Registro N°: 1848/21

Buenos Aires, 5 de noviembre de 2021.

AUTOS y VISTOS:

Para resolver acerca del recurso de casación interpuesto por los representantes del Ministerio Público Fiscal, doctores Antonio Horacio Castaño y Pablo Vicente Fermento, en esta causa FBB 15000005/2007/37/4/CFC166, caratulada: "Abelleira, Héctor y otros s/ recurso de casación", se reúne de conformidad con lo establecido en las Acordadas N° 24/21 y cctes. de la CSJN y N° 5/21 y cctes. de esta CFCP, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el señor juez Alejandro W. Slokar, como Presidente, y los señores jueces Carlos A. Mahiques y Guillermo J. Yacobucci, como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, M. Ximena Perichon.

Y CONSIDERANDO:

El señor juez **doctor Guillermo J. Yacobucci** dijo:

1°) Que la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, en lo que aquí interesa, 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” (conf. constancias agregadas al sistema LEX 100).

Contra esa decisión los acusadores públicos dedujeron recurso de casación, el que fue concedido por el *a quo* y mantenido por la parte impugnante en la instancia (art. 464 del CPPN).

2°) En primer lugar, corresponde reseñar los fundamentos de la resolución recurrida, en la cual se confirmó la decisión el juzgado instructor.

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. 1° y 72, inc. 2° 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*)”.

Luego de apuntar que, históricamente, esa fue la *ratio legis* para prever la instancia privada en delitos de naturaleza sexual, es decir, evitar la “deshonra” de la víctima, entendió que también hay otros fundamentos, como la eventualidad del daño moral que puede causar la renovación de

vivencias desgraciadas y evitar la doble victimización, afirmando lo irracional de pretender el ejercicio del poder punitivo aun en perjuicio de la propia víctima, es decir que el Estado "*no sólo se apodere de su derecho, sino que incluso agrave la lesión causada*". Concluyó que se trata, en definitiva, de un régimen establecido en función de preservar a las personas ofendidas permitiéndoles mantener en reserva lo que les ocurrió, como una prerrogativa a favor y en respeto de su intimidad.

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".

A mayor abundamiento, 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 morirse 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”.

De lo precedentemente relatado, 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 angustiosa 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 requisitos de la ley) podría ocasionar gravísimos trastornos y

daños a núcleos de familiares de víctima que éstos quisieron proteger.

El *a quo* continuó exponiendo que, 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".

Asimismo, señaló 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.

En esa dirección, 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". Aseveró que ello podía verse 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…".

En este contexto, 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". En esa línea, recordó que también es obligación internacional asumida por el Estado la de cuidar de los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

Por otro lado, en cuanto al agravio sobre el que insisten los representantes del Ministerio Público Fiscal en esta instancia relacionado con los treinta casos respecto de los cuales, además, el órgano jurisdiccional concluyó que -al menos por el momento- no había respaldo probatorio, entendió que "si bien no se desconoce la sistematicidad de la violencia sexual aplicada en los CCD, disponer llamados a indagatoria respecto de imputados a quienes se les imputaría estos delitos con una atribución de responsabilidad fundada en algún tipo de dominio sobre la estructura de poder en la que funcionada el CCD y con relación a un cúmulo de hechos en los que la prueba de su materialidad en ningún caso refleja la comisión de alguna conducta relativa a los tipos penales en cuestión implica una abrumadora generalización que afecta el derecho de defensa (art. 18 CN)".

3°) Ahora bien, 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, por una parte, 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 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; 301:449; 303:888).

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).

Por lo expuesto, corresponde 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).

Así voto.

El señor juez doctor **Carlos A. Mahiques** dijo:

En atención a las particulares circunstancias del caso, habré de adherir al voto del colega Guillermo J. Yacobucci, 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 en tanto la decisión atacada, que confirma el pronunciamiento del juez de grado, fue dictada por la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, en su carácter de órgano revisor.

Por último, interesa destacar, tal como lo hizo el magistrado que me precede en votación, y más allá de no formar parte del *sub lite*, que en la decisión del juzgado instructor sí se ordenó recibir declaración indagatoria en lo concerniente a los hechos que damnificaron a 26 mujeres que, en oportunidad de declarar, relataron haber sufrido abusos sexuales; y respecto a una víctima (M.G.I.) sobre la que se ordenó continuar la investigación de oficio frente a la ausencia por muerte o desaparición forzada.

Tal es mi voto.

El señor juez **Alejandro W. Slokar** 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 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 31000615/2010/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 Nº 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: nuevos debates sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad en la Argentina”, Siglo Veintiuno Editores, Bs. As., 2011, p. 180).

Tal, mi voto.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el tribunal **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).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada N° 5/19, CSJN) y remítase en el día de la fecha a la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca mediante pase digital, haciéndole saber lo resuelto también vía correo electrónico y oficio DEO, tanto a dicha judicatura como al Juzgado instructor.

Sirva la presente de atenta nota de envío.

FDO. ALEJANDRO W. SLOKAR (en disidencia), CARLOS A. MAHIQUES Y GUILLERMO J. YACOBUCCI(JUECES)
ANTE Mí: M. XIMENA PERICHON (SECRETARIA DE CÁMARA)