



Ministerio Público de la Nación

INTERPONE RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL

Exma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, fiscal general ante esa Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía N° 4, con domicilio constituido en mi público despacho de Av. Comodoro Py 2002, 5° piso de Capital Federal, domicilio electrónico nro. 51000002082, correo electrónico XXXXXXXX, CUIL N° XX-XXXXXXXX-X, en la causa FBB XXXXXXXXXXX/2007/37/4/CFC166 del registro de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, caratulada "A., R. E. Y OTROS S/RECURSO DE CASACION", me presento y respetuosamente digo:

I.- OBJETO

Que en legal tiempo y forma, de conformidad con los artículos 256 y 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, vengo por el presente a interponer recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los términos establecidos en los artículos 14 y 15 de la ley 48 contra la resolución dictada el 5 de noviembre de 2021 y notificada el mismo día, por la Sala II de la CFCP que resolvió, por mayoría, declarar inadmisibile el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal contra la resolución de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca que, en lo que aquí interesa, había rechazado el recurso de apelación deducido por el Fiscal Federal y había confirmado la resolución dictada por el Juzgado Federal N° 1 de la misma jurisdicción, en cuanto había decidido que no se podía avanzar en seis casos en los que existirían elementos de convicción presuntivos de hechos de violencia sexual, por faltar la

instancia de la víctima (arts. 71 y 72 del CP). Asimismo, la alzada había confirmado también la decisión del magistrado instructor que señaló que no correspondía el llamado a indagatoria de los imputados con relación a otras treinta víctimas pues, además de carecer de la instancia de la acción por parte de ellas, no existían otros elementos de prueba que dieran cuenta de conductas configurativas de los delitos sexuales que se pretendían imputar.

II.- PRETENSIÓN

Pretendo demostrar que la resolución de la Sala II de la CFCP -por mayoría- que declaró inadmisibile el recurso de la fiscalía, lo hizo de modo arbitrario, en el sentido de la doctrina de la Corte Suprema, porque desconoció principios de jerarquía constitucional a los que haré referencia en seguida. Ello se tradujo en una lesión a los derechos del debido proceso y la defensa en juicio, que también amparan a esta parte fiscal, además de encerrar una incorrecta inteligencia de las normas sustantivas que rigen la cuestión que, a nuestro modo de ver, en estos casos de terrorismo de estado adquieren la naturaleza de federales (art. 14, ley 48).

Se pretende que la Corte Suprema anule o revoque el fallo en cuestión y adopte un pronunciamiento conforme a la inteligencia que invocamos de las normas federales en juego.

III.- RELACIÓN DE LOS HECHOS

El Juzgado Federal de Bahía Blanca había dispuesto, ante distintas imputaciones y solicitudes de indagatorias de los acusados, que no era posible avanzar con las imputaciones por faltar la instancia de las víctimas (arts. 71 y 72 CP). Ello, con relación a los hechos que atentaron



Ministerio Público de la Nación

contra la integridad sexual de I.J.F. (fallecida), A.M.D.M., G.S., E.M.M. de T., I.J.Ch. y L.M. (fallecida). Por otro lado, también había dispuesto que no correspondía ordenar el llamado a indagatoria de los acusados, por la falta de instancia de las víctimas y porque no existían elementos de prueba que dieran cuenta de conductas que configuren los delitos contra la integridad sexual en perjuicio de M.F.B., M.E.G., G.A.R., S. M. M., M.C.P., C.E.C., Z.R.M., D.R.M., N.G.C., M.A.F., E.F., E.M.I., Z.A.I., M.E.R., M.C.J., M.M., S.E.T. de B., M.M.O., G.R., Z.F., N.I.T., E.R., R.P., M.M., N.R. de A., H.C.G.T., N.A.C., G.A.K., C.R. y G.A.

La Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca confirmó esa resolución. Contra esta decisión los fiscales dedujeron recurso de casación, que fue concedido y mantenido por esta parte.

El 5 de noviembre de 2021 la mayoría de esa Sala II de la CFCP resolvió declarar inadmisibile el recurso de casación. Contra esta última es que interpongo el remedio federal de la ley 48.

IV.- LA RESOLUCION RECURRIDA

Transcribo las partes pertinentes.

El señor juez doctor G. J. Y. dijo:

1º) “Que la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, ...rechazó el recurso de apelación deducido por el Fiscal Federal y confirmó la resolución dictada por el Juzgado Federal N° 1 de la misma jurisdicción en cuanto decidió que respecto de las imputaciones formuladas en los requerimientos de instrucción, “en seis casos en los que existirían elementos de convicción presuntivos de hechos de violencia sexual

(en razón de los dichos de terceros o conforme la interpretación del silencio que efectúa el acusador) no resulta posible avanzar por faltar la instancia de la víctima (arts. 71 y 72 del CP)”...

“Asimismo, confirmó también la decisión del magistrado instructor, en cuanto a que “tampoco correspondía ordenar el llamado a indagatoria de los imputados con relación a otras treinta víctimas, pues, además de carecer de lo señalado en los anteriores casos considerados, no existen –al menos por el momento– testimonios u otros elementos de prueba que den cuenta de conductas configurativas de los delitos sexuales que se pretenden imputar” ...

...2º) En primer lugar, corresponde reseñar los fundamentos de la resolución recurrida...Así, con relación a la habilitación de la instancia penal por parte de la víctima o persona legalmente autorizada que, conforme lo regulado por los arts. 71, inc. 1º y 72, inc. 2º del CP corresponde para los delitos previstos en los arts. 119, 120 y 130 de ese cuerpo normativo, la Cámara a quo interviniente señaló que los bienes jurídicos afectados por los hechos punibles cuya persecución está sometida a instancia privada “son aquellos de los considerados personalísimos, de allí que el legislador prefirió dar prevalencia a la voluntad de la víctima por sobre la represión oficiosa de los mismos, en virtud de la capacidad de agravamiento de las penurias y lesiones sufridas que conlleva la trascendencia pública de los mismos, propia de la realización del proceso penal (strepitus fori)” ...



Ministerio Público de la Nación

...De seguido, en lo concerniente a la alegación del fiscal relativa a que, en los casos en los que la víctima ha fallecido con posterioridad a los hechos, “no hay posibilidad de revictimización”, puntualizó que “solo podría afirmarse tal cosa, si quien debe decidirlo se desentiende completamente de la voluntad de la víctima, negando su visión respecto de lo vivenciado y de las consecuencias que en lo personal podría acarrearle a ella, a su familia y allegados, pues la ley ha instituido a la víctima (o, según el caso, su tutor, guardador y representantes legales) como única jueza de los perjuicios que el ejercicio de la acción podría ocasionarle”... .

...indicó que dichos fundamentos se ven potenciados cuando la comisión de aquellos delitos se verifica como parte de un sistemático y generalizado de ataque a la población civil y en un ámbito tan atroz como lo eran los centros clandestinos de detención y tortura establecidos por el poder de facto durante el terrorismo de Estado, pues allí el poder lesivo propio de estas figuras se intensifica enormemente, profundizando aún más la vulnerabilidad y el fuerte impacto en la subjetividad de la víctima...

...A modo de ejemplo, el a quo tomó el caso de I.J.F., quien sobrevivió al terrorismo de Estado y declaró durante los años 2009 y 2010 negando expresamente haber sido violada, y falleció en 2016; según el testimonio de una amiga “muchas veces surgió el tema de su secuestro y nunca me contó que mientras estuvo secuestrada había sido violada y tenía dudas acerca de la identidad de su hija, hasta antes de morir cuando finalmente me lo confiesa [...] Luego de su fallecimiento, sus hijos me

vinieron a preguntar que sabía y les conté lo que me había dicho”. A raíz de ello, su hija mayor se realizó un examen de ADN que, finalmente, dio como resultado que su padre de vida es también su padre biológico. Tanto ella como una de sus hermanas prestaron declaración en la causa, donde relataron cómo se enteraron y las sospechas que tenían, y que su padre (también secuestrado junto a su madre) nunca se había enterado...

...En particular, la mayor de las hijas contó cómo fue enterarse de las dudas que había respecto de su filiación: “Fue la peor semana de mi vida, pensando que podía llegar a ser hija de un torturador, que podía tener esa sangre, tenía náuseas, no dormía”. Luego, refirió que se hizo el estudio de ADN “y finalmente salió que yo era hija de mi padre. Esa verdad iluminó un montón de situaciones que fueron muy dolorosas y traumáticas para toda mi familia”...

...los magistrados de instancia anterior acertadamente coligieron que “I.J.F. quiso evitar a su familia esos daños y penurias, aguantando en soledad y conscientemente esa pesada carga durante 40 años hasta el final de sus días, cuando en estricta confidencia le contó a su amiga, no surgiendo de la declaración de ésta que la confesión tuviera por finalidad que el asunto se ventilara”...

...A raíz de la angustiada y dolorosa situación advertida en este caso, la Cámara entendió que el análisis no puede eludir la posibilidad de que haya otros casos como este o similares, en los que dejar expedida la acción cuando la víctima no habilitó la instancia en vida (es decir, sin los



Ministerio Público de la Nación

requisitos de la ley) podría ocasionar gravísimos trastornos y daños a núcleos de familiares de víctima que éstos quisieron proteger...

... de los otros cinco casos, en tres de ellos las víctimas no declararon, habiéndose tomado conocimiento de los hechos por los dichos de otras víctimas (casos de I.J.CH. y de A.M.D.M.) o -al igual que en el caso anterior- por declaración de una hija o una amiga (caso de L.M.), “por lo que corresponden las mismas consideraciones ya expuestas, debiendo agregarse que el propio apelante reconoce que a la víctima A.M.D.M. no se le ha podido tomar declaración en razón del impacto emocional y psicológico que los hechos sufridos le han causado” ...

...que en los dos restantes casos las agraviadas que sí declararon (casos de E.M.M. y G.S.) y frente a la pregunta respecto a haber sido objeto de violencia sexual o haber tomado conocimiento de que otras víctimas sufrieron este tipo de padecimientos, manifestaron de manera inequívoca su voluntad acerca de no hablar de ello...

...agregó que “[e]l respeto por no avasallar la voluntad de las agraviadas se advierte incluso en otras víctimas que reconocieron estas prácticas, pero se niegan a dar nombres de otras compañeras de cautiverio que sufrieron violencia sexual, en razón precisamente, de no forzarlas a actualizar aquellos episodios traumáticos revictimizándolas en contra de su voluntad”. ... en el testimonio de M.M.B. quien, al preguntársele por dichas circunstancias, dijo: “...Sí, pero yo no voy a dar nombres, no puedo dar nombres, porque di mi palabra a mis compañeras que si ellas no lo decían no

lo iba a decir, y que ellas no querían más dolor para sus familias, así que yo sólo puedo decir lo mío, de lo que intentaron hacer...”.

...el a quo ponderó el interés de la víctima por sobre todo lo demás, en cuanto su voluntad de no instar la acción “no puede ser suplida siquiera por otra víctima, sin que esto aplique incumplimiento alguno de la obligación internacional asumida por el Estado de investigar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, pues aquí no se trata de un obstáculo sino de una condición de procedibilidad que resguarda y respeta el derecho a la víctima a exteriorizar o no vivencias que la afectan íntimamente”. ...

...3º) teniendo en cuenta que nada obsta a un reexamen de la admisibilidad del recurso de casación ya sea antes o después de la audiencia para informar o en el mismo momento de dictar sentencia, advierto que el impugnante no ha logrado rebatir todos y cada uno de los argumentos expuestos en la resolución que se recurre...

...A partir de lo expuesto en el considerando anterior, se observa que ... el a quo fundó el rechazo del recurso de apelación interpuesto por el acusador público en la limitación del poder punitivo del Estado a la expresión de voluntad expresa de la víctima, establecida en nuestro código de fondo en su resguardo, concluyendo, correctamente, que el silencio de I.J.F., A.M.D.M., G.S., E.M.M. de T., I.J.Ch. y L.M. acerca de los episodios sufridos impide habilitar la persecución penal...Por otro lado, la respuesta de la Cámara interviniente luce adecuada también respecto del agravio vinculado a los treinta casos en lo que consideró que, además, no había, por el



Ministerio Público de la Nación

momento, respaldo probatorio suficiente, toda vez que el acusador no ha señalado testimonio u otra prueba concreta que dé cuenta de las conductas configurativas de los delitos sexuales que se pretenden imputar, reposando el recurso de casación de los representantes del Ministerio Público Fiscal en un argumento dogmático y genérico centrado nuevamente en la sistematicidad de la violencia sexual que existía en los centros clandestinos de detención pero sin realizar el más mínimo análisis probatorio que permitiera ligar a los imputados con aquellos hechos...

...Por último, tampoco puede soslayarse que en la resolución del juzgado instructor, a diferencia de los casos aquí impugnados, sí se ordenó recibir declaración indagatoria con relación a los hechos que damnificaron a 26 mujeres que, al momento de declarar, expusieron haber sido víctimas de abuso sexual; y respecto a una víctima sobre la que se ordenó proseguir la investigación de oficio frente a la ausencia por muerte o desaparición forzada...

...De este modo, se advierte que la resolución impugnada se encuentra fundada y que los planteos del recurrente sólo evidencian una opinión diversa sobre la cuestión debatida y resuelta (Fallos: 302:284; 304:415); decisión que cuenta, además, con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes, que impiden la descalificación del fallo como acto judicial válido (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; ...)....

...Asimismo, el pronunciamiento atacado ha sido dictado por la Cámara de Apelaciones en su carácter de órgano revisor de las

resoluciones emanadas de los magistrados, es decir que en el caso existe doble conformidad judicial...

...En definitiva, de los términos en que ha sido interpuesto el remedio intentado, no se advierte tampoco la existencia de una cuestión federal adecuadamente fundada que permita habilitar la competencia de este Cuerpo como tribunal intermedio, conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Di Nunzio” (Fallos: 328:110)...

...declarar inadmisibile el recurso de casación ... Así voto.

El señor juez doctor C. A. M. dijo:

...En atención a las particulares circunstancias del caso, habré de adherir al voto del colega G. J. Y., toda vez que la resolución impugnada no exhibe vicio alguno de fundamentación que lo invalide como acto jurisdiccional por vía de la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 306:362 y 314:451, entre muchos otros); de la verificación de graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328; 322:1605), o de la concurrencia de cuestión federal atendible (Fallos: 328:1108)...

...Por lo demás, cabe señalar que, en el caso, quedó asegurada la doble conformidad judicial ...Tal es mi voto”.

El señor juez A. W. S. dijo:

...Que, sellada la suerte del remedio en trato con los votos concordantes de los colegas preopinantes, he de señalar con base en la doctrina del cimero tribunal in re “Di Nunzio” (Fallos: 328:1108) que erige a esta Cámara como tribunal intermedio, que corresponde continuar la tramitación de estos actuados en los términos del art. 464 y cctes. del



Ministerio Público de la Nación

ceremonial. Ello así, pues, se impone otorgar al impugnante la facultad de ejercer en plenitud su ministerio, permitiéndole alegar ante esta instancia sobre la arbitrariedad que aduce, en resguardo a la garantía del debido proceso que ampara a todas las partes por igual (Fallos: 321:1909; 328:4580; 331:2077 y, mutatis mutandis, CSJN, causas FBB 3100 0615/2010/TO1/33/1/1/RH27 “Aguilera, Omar y otros”, rta. El 11/9/2018; FBB 31000615/2010/48/1/1/RH042 “Greppi, Néstor Omar”, rta. el 3/9/2020; FLP 605/2010/TO1/33/1/RH1, “Cacivio, Gustavo Adolfo s/ recurso de casación”, entre tantas otras)...

...A su vez, en la hipótesis, se congrega a las obligaciones del estado Argentino de investigar, juzgar y sancionar a los responsables por crímenes de lesa humanidad (Fallos: 327:3294, “Arancibia Clavel” y Fallos: 328:2056, “Simón” –entre tantos otros-), el compromiso internacional asumido a través de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer –Convención Belém do Pará- (cfr. mi voto en causa n° 9.125, caratulada: “K., S. N. y otro s/recurso de casación” reg. n° 50/2013, rta. 21/2/2013, con cita de Chinkin, Christine “Acceso a la justicia, género y derechos humanos”, con cita Corte IDH, Caso Jessica Lenahan (González) vs. Estados Unidos, Informe N° 80/11, Caso 2.626, 21 de julio de 2001, § 134, y Caso González y otras, “Campo Algodonero” vs. México., 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, § 292, en “Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres”, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2012, pág. 35) y Caso “Masacre de las Dos

Erres vs. Guatemala”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C Nº 211)..

...Es difícil encontrar exposiciones más dramáticas de la desprotección y la vulnerabilidad que aquellas que genera la violencia ejercida brutalmente en sus cuerpos, en tanto representan su condición sexual, su identidad de género y su posibilidad de descendencia” (Balardini, Lorena; Oberlin, Ana y Sobredo, Laura, “Violencia de género y abusos sexuales en los centros clandestinos de detención” en, CELS/ ICTJ, “Hacer justicia: ...”. Tal, mi voto...”.

El ribunal RESUELVE:

Por mayoría, DECLARAR INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por los representantes del Ministerio Público Fiscal, sin costas (arts. 444 -segundo párrafo-, 465, 530 y ccdtes. del CPPN).

V.- REQUISITOS DEL RECURSO

1.-La arbitrariedad y la cuestión federal.

Existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria. Ello, con base en la doctrina de la gravedad institucional sostenida desde antaño por la jurisprudencia de la Corte Suprema, por cuanto *“se encuentra comprometida la responsabilidad internacional del Estado argentino de garantizar el juzgamiento y eventual cumplimiento de pena de una persona que se encuentra acusada por la comisión de delitos que constituyen violaciones a los derechos humanos ocurridas en nuestro país durante la última dictadura militar. Ello es así, en tanto la responsabilidad internacional del Estado argentino no se agota con la obligación de*



Ministerio Público de la Nación

investigar y juzgar... sino que se extiende también al deber de sancionar a sus responsables, tal como surge de los precedentes ‘Barrios Altos’ (sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75) y ‘Almonacid’ (sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154), receptados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re ‘Simón’ (Fallos: 328:2056) y ‘Mazzeo’ (Fallos:330:3248)...” (cfr., entre otras, CNCP, Sala 4, causa n° 16.189, “Menéndez, Bernardo José s/ recurso de casación”, rta. el 2/11/12, registro n° 2049/12).

Así, de adverso a lo sostenido por esa Sala, la resolución objeto del recurso de casación era susceptible de atacarse por ese medio, puesto que al haberse planteado una cuestión federal a partir de una resolución equiparable a sentencia definitiva, la Cámara Federal de Casación Penal no podía omitir su intervención, en su carácter de tribunal intermedio anterior a la Corte (Fallos: 329:6002).

En efecto, al haber dado el recurrente cumplimiento a los requisitos reclamados para la admisibilidad de su recurso, el argumento utilizado para omitir el tratamiento de los agravios resulta arbitrario y atenta contra las reglas del debido proceso legal. Con la doctrina de la arbitrariedad se procura asegurar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso que también amparan al Ministerio Público Fiscal (Fallos: 299:17; 308:1557; 328:1874 y 329:5323).

De esta forma, la decisión de esa Sala importó la indebida restricción de una vía apta para el examen de la cuestión federal planteada, que vedó toda posibilidad de discusión sobre el acierto o desacierto

del pronunciamiento de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, y privó a esta parte de la posibilidad de ejercer de forma plena y correcta su ministerio, con afectación de la legalidad que por mandato constitucional debemos proteger, todo lo cual redundaría en evidente menoscabo de la garantía del debido proceso y de la correcta fundamentación exigible a los fallos judiciales (Fallos: 310:2458).

De mantenerse firme lo resuelto, la investigación penal por hechos de violencia sexual y contra las mujeres durante el terrorismo de Estado no podrá avanzar, ya que se condiciona su prosecución a un hecho futuro, incierto y ajeno al Ministerio Público Fiscal (la instancia privada), pese a que existen casos (I.J.F. y L.M.) en los que hay certeza de la imposibilidad de superar ese obstáculo por el fallecimiento de las víctimas, lo que equivale al cierre definitivo de la investigación.

Asimismo, existe cuestión federal porque se encuentra involucrada la inteligencia de normas federales, teniendo en cuenta que estos delitos lo son cuando son cometidos en el contexto del terrorismo de estado y del plan sistemático de graves violaciones a los DD.HH.; y la resolución es contraria al derecho federal invocado (art. 14, ley 48).

Los arts. 71 y 72 del C.P., aplicados a los abusos sexuales producto del terrorismo de Estado, no pueden ser interpretados de un modo que obstaculicen el desarrollo de la investigaciones para establecer la responsabilidad de los culpables, porque así lo mandan los principios de jerarquía constitucional adoptados por la República (art. 75, inc. 22, CN). Máxime que en este caso, no se produciría ningún perjuicio a la zona de



Ministerio Público de la Nación

intimidación para las víctimas, que es lo que la norma del art. 72 CP tiende a proteger. Véase que en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que ha positivizado el Derecho de Gentes vigente hasta el momento, están previstos los delitos sexuales y no se estipula allí ninguna condición previa a instancias de las víctimas para ejercer las acciones punitivas. Es que son delitos contra la Humanidad, no sólo contra los sujetos individuales.

Ningún tratamiento se dio a los argumentos expuestos por el impugnante tendientes a que continúe la investigación.

En cuanto al momento en que se presentó la cuestión federal, cabe remitirse al relato que antecede. Al interponer recurso de casación contra la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, el Fiscal hizo reserva del caso federal. El remedio fue concedido por el *a quo*, esta parte presentó el término de oficina previsto en el artículo 466 del CPP y luego, sin fijar audiencia, fue declarado inadmisibile.

Como fue mencionado, la misma Corte Suprema ha establecido que ante casos de gravedad institucional su instancia se encuentra habilitada (C.S.J.N. Fallos 307:933; 306:1081; 257:132; 319:1842), lo que resulta aplicable al caso de autos en donde se investigan delitos de lesa humanidad, cometidos durante los años 1976-1983.

La gravedad institucional habilita de modo directo la instancia federal -con prescindencia de obstáculos formales impositivos de la misma- en cuanto “*suple la falta de requisitos de admisibilidad, como la sentencia (C.S.J.N. Fallos: 256:517) o el adecuado planteo de una cuestión federal (C.S.J.N. Fallos: 300:1111).*”

Así, entendemos que concurren en la emergencia causas graves que inciden en el menoscabo de la administración de justicia (conf. C.S.J.N. Fallos 190:124; 244:34 y 407) y que autorizan la habilitación de la instancia extraordinaria. El caso indudablemente reviste interés institucional suficiente (C.S.J.N. Fallos 253:465; 256:62; 263:135; 273:103; 299:249, entre otros muchos) pues la cuestión debatida trasciende el marco natural de la causa y los intereses de las partes allí comprometidos, toda vez que afecta seriamente el adecuado desempeño de la función que, en ejercicio de su misión jurisdiccional, compete al Poder Judicial de la Nación.

Por último, no puede dejar de advertirse que la resolución en crisis compromete la responsabilidad internacional del Estado Argentino (Fallos: 317:1690).

Sentado ello, en consideración de que el Ministerio Público tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (art. 120, CN y art. 1º, Ley N° 24.946), se advierte el concreto interés y perjuicio de este Ministerio Público en el presente caso: el aseguramiento de que no se vea frustrada la finalidad perseguida durante el desarrollo de este proceso, en hechos que aún generan conmoción y que revisten un especial interés para la sociedad.

2.-Sentencia definitiva.

Nos encontramos en presencia de una resolución cuyos efectos la asimilan a una sentencia definitiva.

Así lo ha sostenido la Corte al señalar que “...*el concepto de sentencia equiparable a definitiva para el recurso extraordinario no*



Ministerio Público de la Nación

difiere del establecido para el recurso de casación, tomando en cuenta el carácter de tribunal intermedio de la cámara homónima, siempre que se invoque en los planteos recursivos una cuestión federal o la arbitrariedad del pronunciamiento conforme la doctrina de esta Corte. Cualquier otra interpretación del art. 457 del Código Procesal Penal, conlleva un excesivo formalismo del que podría resultar un serio menoscabo de los derechos constitucionales en que se funda el recurso...” (C.S.J.N., D. 199.XXXIX “Di Nunzio, Beatriz Herminia s/excarcelación”, causa N° 107.572, del 3/5/2005).

La resolución de esa Sala II que declaró inadmisibile el recurso de casación puso fin a la cuestión debatida en forma tal que ésta no puede renovarse y no existe otro tribunal al que pueda recurrirse, quedando sólo la vía aquí intentada.

Se trata, entonces, de una decisión equiparable a definitiva (art. 457 del CPPN), ya que la tutela de los derechos que se invocan no podría hacerse efectiva en una oportunidad procesal posterior (cfr. C.S.J.N., Fallos: 320:1919) y que se caracteriza, además, por su manifiesta arbitrariedad, debido a la imposibilidad de poder proseguir la investigación penal de seis casos en los que existirían elementos de convicción presuntivos de hechos de violencia sexual, con el argumento de que falta la instancia de la víctima (arts. 71 y 72 del CP). Asimismo, se privó al representante del Ministerio Público Fiscal avanzar en el proceso respecto de algunos imputados, ya que la alzada había confirmado también la decisión del magistrado instructor que había señalado que no correspondía ordenar el llamado a indagatoria de los imputados con relación a otras treinta víctimas,

pues, además de carecer de la instancia de las víctimas, no existían testimonios u otros elementos de prueba que dieran cuenta de conductas configurativas de los delitos sexuales.

Así, resultará tardío atender el agravio en ocasión del fallo final de la causa pues en ese caso el perjuicio que hubiere podido evitar ya se habría soportado (Fallos 321:2826).

Superior tribunal de la causa. El presente recurso se interpone contra la decisión de la Sala II de la CFCP, y se han agotado todas las vías recursivas previstas por el ordenamiento procesal vigente.

VI.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

A nuestro criterio los argumentos utilizados por la mayoría carece de fundamentación, de modo que la resolución viola al artículo 18 de la Constitución Nacional y su norma operativa en la faz procesal, el artículo 123 del CPPN, que exige que las decisiones judiciales sean fundadas con base en las circunstancias comprobadas de la causa.

La resolución impugnada omitió el tratamiento de los agravios con el arbitrario argumento de que el impugnante no había logrado rebatir todos y cada uno de los argumentos expuestos.

Todo ello importa una afectación a las garantías de la defensa en juicio, que ampara a este Ministerio Público Fiscal y del debido proceso, cuya tutela le ha sido encomendada. Es que, el respeto a la persecución penal, no puede excluir el legítimo derecho que la sociedad mantiene intacto de adoptar todas las medidas y mecanismos de precaución que devengan necesarios, no sólo para asegurar el éxito de la investigación,



Ministerio Público de la Nación

sino también para garantizar, en un caso tan grave como el que nos ocupa, que se conozca la verdad de lo sucedido y se pueda investigar a los sospechados de esos delitos. En definitiva, el decisorio no constituye una derivación racional de las constancias obrantes en la causa, ni del derecho vigente.

Debe tenerse en cuenta que en tanto existe un deber del Estado de investigar y juzgar la múltiple comisión de estos hechos realizados de manera sistemática y generalizada sobre las víctimas mujeres, como porción integrante de la población civil atacada, la posición del Ministerio Público Fiscal que represento en este caso es que no pueden invocarse disposiciones de derecho interno, como lo es la instancia privada para algunos delitos sexuales (arts. 71 y 72 del CP), vigente a la época de los hechos.

Algunos consideran que estos hechos deben ser calificados como parte de los tormentos (de algún modo, así se los trató en la Causa 13 de la CCCFed, Fallos: 309), pero ello no permite atrapar en toda su dimensión el significado de la ofensa a los derechos de las víctimas. Podrá haber situaciones de concurso ideal o real, pero, ello no autoriza a hacer desaparecer la calificación de estos hechos como delitos contra la “honestidad”, concepto que para la época de su consumación ya era entendido por los autores como integridad o libertad sexual.

Si todo esto es así, si han desaparecido por el transcurso del tiempo y el cambio de circunstancias, las razones por las cuales la ley le confiriera el derecho a las víctimas de mantener en reserva la declaración de esos hechos, y si estas circunstancias no pueden ser opinables por los imputados (la norma del art. 72 no está concebida como un derecho subjetivo

de los imputados, sino de las víctimas de algunos delitos sexuales), no existe en la actualidad razón alguna para que los hechos no sean enjuiciados, por supuesto, como en cualquier delito que afecta determinados derechos personalísimos, adoptando las medidas procesales pertinentes de reserva, y decoro en las audiencias correspondientes. No se trata de un anacronismo o de la aplicación de un nuevo criterio a situaciones pasadas donde estos razonamientos no estaban vigentes, sino de la aplicación de razonamientos jurídicos derivados de la ley ya vigente al momento de los hechos, en el contexto del enjuiciamiento de delitos de lesa humanidad.

En los votos de los jueces que conformaron la mayoría de la resolución que por esta vía se impugna, se observan meras transcripciones de la sentencia que había sido puesta en crisis y se sostiene, mediante fórmulas dogmáticas, que esta parte limitó sus agravios a meros juicios discrepantes con aquel decisorio.

Pero la discrepancia con lo resuelto es el requisito básico de cualquier recurso. A ella hay que sumarle el agravio y otros elementos. De modo que esa fórmula no es apta para desestimar una impugnación. Lo más curioso en el caso de autos es que si se considerara que se trata de una “mera discrepancia” con lo resuelto, debería reconocerse que, precisamente, esa es la base de la impugnación prevista en el art. 14, inc. 3°, de la ley 48. Se trata de nuestra inteligencia de normas de derecho penal que se han federalizado por el contexto en que se han cometido (delitos de lesa humanidad, graves violaciones a los DD.HH.), y la resolución fue contraria al derecho que esta parte invocaba en ellas. De modo que la Corte en estos



Ministerio Público de la Nación

casos, actúa en función de “casación federal”. Básicamente, estamos diciendo que las normas que establecen la dependencia de la instancia privada para el ejercicio de determinadas acciones penales públicas, por tratarse de “casos federales” porque son producto del terrorismo de Estado y aplicación del Derecho Internacional de los DD.HH., no pueden ser interpretadas de un modo que obstaculicen el desarrollo de las investigaciones dirigidas a enjuiciar y castigar a los responsables. Así lo mandan principios de jerarquía constitucional adoptados por la República (art. 75, inc. 22, CN). Máxime que en este caso, no se produce o genera ningún perjuicio a la zona de reserva o intimidad para las víctimas, que es lo que la norma del art. 72 CP tiende a proteger. Como señalé, en el Estatuto de Roma no está prevista condición alguna de las víctimas para promover las acciones penales.

Es que los tribunales argentinos en estos casos no actúan solo como tribunales locales, sino como apéndices del derecho internacional (idea que no es propia, sino de Leopoldo Schiffrin).

Existe otro punto que debe ser aclarado. Si bien es claro en el derecho penal internacional que los actos de abuso sexual cometidos como parte de un "ataque generalizado o sistemático contra la población civil" son susceptibles de ser calificados como crímenes contra la humanidad, en algunas resoluciones se insiste en que, para tenerlos por tales, esos actos deben haber ocurrido de manera generalizada o sistemática. Sin embargo, 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.). Lo que la figura requiere es que el ataque contra la población civil sea generalizado o sistemático, y no que también lo sea cada clase de conducta (homicidios, torturas, violaciones, etc.), es decir, que ella misma deba ser generalizada o sistemática (vid. Resolución PGN N° 557/2012 de la Procuración General de la Nación, dictada en base al documento de la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado, llamado “Consideraciones sobre el juzgamiento de los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado”).

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 y una manifestación del dominio absoluto que los agentes de la represión ilegal tuvieron sobre las personas secuestradas, sin que éstas pudieran recurrir, a ningún tipo de autoridad en su defensa, y porque esas violaciones no tuvieron el propósito de brindar el placer o desfogue sexual de los autores (lo cual no descarta ni tiene relevancia típica que los ejecutores lo hayan experimentado, porque igualmente es delito), sino que constituyeron un medio de sometimiento de las personas a quienes se consideraban enemigos del régimen, para doblegarlas, es decir, como metodología a llevar a cabo en el marco del alegado “combate la subversión” en aquella imaginaria lucha contrarrevolucionaria.

Los ex-comandantes en jefe que dirigieron el Plan Sistemático de eliminación de personas individualizadas por ellos como opositores (políticos, sociales, económicos, ideológicos, etc.), otorgaron



Ministerio Público de la Nación

discrecionalidad a los cuadros inferiores para hacer lo que quisieran con las víctimas, pero dentro del contexto del Plan, por lo que los abusos sexuales y/o violaciones constituyeron una especie de arma y, así es como formaron parte del ataque generalizado a esa porción de la población civil. Como cualquier delito común, se transforma en delito de lesa humanidad por el contexto en que es producido. La violación y otros abusos sexuales son formas de sometimiento, pero no por las lesiones que producen, como en la administración de corriente eléctrica, los golpes o los mordiscos de animales, que producen dolor físico, sino por su significado simbólico, por su contenido vejatorio y la carga de indignidad con la que es tratada la víctima.

Además, en nuestra concepción está superada la categoría de delitos de propia mano, porque no tiene ningún sustento legal y es una mera creación de la dogmática con fundamento en ideas extrañas al texto legal. No se logra comprender por qué para esa concepción un robo, un homicidio, una privación ilegal de la libertad no son delitos de propia mano y admiten la coautoría por división de funciones, mientras que los delitos sexuales no.

La posición que concluye que únicamente puede ser autor quien realiza el tocamiento o la penetración es errónea porque en ella subyace la idea de que estos tipos penales exigen placer, lascivia o móviles de contenido libidinoso en el autor, que sólo pueden contemplarse de manera individual y que no atienden el padecimiento de la víctima. Esto es refutable desde su propia génesis, porque a nadie se le ha ocurrido sostener que no hay violación cuando el sujeto activo no siente ningún placer al penetrar por vía

anal o vaginal a la víctima o, también, que no la habría cuando la víctima tuviera atrofiadas las funciones glandulares que generan el placer o displacer sexual, o estuviera inconsciente, etc. De hecho, las violaciones masivas - especialmente de mujeres- pueden ser una subespecie de crimen de guerra, cuando se emplean como método de ataque al enemigo (ver Estatuto de Roma).

Como sostiene Righi, el delito de acceso carnal violento es un delito de dominio que consiguientemente admite tanto la autoría mediata como la coautoría (Righi, Esteban, Derecho Penal, Parte General, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 392).

El hecho es de significado sexual (antes honestidad) no por la motivación o ultrafinalidad de los sujetos intervinientes, ni por lo que ellos sienten desde el punto de vista sensorial, sino por un criterio objetivo de sentido, por todos conocido, el que se determinará en función del control que cada participante tuvo respecto de ese hecho en el que ha intervenido, ordenado o tolerado.

En tal sentido, el Tribunal Supremo español, mediante sentencia del 02/11/1994, ponente Enrique Bacigalupo Zapater, admitió la posibilidad de coautoría e incluso autoría mediata en esta clase de delitos. Allí se señaló que “no se percibe razón alguna para hacer depender el merecimiento de pena de una realización del acceso carnal con el propio cuerpo, toda vez que lo que se castiga no es la satisfacción sexual del agente, sino la lesión del bien jurídico de la autodeterminación sexual que resulta vulnerado desde la perspectiva de la víctima, tanto cuando la acción se realiza



Ministerio Público de la Nación

con el propio cuerpo como cuando se realiza a través de otro que opera como mero instrumento”.

En igual sentido, cabe mencionar el dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Dr. Víctor Abramovich del 21/02/2017, en la causa FMZ 41001077/2011/TO1/4/1/RH3, caratulada “M. O. B y otros s/ averiguación de delito”, en la cual la mayoría de la Sala III de ésta CFCP, había declarado la inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y excluido la calificación jurídica de los delitos de abuso deshonesto y violación. Al respecto el Procurador expresó “...en la sentencia impugnada la cámara, por mayoría, consideró que los delitos de abuso deshonesto y de violación debían ser caracterizados como “delitos de propia mano” pues indicó que la atribución de responsabilidad penal por esos crímenes a título de autoría requiere la realización corporal de la acción prohibida. De este modo, consideró que los delitos en cuestión excluyen formas de autoría distintas de la directa”.

“Tal como paso a desarrollar, esa conclusión es dogmática y carece de argumentos serios y suficientes para descartar la aplicación de los delitos de abuso deshonesto y violación, prescindiendo del texto legal y del bien jurídico protegido por los artículos 119, 122 Y 127 del Código Penal según la ley 11.179, y desconociendo las implicancias concretas del caso donde los actos de violencia sexual fueron cometidos como parte del plan sistemático de represión. El a quo omitió ponderar que el texto de las figuras penales vigentes al momento de los hechos describe acciones susceptibles de ser realizadas por quienes no hubieran tenido

contacto sexual directo con la víctima. En particular, cabe recordar que el tipo penal de abuso deshonesto imponía prisión ‘al que abusare deshonestamente de personas de uno y otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancias del artículo 119, sin que haya acceso carnal’. Esa norma criminalizaba los tocamientos con contenido sexual. En este sentido, es relevante destacar que un tocamiento con connotación sexual mantiene ese significado independientemente del modo en el que sea ejecutado; esto es, sin perjuicio de que aquel sea realizado mediante el propio cuerpo, o a través de un objeto o del dominio material o influencia sobre la voluntad ajena. Lo mismo puede decirse de la acción tipificada por el delito de violación establecido en el anterior artículo 119, que, al momento de los hechos, penalizaba a quien ‘tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo’ sin su consentimiento válido”.

“En especial, el tribunal prescindió de considerar que la connotación sexual de las acciones tipificadas no se encuentra determinada por la transmisión de propiedades físicas entre el autor material y la víctima, por lo que no es dable presuponer que existan diferencias entre que una persona toque o acceda sexualmente a otra sin su consentimiento con una parte de su cuerpo o, por ejemplo, a través del dominio o autoridad ejercidos respecto de las acciones de un agente subordinado”.

“Asimismo, la solución adoptada por el tribunal desatiende que los actos de violencia sexual constituyeron uno de los métodos planificados para someter, humillar y castigar a las mujeres detenidas en los centros clandestinos de detención durante la última dictadura. En este



Ministerio Público de la Nación

contexto, a fin de determinar la configuración de los delitos en cuestión, adquieren relevancia aquellas conductas que formaron parte del atentado contra la libertad sexual de las víctimas, más allá de la materialidad de cada hecho sexual. En un régimen de disciplina y mando, como aquel que reinaba en el ámbito de cautiverio, es posible determinar que el superior que impone las circunstancias para que el ilícito del subordinado se produzca debe ser considerado como un perpetrador de ese hecho. En este marco, la exclusión de responsabilidad penal de los superiores jerárquicos por los delitos de abuso deshonesto y violación implica desatender el hecho de que fueron ellos quienes garantizaron las condiciones para que estos crímenes sean cometidos, a la vez que contribuyeron a la posterior impunidad de los autores materiales”.

Y concluye su dictamen: *“Finalmente, la posición desarrollada se encuentra en línea con las sentencias emitidas por los tribunales penales internacionales, que de conformidad con sus respectivos marcos jurídicos han establecido la responsabilidad penal de superiores por la comisión de delitos sexuales, aun cuando aquellos no hubieran ejecutado las acciones sexuales con su propio cuerpo (Tribunal Penal Internacional para Ruanda, "Fiscalía vs. Akayesu"; TPIR-96-4-T; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, "Fiscalía vs. Furundzija", IT- 95-17/1; Corte Penal Internacional, "Fiscalía vs. Bemba", ICC-01105-01108)”.*

Como se ve, el problema del caso es la posición dogmática de los jueces, y no uno de la ley penal argentina. Aquella concepción ya se encuentra superada, no solo para los delitos sexuales,

porque es un resabio de la teoría formal objetiva de la autoría.

Para explicarlo de manera suficiente me valdré del trabajo del profesor Omar Palermo, intitulado “Responsabilidad penal de los superiores por los abusos sexuales cometidos durante el terrorismo de Estado” (inérito). El autor señala en forma crítica que el desarrollo teórico de los delitos de propia mano no ha obtenido mayores resultados que los alcanzados por Karl Binding hace más de un siglo. Según Binding «existiría un número no pequeño de delitos en los cuales la acción delictiva tiene que ser llevada a cabo de propia mano [...] el juez que quiera prevaricar, ha de dictar sentencia por sí mismo; el desertor, huir con sus propias piernas; el hermano que desee cometer incesto, realizar por sí mismo el coito con la hermana y el testigo perjuro, deberá él mismo declarar y haber jurado también por sí mismo su testimonio». Agrega que la teoría de los delitos de propia mano no es más que un resabio de la antigua teoría formal objetiva, para la cual autor es quien realiza personalmente todos o algunos de los actos ejecutivos previstos expresamente en el tipo penal.

Y agrega que no existen razones para defender una categoría como la de los delitos de propia mano, porque la dogmática ha superado desde hace tiempo el método del formalismo según el cual el contenido de las categorías se deriva de la literalidad o mero texto de la ley. El derecho positivo constituye un límite para una dogmática de lege lata, pero de ningún modo puede derivarse del texto de la ley el contenido y los límites de la teoría del delito, como lo pretende la teoría formal-objetiva y su derivada teoría de los delitos de propia mano.



Ministerio Público de la Nación

En virtud de todo lo expuesto, entiendo que, en el marco de la comisión de una violación sexual no sólo estará en condiciones de ser punible quien acceda carnalmente o manosee a la víctima, sino también quien ejerza fuerza sobre ella, quien emita la orden de llevar adelante ese abuso sexual por otro, quien sea responsable del funcionamiento del centro clandestino de detención donde se comete el crimen y con ello favorece y apaña su ejecución, y todo aquél que realice un aporte cuya magnitud sea el motivo para afirmar su incidencia determinante en la configuración final del hecho (cfr. Resolución PGN N° 557/2012, ya citada).

En definitiva, no existe ningún obstáculo legal en el Código Penal argentino desde 1921 para imputar un delito sexual (antes contra la honestidad) a quienes no pusieron manos sobre las víctimas, como ocurre en prácticamente todos los demás delitos donde se discute la intervención de más de una persona.

Ahora bien, conforme fuera expuesto por los representantes del MPF en su requerimiento de instrucción, surge de las declaraciones de las víctimas a las que se les recibió testimonio directo o indirecto, de sus familiares y de los testimonios de quienes compartieron cautiverio con ellas, que las secuestradas eran sometidas a constantes tocamientos en sus partes íntimas y vejaciones, se las desnudaba y les aplicaban corriente con picanas eléctricas en los genitales, eran humilladas y obligadas a hacer sus necesidades en público, otras fueron violadas, golpeadas y amenazadas. Este era el contexto en el que las cautivas se encontraban inmersas en los Centros Clandestinos de Detención y Tortura, al cual todos

los testimonios describen de manera coincidente (cfr. fs.1/48 y 53/93, con especial referencia, a aquellas víctimas por las cuales este Ministerio Público recurrió en casación).

Asimismo, el fiscal señaló en su recurso que la resolución de la cámara de apelaciones había pasado por alto, que la regla que establece la necesidad de instancia de la víctima, dispone el deber de proceder de oficio cuando se produce la muerte de la víctima o lesiones gravísimas. Es decir, que la índole de las consecuencias de los hechos (en particular su gravedad adicional) le otorga preeminencia al deber estatal de proceder a su investigación y juzgamiento. No puede así pasar por desapercibido que el supuesto de lesiones gravísimas no descansa en la imposibilidad de denuncia, sino solamente en la gravedad de las consecuencias.

Señaló el fiscal, que no existe una contraposición normativa insalvable entre el deber del estado de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar los delitos de lesa humanidad y la necesidad de instancia de la víctima, ya que el legislador al regular con carácter general el sistema de persecución penal en casos que no reúnen esas características, tomó en cuenta la índole de los efectos de los hechos para imponer el deber de promoción oficioso, independientemente de que exista o no un previo impulso de la persona afectada o de sus representantes legales.

A mayor abundamiento, y en idéntica sintonía, agregó que la ley 26.200, al implementar el Estatuto de la Corte Penal Internacional, no reguló disposiciones que hicieran depender de la instancia privada ninguno de los delitos allí contemplados, encontrándose entre ellos crímenes contra la



Ministerio Público de la Nación

libertad sexual. Más allá de su ámbito de aplicación, la disposición citada es una muestra del interés prevaleciente que existe en la persecución estatal de las conductas referidas.

Otro argumento que brindó el fiscal en su remedio impugnativo y que sólo recibió respuesta aparente por parte de la alzada, radicó en que no existía una dicotomía insalvable entre el interés de la víctima y el del Estado. En efecto, al momento de resolver se debieron tomar en consideración un conjunto de particularidades que reúnen los casos de la naturaleza de autos.

Por un lado, resulta un hecho notorio las dificultades que enfrentaron y enfrentan la investigación de delitos de lesa humanidad, cuya persecución estuvo paralizada durante décadas. Por lo que un primer dato a contemplar, al momento de otorgar efectos a la ausencia de declaración de la víctima, reside en que la instancia privada del hecho estaba totalmente obstaculizada y desalentada, ya sea en forma cercana al sufrimiento de los delitos (por la vigencia del poder de facto) o, una vez retornada la democracia, por la paralización de las causas.

Por el otro lado, los casos de violencia sexual durante el terrorismo de Estado, más allá de la forma de concurso aplicable, formaron parte de secuencias fácticas complejas de hechos entrelazados, que se desarrollaron de manera contemporánea y en un mismo contexto de localización temporal y territorial. En los casos analizados en el legajo, nos enfrentamos a conductas desarrolladas mientras las víctimas se encontraban privadas ilegalmente de su libertad, cautivas, junto a numerosas personas.

Esta singularidad de los casos provoca que, en gran medida, los hechos de violencia sexual ya forman parte de la causa, más allá de que sean o no objeto de imputación penal.

Argumentó que, la solución propiciada en la sentencia impugnada conducía a la arbitrariedad de que la exposición a prácticas de indudable contenido sexual no podían ser calificadas jurídicamente como abuso sexual, a pesar de sí admitirse, a contrapunto, su inclusión como objeto del proceso, y su calificación bajo otras figuras penales como tortura y privación ilegítima de la libertad, y aun cuando en estos últimos casos producía el mismo efecto de exposición e intromisión en la esfera privada de la víctima.

Referenció que resultaba arbitrario el análisis en torno a los fundamentos normativos de la figura de la instancia privada para el caso de los abusos sexuales, ya que si bien advertía el carácter anacrónico de la teoría del *strepitus fori* y reconocía que la finalidad residía en evitar la doble victimización, luego –al pasar por alto que los hechos de violencia sexual ya forman parte del objeto procesal– no advertían que es precisamente la forma de resolver la cuestión lo que habría de perfeccionar la revictimización, al hacer invisible en el proceso aquello que ya adquirió expresión procesal.

Argumentó que, debe partirse de que la revictimización existe –como riesgo que debe evitarse o mitigarse– desde el momento inicial del proceso. Sea que la víctima –convocada prestar declaración bajo juramento– relate su paso por el centro clandestino, o que se tome conocimiento de dicha circunstancia a través de otros elementos probatorios,



Ministerio Público de la Nación

la revictimización se perfecciona cuando luego el sistema jurídico-procesal niega o desconoce la entidad de los hechos traumáticos verbalizados, y los excluye como objeto válido del proceso.

Agregó que, ésto es lo que habrá de suceder en relación a las víctimas del presente, de no ser la sentencia revocada, pues su historia como entes cosificados y adueñados por los perpetradores en los campos de concentración, ya es conocida en el proceso, tanto por sus propios testimonios como por el resto de la prueba obrante, y en tales condiciones, será materia de prueba, contraprueba, valoración y discusión permanente, sin que –sin embargo– pueda predicarse que el delito existe y sindicarse a los responsables. En otras palabras, el escollo de la instancia privada subsistirá como un mero tecnicismo alejado de cualquiera de los fundamentos que pudiera invocarse en su motivación.

Ejemplificó con el caso de la víctima A.M.D.M., en donde la sentencia de la Cámara de Apelaciones señaló que “el propio apelante reconoce que a la víctima A.M.D.M. no se le ha podido tomar declaración en razón del impacto emocional y psicológico que los hechos sufridos le han causado”; pero el fiscal argumentó que esa resolución pasó por alto que tal impacto no ha sido óbice (ni debió haberlo sido) para que la acción pública procediera en relación a los hechos de la víctima, por los cuales hay incluso imputaciones elevadas a etapa de juicio. El caso grafica el modo en que la víctima ya había sido expuesta al riesgo de doble victimización (incluso en cuanto a la violencia sexual padecida), con el agravante de que –de quedar firme la sentencia recurrida– se le negará toda

entidad jurídica a los abusos sexuales padecidos.

Argumentó que, frente a lo dicho, en lugar de plantear una dicotomía insalvable entre el interés estatal y el de la víctima, correspondía que se adoptaran las medidas procesales necesarias (forma de las declaraciones, acompañamiento profesional, reserva, entre otras), para evitar que la investigación y juzgamiento afecte a los sujetos pasivos de los hechos, tal como se procede en relación a los demás hechos traumáticos ventilados en estos procesos.

El fiscal también se detuvo en los hechos sufridos por I.J.F. y L.M.. y señaló para demostrar la arbitrariedad de la decisión impugnada, que ésta sólo centró sus argumentos en que la ley colocó a la víctima como la única jueza para ponderar el eventual daño que podría acarrearle, a su persona o a sus allegados, el desarrollo del proceso judicial y, por ello, le otorgó la potestad de instar o no la acción. Pero aún en el marco argumentativo de la sentencia, no se advertía cómo esa fundamentación podía sustentar la imposibilidad de investigar los hechos de violencia sexual sufridos por las dos víctimas citadas, imposibilidad que será definitiva e insalvable en caso de que lo resuelto adquiriera firmeza.

El caso sufrido por L.M. resulta paradigmático ya que en la resolución impugnada se parte de considerar su silencio como una manifestación de voluntad negativa en torno a la promoción de la acción penal. Pese a ello, desde la época en que sufrió su privación ilegal de la libertad, los tormentos y las conductas configurativas de abuso sexual (no desconocidas en la resolución impugnada), la víctima nunca declaró como



Ministerio Público de la Nación

testigo, habiéndose producido su fallecimiento el 16 de mayo de 2006. Su única declaración judicial fue como imputada, durante la vigencia del poder de facto, en el marco de una causa a través de la cual se pretendió darle apariencia de legalidad a los delitos que sufrió.

Destacó el representante del Ministerio Público Fiscal en su recurso, que existieron muchos obstáculos a los que se enfrentó la investigación de los hechos, no sólo durante el gobierno de facto, sino también una vez retornada la democracia. En este contexto, la reapertura de los procesos por delitos de lesa humanidad comenzó a materializarse en la ciudad de Bahía Blanca en el marco de la causa principal N° XXXXXXXXX/2007 a partir de fines del año 2005. Entonces si se coteja la fecha de su fallecimiento con los pasos procesales indicados, se advierte que la posibilidad real de declarar de la víctima, en un sistema judicial en condiciones de brindarle una respuesta adecuada, resultaron casi nulas, por lo que ningún efecto se le puede otorgar, con bases de fundamentación mínimas, a su silencio.

Pero el fiscal acreditó que sí se encontraron en condiciones de declarar sobre los hechos sus allegados (la hija y una amiga), la víctima no tuvo una posibilidad real de declarar sobre los eventos sufridos, los hechos que afectaron su libertad sexual ya formaban parte de la causa, pero sus allegados prestaron testimonio sobre los mismos en un juicio oral, por lo que no se advierte ningún riesgo de revictimización o de agravamiento de los daños, ni se le puede otorgar algún efecto al silencio de la propia L.M.

El fiscal también señaló que similares argumentos,

aunque en un marco fáctico parcialmente diferente, son aplicables al caso en perjuicio de I.J.F. La sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca señaló que la víctima sobrevivió al terrorismo de Estado, que declaró en sede judicial entre los años 2009 y 2010 y que negó ser violada. Sufrió una enfermedad terminal, en fecha cercana a su fallecimiento (año 2016), le comentó a una amiga que estando cautiva sufrió una violación y que, a raíz de ello, albergaba dudas sobre la identidad de su hija mayor de edad. Ello motivó que, una vez fallecida I.J.F., se realizara un examen de ADN en el que se comprobó que el padre de vida era efectivamente su padre biológico.

Luego de conocerse todo ello, no sólo declaró la amiga a quien la víctima le relató sus dudas, sino también la hija cuya identidad se puso en cuestión y una de sus hermanas, testimonios que obran agregados al legajo y en los que expusieron todas las circunstancias detalladas en una muestra de su voluntad de que se investigue el hecho.

Pese a ello, la sentencia consideró que de lo relatado por I.J.F. a su amiga, no se desprendía su voluntad de que el asunto se ventilara judicialmente, sino que, como sugiere la declaración de esta última, “necesitaba sacarse ese peso de encima antes de irse, no se podía morir sin contarlo...” y que habilitar la instancia, “podría ocasionar gravísimos trastornos y daños a núcleos de familiares de víctimas que éstas quisieron proteger”.

El fiscal destacó en su recurso que el núcleo familiar (incluida la hija cuya identidad se puso en duda), relató todo lo sucedido de manera espontánea en el marco de un proceso judicial, por lo que la clausura



Ministerio Público de la Nación

de la investigación del evento, que devendrá definitiva, se adoptará pese a la voluntad contraria de una de las principales perjudicadas. Que no se advertía qué daño se pretendía evitar cuando las personas actualmente con vida habían relatado todo lo sucedido en el marco de un proceso judicial, oportunidad en la que expusieron los daños que provocó en el núcleo familiar la duda abrigada por casi cuatro décadas, los que, al menos, pudieron comprender a partir del conocimiento de la verdad.

Todos estos planteos presentados por el Fiscal en su recurso, no fueron tratados por esa Sala II de la CFCP, sólo se limitaron a reiterar los argumentos de la cámara de apelaciones. Se mencionó que ésta fundó correctamente su postura en la limitación del poder punitivo del Estado a la expresión de voluntad expresa de la víctima, cuyo resguardo se encuentra establecido en el código de fondo y que se concluyó, que no bastaba para habilitar la persecución penal el relato de un tercero.

Ahora bien, en los casos analizados, las víctimas en algún momento manifestaron todos los delitos perpetrados en su perjuicio y en algunos casos exteriorizaron los abusos sufridos ante los órganos de la justicia. Luego, sus dichos fueron ratificados y/o complementados con declaraciones de sus amigas y/o familiares, con más o menos detalles de lo ocurrido. De este modo, la acción penal estatal debe entenderse como instada, sin mayores exigencias o formalidades estrictas, y deberían ventilarse en un juicio oral y ver que encuadre jurídico que correspondería otorgarles.

En tal sentido se ha sostenido que *“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” (Resolución PGN N° 557/2012 de la Procuración General de la Nación del 14/11/2012, dictada en base al documento de la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado, llamado “Consideraciones sobre el juzgamiento de los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado”).

En estas condiciones, se evidencia que la sentencia puesta en crisis no se ajusta a las prescripciones del artículo 123 del CPPN y a los artículos 1 y 18 de la Constitución Nacional, ya que los magistrados que conformaron la mayoría efectuaron una serie de afirmaciones dogmáticas y omitieron todo análisis de la situación que había sido traída a revisión y los motivos que había tenido esta parte para impugnar la resolución que confirmó lo decidido en primera instancia, con lo cual, su fundamentación es deficiente y nula de conformidad con lo establecido en el artículo 404, inc. 2°, del CPPN.

En conclusión, considero que la sentencia debe ser desvirtuada como acto jurisdiccional válido (arts. 123, 398, 404 inc. 2°, 470 y 471 del C.P.P.N.). Corresponde que se deje sin efecto la resolución recurrida



Ministerio Público de la Nación

y se disponga que la Cámara trate los planteos de esta parte y permita la continuidad de las actuaciones.

VII.- RELACION DIRECTA E INMEDIATA.

La cuestión federal propuesta se vincula a los puntos decididos en la sentencia y es eficaz para modificarla toda vez que si se remueve la arbitrariedad y se resuelve conforme a derecho necesariamente cambia el sentido de la decisión, con lo que se verifica en el caso la relación directa e inmediata que exige el art. 15 de la ley 48 (Fallos: 328: 4423).

VIII.- PETITORIO

Por todo lo expuesto, solicito:

Se tenga por interpuesto en legal tiempo y forma el recurso extraordinario deducido contra la sentencia dictada el 5 de noviembre de 2021 por la Sala II de la CFCP, reg. n° XXXX/21.

Se lo conceda y se eleven los autos a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que el alto tribunal deje sin efecto la resolución por esta vía impugnada.

Fiscalía N° 4, 17 de noviembre de 2021.

MAF

Javier Augusto De Luca
Fiscal General