 70, frente a casos de violencia sexual la CPI deberá guiarse por los siguientes principios:

- a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;
- b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;
- c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.

El Reglamento del TPIY introdujo estos principios en su Regla 96. De conformidad con sus disposiciones, en el caso “Foca” (22/02/2001), el TPIY señaló que la ausencia de consentimiento *puede manifestarse* por la presencia de los diversos factores enumerados por la Regla 96 (par. 458); que, sin embargo, los elementos enumerados *no son los únicos que invalidan el consentimiento* (par. 464); y que, incluso en el caso de que la víctima hubiera tenido un *rol activo* durante los hechos investigados, ello no impide que constituyan el delito de violación (par. 644).

⁶⁴ La regla 96 (iii) de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY indica: “*before evidence of victim’s consent is admitted, the accused shall satisfy the Trial Chamber in that the evidence is relevant and credible*”. Por su parte, la Regla 72 del reglamento para la CPI establece: “Procedimiento a puerta cerrada para considerar la pertinencia o la admisibilidad de pruebas: 1. Cuando se tenga la intención de presentar u obtener, incluso mediante el interrogatorio de la víctima o de un testigo, pruebas de que la víctima consintió en el supuesto crimen de violencia sexual denunciado, o pruebas de las palabras, el comportamiento, el silencio o la falta de resistencia de la víctima o de un testigo a que se hace referencia en los apartados a) a d) de la regla 70, se notificará a la Corte y describirán la sustancia de las pruebas que se tenga la intención de presentar u obtener y la pertinencia de las pruebas para las cuestiones que se planteen en la causa. 2. La Sala, al decidir si las pruebas a que se refiere la subregla 1 son pertinentes o admisibles, escuchará a puerta cerrada las opiniones del fiscal, de la defensa, del testigo y de la víctima o su representante legal, de haberlo, y, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 69, tendrá en cuenta si las pruebas tienen suficiente valor probatorio en relación con una cuestión que se plantee en la causa y los perjuicios que puedan suponer. A estos efectos, la Sala tendrá en cuenta el párrafo 3 del artículo 21 y los artículos 67 y 68 [vinculados a los medios, modalidad y condiciones en que se recibe el testimonio a los efectos de garantizar su control, la seguridad, veracidad, privacidad, dignidad y bienestar psicológico del testigo, etc.] y se guiará por los principios enunciados en los apartados a) a d) de la regla 70, especialmente con respecto al interrogatorio de la víctima. 3. La Sala, cuando determine que la prueba a que se refiere la subregla 2 es admisible en el proceso, dejará constancia en el expediente de la finalidad concreta para la que se admite. Al valorar la prueba en el curso del proceso, la Sala aplicará los principios enunciados en los apartados a) a d) de la regla 70”.



DRA. DANIELA YAGALLA
 PROSECUTORA
 GENERAL DE LA NACIÓN

Procuración General de la Nación

Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado

iv) la inadmisibilidad de pruebas acerca de la vida sexual anterior o ulterior al abuso de la víctima⁶⁵.

Específicamente, en relación con el tratamiento de la prueba testimonial, la jurisprudencia del TPIY ha realizado algunas consideraciones teniendo en cuenta las especiales implicancias de esta clase de delitos sexuales. Así, por ejemplo, señaló que: *i)* el desorden o estrés postraumático derivado de crímenes sexuales, así como el tratamiento psicológico para afrontarlo no tienen por qué afectar la credibilidad del relato de la víctima⁶⁶; y que *ii)* en atención a las circunstancias propias de los crímenes cometidos, las faltas de precisión (esencialmente temporales), o las discrepancias menores entre las declaraciones de varios testigos sobre un hecho o conjunto de hechos, e incluso entre lo declarado en un momento y otro por el mismo testigo, no se consideran como descalificadoras de la evidencia siempre y cuando la esencia del relato del hecho se mantenga inalterada⁶⁷.

A modo de conclusión de este acápite, puede decirse que el tratamiento judicial de los abusos sexuales cometidos por el terrorismo de Estado no puede obviar considerar las especiales características de estos hechos al momento de seleccionar, incorporar y valorar la prueba. Sin que se trate de reglas categóricas, ni obligatorias para los tribunales nacionales, los principios del derecho penal internacional aquí mencionados pueden ser tomados en cuenta como una primera guía para trabajar alrededor de esta problemática. Ello sin perjuicio de otras tantas medidas que los operadores judiciales deben implementar para lograr que el proceso se convierta en un marco apto para que la víctima se refiera a los abusos sufridos, sin que ello implique un perjuicio colateral más por hacerlo, y se le brinde un trato digno y respetuoso⁶⁸.

⁶⁵ La vida sexual de la víctima no puede ser utilizada para dudar de su testimonio, su honra, o considerar que pudo haber aceptado la agresión sexual como parte de una conducta sexual consentida. En este sentido, la Regla 71 del Reglamento de la CPI establece que: "...la Sala no admitirá pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo". Se trata de un reconocimiento de la obligación de dar un trato digno y respetuoso a las víctimas, y adoptar las medidas necesarias para impedir la revictimización que puede ocasionar la realización de una medida de prueba, o el manejo de la información sobre hechos del proceso y la identidad de las víctimas. La regla 96 (iv) de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY expresa: "*prior sexual conduct of the victim shall not be admitted in evidence*".

⁶⁶ En 1998, el TPIY estableció que "...si bien una persona puede sufrir de síndrome post traumático su testimonio no necesariamente es inexacto", y que si los aspectos esenciales de los hechos no se ven afectados por las perturbaciones que pudiera sufrir, no hay motivos para no considerar creíbles los dichos del testigo (caso "Furundzija", 10/12/1998, par. 108 y ss.).

⁶⁷ El TPIY tuvo oportunidad de expedirse al respecto en los casos "Tadic", "Furundzija" y "Foca", en los que estableció que la falta de precisión respecto de las fechas no desacredita el testimonio ("Tadic", 1997, par. 534); que las contradicciones en detalles infimos no sólo no debilitan el testimonio, sino que además pueden constituir signos de sinceridad; que lo relevante son los hechos y no las fechas ("Furundzija", 1997, párr. 113 y ss.); y que no es esperable que una persona víctima de hechos traumatizantes pueda recordar detalladamente los incidentes, de manera tal que no debe exigirsele precisión sobre la secuencia de los acontecimientos, las fechas u horas exactas, sobre todo cuando las declaraciones se producen mucho tiempo después de ocurridos los hechos [en el caso, 8 años] ("Foca", 2001, párr. 564).

⁶⁸ Ver, entre otros, los arts. 79/81, 118 4º pfo. del CPPN. Acerca de la necesidad de dar un tratamiento adecuado a las víctimas y testigos y algunas medidas recomendables en tal dirección, ver también, entre otros, los siguientes instrumentos y disposiciones: Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 13), Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del

VI. CONCLUSIONES

Los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado aún no reciben el tratamiento jurídico adecuado en la práctica judicial. Esta es una de las circunstancias que explica el hecho de que esa faceta criminal aún no se vea reflejada en toda su dimensión en el proceso de juzgamiento de los crímenes contra la humanidad cometidos en nuestro país. Esa situación puede revertirse si se consolidan algunos factores de crucial importancia para el abordaje de esos hechos.

En primer lugar, es claro que los abusos sexuales cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil son crímenes contra la humanidad. Que un acto de abuso sexual quede capturado por la categoría de los crímenes contra la humanidad no depende de la frecuencia, sistematicidad o generalidad con que hayan ocurrido actos de este tipo. La circunstancia dirimente para subsumir un acto determinado en la fórmula de los delitos de lesa humanidad es que haya formado parte del ataque que opera como contexto de acción en este tipo de crímenes. Los abusos sexuales cometidos contra personas bajo el dominio de las fuerzas represivas del terrorismo de Estado cumplen ese requisito y, por lo tanto, deben ser considerados crímenes contra la humanidad (punto **II**).

Otro aspecto relevante para un correcto tratamiento jurídico de estos hechos se refiere a la calificación de los abusos de acuerdo con las figuras que el Código Penal prevé específicamente para este tipo de conductas. En tal sentido, en este documento se han dado las razones por las cuales no resulta correcto subsumir los hechos solamente en la figura de “tormentos”. El delito de tormentos no refleja todo el contenido de injusto de un abuso sexual y, por lo tanto, no puede desplazar a las figuras que específicamente se refieren a abusos sexuales. Precisamente, el modo de expresar la especificidad de la afectación a la libertad sexual es aplicar los tipos penales previstos con ese fin (punto **III.b**).

Se han efectuado también algunas consideraciones vinculadas al requisito de instancia privada que el Código Penal establece en los artículos 71 y 72 para los delitos contra la libertad sexual. En particular, se dieron razones para entender que en aquellos casos en los que las personas que sufrieron abusos sexuales no sobrevivieron al terrorismo de Estado debe tenerse por configurada una de las excepciones previstas al requisito de instancia privada. En este sentido, se sostuvo que la norma consagrada en el art. 71 del Código Penal presupone la posibilidad real de denunciar por parte de la persona que sufrió el delito,

derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 60/147, del 16 de diciembre de 2005 (especialmente, punto IV, 10); Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985 -especialmente punto 6-; el *Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas Para los Derechos Humanos, Nueva York y Ginebra, 2001) alude especialmente a las medidas de investigación y protección frente a las víctimas de abusos sexuales; algunas de las pautas señaladas en la resolución PGN 3/2011 acerca del interrogatorio a los testigos de hechos de tortura y la resolución PGN 174/2008 que incorpora como reglas prácticas para tener en cuenta en la atención de víctimas y testigos el documento denominado “*Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos*”

14 11 12
Dra. DANIELA MORA GALLI
PROFESORA
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN



12

Procuración General de la Nación

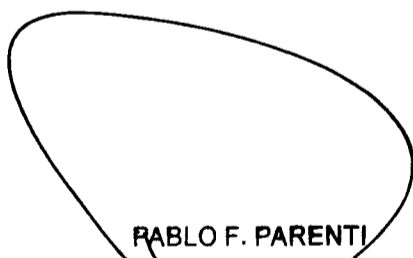
Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado

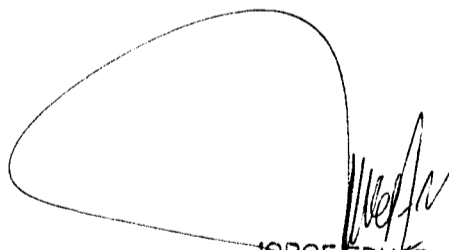
circunstancia que no se verifica en casos en los que ésta no recuperó nunca su libertad. Por otra parte, se remarcó la necesidad de asegurarse de que las personas que pueden manifestar su voluntad sobre la investigación de los abusos sean debidamente informadas y asesoradas acerca de lo que implica una investigación penal.

También se analizaron cuestiones vinculadas a la autoría y participación en esta clase de delitos. Como se indicó en el capítulo IV, no existen razones para restringir el concepto de autoría sólo a aquellas personas que cometieron abusos sexuales personalmente (con su propio cuerpo). Por un lado, se demostró que no es aplicable a los abusos sexuales la categoría de los llamados delitos “de propia mano” (categoría, por otra parte, discutible). Los abusos sexuales son delitos de dominio que admiten las mismas formas de autoría y participación que otros delitos como los tormentos, homicidio, etc. En ese capítulo se hicieron consideraciones referidas a la responsabilidad de los superiores por estos hechos y se explicó por qué la autoría mediata (o coautoría) respecto de ellos no depende de que haya existido una orden específica de que se cometa el abuso sexual.

Finalmente, en el capítulo V se efectuaron algunas observaciones sobre el tratamiento de la víctima y la incorporación y valoración de la prueba en esta clase de delitos. En tal contexto se mencionaron algunas reglas utilizadas por tribunales penales internacionales que merecen ser tenidas en cuenta por los tribunales argentinos al momento de juzgar abusos sexuales.

Unidad Fiscal de Coordinación, 2 de octubre de 2012.


PABLO F. PARENTI
COORDINADOR
UNIDAD FISCAL DE COORDINACIÓN Y SEGUIMIENTO DE LAS
CAUSAS POR VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS
COMETIDAS DURANTE EL TERRORISMO DE ESTADO
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN


JORGE EDUARDO AUAT
FISCAL GENERAL
UNIDAD FISCAL DE COORDINACIÓN Y SEGUIMIENTO DE LAS
CAUSAS POR VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS
COMETIDAS DURANTE EL TERRORISMO DE ESTADO
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN