

//Plata, mayo 3 de 2006.- Registro N° 13/06

AUTOS Y VISTOS: Para resolver la situación procesal de Miguel Osvaldo Etchecolatz en el marco de la causa N° 30, caratulada " Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/ violación" del registro de la Secretaría Especial del Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 3 de La Plata, y

CONSIDERANDO:

I.- Los antecedentes.

La presente causa tuvo inicio con la presentación efectuada por el doctor Leopoldo Schiffrin -juez de la Cámara de Apelaciones de La Plata- ante el pleno de dicho Cuerpo, en el marco del "juicio por la verdad". La misma tuvo por objeto que se cite a Miguel Osvaldo Etchecolatz a fin de que preste declaración indagatoria en los términos del art. 236, primera parte, del CPMP, por los delitos que allí se citan (fs. 1 y vta.)

Luego de distintos vaivenes en el proceso por cuestiones de competencia -que no se justifica exponer aquí en su totalidad- la causa se radicó en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 3 de Capital Federal.

Allí, a fs. 2168/2171 y vta., se tomó declaración indagatoria a Miguel Osvaldo Etchecolatz en los términos del art. 294 del CPPN por los hechos denunciados, entre ellos, la violación sexual de P.D.O..

A fs. 2197/2254 y vta se procesó al imputado en orden a los delitos de homicidio calificado de D.E.T. de M.; privación ilegal de la libertad de A.B y M.H. de F.; privación ilegal de la libertad, aplicación de tormentos y homicidio calificado de P.G.D.O de DM. y A.F.DM; privación ilegal de la libertad y homicidio calificado de N.F., E.A.S y M.D.; privación ilegal de la libertad y aplicación de tormentos de J.J.L.; privación ilegal de la libertad y aplicación de tormentos de N.E.. Asimismo se decretó la falta de mérito en orden a los delitos de homicidio calificado de A.B. y M.F.; los delitos de tormentos de A.B., M.M.H. de F., N.O., E.A.S.; y con respecto a la violación de P.G.D.O..

Dicha decisión fue apelada por el Ministerio Público a fs. 2273/2274 y vta.. Los agravios estuvieron concentrados en la falta de mérito decretada en relación al delito de tormentos contra A.B., M.F., E.A. de S. y M.D.; y con relación a la violación de P.D.O.

Luego de suscitadas y sorteadas distintas cuestiones de competencia en la jurisdicción de la Capital Federal (ver fs. 2296/2297 y vta.; fs. 2381/2387) los autos fueron remitidos a la Cámara Federal de ésta ciudad, quien en definitiva resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el mentado procesamiento.

Así, en decisión que obra a fs. 326/352 del incidente de apelación agregado por cuerda, la Cámara federal hizo lugar parcialmente al recurso intentado, y revocó parcialmente el punto III de la resolución de fs. 2197/2254 y vta. y dispuso el procesamiento con prisión preventiva de Miguel Osvaldo Etchecolatz por considerarlo autor penalmente responsables de la aplicación de tormentos de A.B., M.H. de F., N.F., E.A de S. y M.D., y la concurrencia material entre si y por los delitos por los que fuera procesado en el punto I de la resolución atacada, todo ello en aplicación del los arts. 144 tercero, primer párrafo en función del inciso tercero del mismo artículo y art. 55 del CP. Asimismo confirmó parcialmente el punto III de la decisión atacada en orden a la violación de P.G.D.O. por aplicación del art. 309 del CPPN.

Llegadas las actuaciones a ésta instancia, y luego de practicarse distintas medidas de prueba, se consideró agotada la instrucción en relación a los hechos por los cuales había sido procesado el aquí imputado, y se corrió la vista pertinente conforme a lo establecido en el art. 346 del CPPN. Asimismo se dispuso continuar con la investigación de los hechos en que se dictó la falta de mérito, esto es, el homicidio calificado de A.B. y M.M.H. de F., y la violación sexual de P.G.D.O. (fs.2650)

Presentada que fue la requisitoria fiscal de elevación a juicio (fs. 2753/2775) y la de los querellantes, la Sra. Defensora Oficial se opuso a la misma e instó al sobreseimiento de su asistido (fs. 2787/2789 y vta.).

La mentada oposición defensiva fue rechazada a fs. 2790/283, en razón de los fundamentos que allí obran. Por ello, se declaró clausurada la instrucción de la causa respecto de los hechos por los que fuera procesado el aquí imputado y, en consecuencia, se elevó las actuaciones al Exmo. Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de la ciudad de La Plata.

En relación a los hechos relativos a la violación de P.G.D.O. y el homicidio calificado de A.B. y M.H. de F., se ordenó la formación de expedientes separados, y la continuación de la investigación según su estado (fs. 2790/2803).

En función de ello se formó el presente expediente, que tiene por objeto resolver la situación de Miguel Osvaldo Etchecolatz en orden al delito de violación sexual de P.G.D.O..

II.- La violencia sexual desde la perspectiva del Derecho Internacional.

1. Sabido es que los crímenes que sufrió la humanidad a lo largo de la historia, y en especial los cometidos en la primera mitad del siglo XX, tocaron la sensibilidad de los responsables políticos de aquellos estados que convergían en puntos de mínima civilidad, a partir de principios y valores arraigados en el espejo de la historia común.

Mancomunadas las preocupaciones en declaraciones, estatutos, convenciones y tratados, consolidaron -en orden progresivo- un sistema de protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas, y un cambio radical en la mentalidad jurídica y en las estructuras normativas.

Esta evolución del derecho fue engrosando su contenido en orden a los distintos contextos que se fueron y van sucediendo, a partir de una idea básica -y sin embargo tantas veces olvidadas en la alienación de los acontecimientos-: la protección del ser humano en su condición de tal es el sentido y fin último de todo sistema jurídico.

En el presente hablamos -con cierta uniformidad de criterio- acerca del *derecho humanitario*, los *crímenes de guerra*, los *delitos de lesa humanidad*, a partir de umbrales comunes como son los *conflictos armados* -internacionales, internos o internacionalizados-, o los *ataques sistemáticos o generalizados* contra una población civil.

Ello es muestra elocuente de un sistema consolidado en sus bases y fines, no obstante su necesidad de perfeccionarse permanentemente.

En cuanto al examen de las declaraciones, convenciones y tratados en detalle -y sin desmedro de lo que se expondrá a continuación-, me remito a mis consideraciones expresadas en oportunidad de tratar la nulidad de las leyes de obediencia debida y punto final, en función de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad (Vide: causa N° 2, "Crous, Félix Pablo s/ dcia." -ex causa N° 7522 del registro de la Secretaría N° 9-, que tramita en la Secretaría Especial, entre otras).

2.- En particular, y con relación a los delitos contra la integridad sexual, la legislación internacional y la jurisprudencia de los distintos tribunales internacionales creados al efecto, consolidaron una base jurídica en la que subyace una interpretación de tales delitos en el contexto en el que se han perpetrado, considerándolos como *crímenes contra la humanidad*.

Ello ha servido para destapar ciertos aspectos ocultos: ya sea en la ignorancia o el desconocimiento de quienes interpretan y aplican el derecho; ya sea en el temor y en el sufrimiento de quienes padecieron tales atropellos en su persona. El fin de todo ello ha sido común: evitar la impunidad de todos aquellos hechos que bajo los cánones de la legislación y jurisprudencia tradicional encorseta la justicia.

Partiendo de un examen cronológico de las normas de derecho internacional que han receptado esta temática -y que se encuentran vigentes-, corresponde comenzar con el análisis del *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg*.

Éste -como se sabe- tuvo como antecedente inmediato la *Declaración de Moscú* firmada en octubre del 1943 por los gobiernos aliados durante la Segunda Guerra

Mundial con motivo de las atrocidades cometidas en el territorio de los países del Eje contra súbditos de países no aliados, siendo creado por el *Acuerdo de Londres* el 8 de agosto de 1945 mediante la firma de las cuatro Potencias -Estados Unidos, Francia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas- para el procesamiento y el castigo de los mayores criminales de guerra del Eje europeo.

En virtud del art. 6 del estatuto, el Tribunal de Nüremberg tenía competencia para enjuiciar y castigar a quienes, actuando a título personal o como miembros de organizaciones en interés de los países del Eje europeo, hubiesen cometido "...crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad...". El inciso c) del mismo artículo establecía que constituían crímenes de lesa humanidad "...el asesinato, el exterminio, la reducción a la esclavitud, la deportación y todo otro acto inhumano cometido contra poblaciones civiles antes o durante la guerra; o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos cuando hubiesen sido cometidas en ejecución o en conexión con un crimen de la competencia del tribunal, hayan o no constituido una violación del derecho interno del país en el que se perpetraron...".

Tal como se observa, y a pesar de las constancias y evidencias notorias que recibió el Tribunal de casos de abusos sexuales, el estatuto no hizo referencia expresa a los mismos.

No obstante, en la evolución inmediata posterior, y teniendo por fuente normativa al *Acuerdo de Londres* antes mencionado, el Consejo del Control Aliado para Alemania adoptó *la ley N° 10* en la que se receptó expresamente a los abusos sexuales perpetrados antes y durante el tiempo de guerra, estableciéndose la naturaleza de crimen contra la humanidad.

Así, el art. II de la ley citada definió al crimen de lesa humanidad como las: "...atrocidades y delitos que comprendan, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el exterminio, la reducción a la esclavitud, la deportación, el encarcelamiento, la tortura, *las violaciones u otros actos inhumanos cometidos contra toda población civil*, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, violen o no estos actos las leyes nacionales de los países donde se perpetraron" -la cursiva es propia-.

De ésta manera se incluyó en la lista de los actos que constituyen este crimen a la violación sexual, y -dada la fórmula abierta- cabe interpretar que se incluye a todo acto que configure abuso sexual en tanto acto inhumano.

Asimismo, y a tenor del contexto señalado, el *Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente* -establecido por el Comandante en Jefe de las tropas de ocupación en el Japón el 3 de agosto de 1946 en Tokio, en base al Acuerdo de Londres- utilizó la evidencia de violación sexual para apoyar otros cargos de

crímenes de guerra y de lesa humanidad, reconociéndose que ello entrañaba una violación grave a las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales.

Por su parte, el *IV Convenio de Ginebra* -relativo a la protección debida a las Personas Civiles-, firmado el 12 de agosto de 1949, consagró en su artículo 27 la protección especial para las mujeres que se hallen en el contexto del conflicto armado, en tanto que en el artículo 32 prohibió "...cualquier medida de brutalidad ya sea que esta se aplique por civiles o agentes militares...".

Asimismo, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 -aplicables a los conflictos armados no internacionales- prohibió "...a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios...c) *los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes...*" -la cursiva es propia-.

El Protocolo II adoptado en 1977 -relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional- desarrolló y complementó el artículo 3 común. Así, el artículo 4, punto 2, inciso e), prohibió "...cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes, *violación, prostitución forzada, o cualquier otra forma de asalto indecente...*" -la cursiva es propia-.

De lo expuesto puede concluirse que la protección a civiles -en los contextos indicados-, tiene reservada una protección general contra actos relativos a violencia sexual, dispensándose en distintas figuras la mentada protección, en la que se incluye expresamente -y de manera particular- a la violación sexual.

Vinculado a ésta temática, cabe también destacar que en varios artículos de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* -aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, incluida en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) se halla implícita la prohibición de cualquier forma de violencia sexual. Así, el art. 3 establece el derecho de todo individuo a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona; el art. 4 proscribire cualquier forma de esclavitud y servidumbre; el art. 5° prohíbe las torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; en tanto que el art. 12 se protege la privacidad y la honra de toda las personas.

También en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (suscrito el 22 de noviembre de 1969, ratificado por nuestro país con los alcances de la ley 23.054 que aprueba el mismo, incluido en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) se encuentra prohibida de manera implícita la violencia sexual en todas sus formas.

Es así que el art. 5, inc. 1, declara el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral; en tanto el inc. 2 prohíbe la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. También, el art. 6 prohíbe la esclavitud, el trabajo forzado y la trata de mujeres en todas sus formas.

Esta referencia a la prohibición implícita parte de la idea de que tales derechos contienen los principios esenciales de los derechos humanos. Por ello, es indudable que al practicarse un acto de violencia sexual se está atentando contra la dignidad de la persona contenida en su derecho a la integridad y libertad personal.

Al respecto, es oportuno citar lo dicho por la *Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las Violaciones a los Derechos Humanos y los Hechos de Violencia que han causada Sufrimiento a la Población Guatemalteca* que estableció lo siguiente "...la violencia sexual afecta a un conjunto de derechos, los cuales tienen protección internacional. Los derechos a la vida, a la integridad física y psicológica, la seguridad, la libertad personal, la dignidad y el honor, forman parte de los principios esenciales de los derechos humanos o del llamado núcleo duro, que deben ser respetados por los Estados. Estos derechos son parte del derecho convencional de los derechos humanos y forman parte del derecho consuetudinario internacional..." (Establecida en el marco del proceso de paz de Guatemala mediante el acuerdo firmado en Oslo -Noruega- el 23 de junio de 1994. Comisión al Secretario de las Naciones Unidas.

<http://shr.aaas.org/guatemala/ceh//mds/spanish/toc.html>)

3. En este contexto normativo en el que -como se ve- la vida, la integridad física y psíquica de la persona humana, así como su dignidad, tienen la tutela del derecho internacional, amén de tener abiertas las puertas para establecer la responsabilidad penal individual tanto en lo que hace a la comisión de crímenes de guerra como en lo que concierne a los crímenes de lesa humanidad-, el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas se vio llamado a actuar en el marco de las facultades atribuidas en el Capítulo VII de la Carta, estableciendo que las violaciones graves al derecho internacional humanitario constituyen una amenaza a la paz.

En esta dirección, el 18 de noviembre de 1992 los Representantes de los cincuenta y un países Miembros de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa - reunidos en Praga- recomendaron la creación de un Tribunal Internacional para juzgar los crímenes que se cometían durante el conflicto armado suscitado en la ex-Yugoslavia.

El 18 de diciembre de ese año, el Consejo de Seguridad expresó su consternación por las informaciones acerca de las detenciones y violaciones sistemáticas, masivas y organizadas de mujeres, en particular mujeres musulmanas, en Bosnia y Herzegovina, exigiendo que se cerrasen de inmediato todos los campamentos de

detención y, en particular, los campamentos de mujeres y condenando esos actos de inenarrable brutalidad.

Ante tan graves hechos, en la Resolución 808 (1993), en aplicación de lo normado en el Capítulo VII de la Carta, se decidió establecer el *Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991*, otorgándole competencia para conocer en las violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949; las violaciones a las leyes o usos de la guerra; el genocidio; y los crímenes de lesa humanidad. La Resolución 827 (1993) aprobó el Estatuto de este Tribunal.

Muy poco tiempo después, en 1994, el Consejo de Seguridad -también con sustento en el Capítulo VII de la Carta-, ante los graves hechos que se producían en Ruanda, adoptó la Resolución 955 (1994) por la que decidió la creación de un nuevo tribunal denominado *Tribunal Internacional para enjuiciar a los presuntos responsables de genocidio y otras graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de Ruanda o en el territorio de los estados vecinos*.

A dicho Tribunal se le otorgó competencia para conocer en los crímenes de genocidio; los crímenes de lesa humanidad; y las violaciones al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II.

Ambos tribunales -con sede en La Haya y en Arusha-, tienen una estructura similar desde la perspectiva procesal y organizacional; comparten la Fiscalía y la instancia de Apelación.

Los antecedentes expuestos, como así también los fallos que se expondrán a continuación, se hallan disponibles en <http://www.un.org/icty/index.html> y en <http://69.94.11.53/default.htm> , relativos a las páginas web del Tribunal de Yugoslavia y del Tribunal de Ruanda, respectivamente.

4.- La creación de éstos tribunales representó una auténtica expresión global y colectiva del deseo de evitar la impunidad de crímenes aberrantes. Ahora bien, vale recalcar que este deseo de justicia no se realizó de cualquier manera, sino que fue a través del *reconocimiento* de todos aquellos principios, valores y prácticas vigentes en la materia.

En lo que respecta al tema aquí examinado, cabe destacar que en los estatutos de los mencionados tribunales se reconoció que la violación y otras formas de violencia sexual y de género se encuentran entre los delitos más serios y graves, guiados por una interpretación que principia en la aplicación del *derecho internacional consuetudinario*.

Así, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en lo que hace a los crímenes de lesa humanidad, incluyó expresamente en el art. 5, inc. g), al delito de violación sexual entre los crímenes que otorgan competencia al tribunal para enjuiciar a los presuntos responsables.

Asimismo, el mencionado artículo dispuso que dicha competencia se abrirá "...cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado...". Ésta última parte generó ciertas dudas acerca de si los crímenes de lesa humanidad debían vincularse a los conflictos armados, aún cuando se admita que puedan cometerse también en el contexto de un conflicto interno. Al respecto, el Tribunal dispuso todo tipo de dudas haciendo una interpretación según la cual, en función del derecho consuetudinario no es necesario establecer un nexo entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes contra la paz o los crímenes de guerra, sino que éste es solamente un requisito de su competencia porque así lo establece el Estatuto. Es decir, el estatuto debe integrarse en su interpretación con el derecho internacional consuetudinario.

En efecto, en la apelación sobre el fondo, en el caso Tadic se interpretó que sólo se requiere que los actos formen parte de un ataque sistemático o generalizado que se dirija contra la población civil y que el acusado sepa que los actos que comete forman parte de tal plan, considerando al conflicto armado sólo como un recaudo del Estatuto pero no del derecho internacional general.

En lo que respecta al estatuto del Tribunal de Ruanda, el artículo 3 del mismo incluyó específicamente la violación sexual como acto prohibido.

A diferencia del estatuto de Yugoslavia, aquí directamente se dispuso que la violación sexual -junto con los demás crímenes contemplados- resulta un crimen contra la humanidad cuando es cometido como parte de un ataque extendido o sistemático contra cualquier grupo civil, nacional, político, étnico, racial o religioso.

Por su parte, el artículo 4 del mencionado estatuto trata sobre las "Violaciones del artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra y del Protocolo Adicional II". Éste aspecto tiene gran relevancia, toda vez que por primera vez en la historia, las infracciones graves de la ley humanitaria internacional que se cometen en un conflicto interno están sujetas a la jurisdicción penal internacional.

Si bien éste artículo no contiene una lista exhaustiva de estas infracciones, resulta un avance sobre los crímenes prohibidos en el artículo 3 Común de las Convenciones de Ginebra, dado que menciona específicamente a la violación sexual.

Es así que estableció con carácter enunciativo -no limitativo- que, entre otros actos, tales infracciones las constituyen "...(a) la violencia contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio así como los

tratos crueles tales como la tortura, mutilación o toda otra forma de pena corporal; (b) los castigos colectivos; (c) la toma de rehenes; (d) los actos de terrorismo; (e) *los atentados contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada, y cualquier forma de atentado al pudor*; (f) el pillaje; (g) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados; (h) las amenazas de realizar los actos mencionados..." -la cursiva es propia-.

Resulta interesante señalar que los actos en cuestión ya estaban prohibidos en términos más o menos similares en el art. 4. 2. del Protocolo Adicional II así como en el inc. d) del parágrafo 1) artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, en relación a todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad.

En lo que sigue, se expondrá algunos de los casos que fueron tratados en tales tribunales, y que resultan pertinentes en lo que hace al desarrollo de este fallo.

5. En el fallo del Tribunal para Ruanda en la causa de "Akayesu", dictado el 2 de septiembre de 1998, se estableció que "...la violación constituye una forma de agresión y que los elementos fundamentales de dicho crimen no pueden captarse en una descripción mecánica de objetos y partes del cuerpo..." .

A su vez, se definió al delito de violación sexual como "*...una invasión física de índole sexual, perpetrada contra una persona en circunstancias que entrañan coacción*. La violencia sexual en la que se inserta la violación se considera como cualquier acto de naturaleza sexual que se comete contra una persona en circunstancias coercitivas..." (Conf. Prosecutor v. Akayesu, Caso ICTR 96-4-T, resolución del 2/09/98, párrs. 596 a 598, sec. 6.4, Crímenes de lesa humanidad) -la cursiva es propia-.

Asimismo, el fallo examinado reconceptualizó a la violación como atentado a la seguridad de la persona de la mujer de que se trate y -de esa manera- desechó el concepto abstracto de virtud o de baldón para la honra de toda la familia o aldea. También es significativo que, al definir la violencia sexual, el Tribunal incluyera en ese concepto el desnudo forzado, sentando así firmemente que los actos de agresión sexual no se circunscriben a aquellos que entrañan la penetración y ni siquiera al contacto sexual.

Por otra parte, cabe destacar que en la sentencia citada se estableció -por primera vez-, que pueden formularse cargos por actos de violencia sexual por ser elementos constitutivos de una campaña de genocidio.

Así, el Tribunal determinó que la violación sexual o de género también podía adecuarse -según los casos- al delito de genocidio. En el caso citado se consideró

que la violación y las mutilaciones sexuales a las mujeres tutsis era utilizada como un método para destruir a un grupo protegido con el fin de causarles serios daños corporales o mentales a sus miembros (Sent. cit., párr. 597).

Expresamente se estableció que "...La violación y los actos de violencia sexual...constituyen genocidio, lo mismo que cualquier otro acto, si se cometen con el propósito específico de destruir, en todo o en parte, a un grupo determinado al que se toma como objetivo...", todo ello a partir de la consideración de que "...La violencia sexual fue parte integrante del proceso de destrucción que tuvo por objetivo específico a las mujeres tutsis y que contribuyó específicamente a su destrucción y a la destrucción del grupo tutsi en su conjunto..." (Sent. cit., párr. 31 - en la sección 7.8, Cargo 1 - Genocidio, Cargo 2 - Complicidad en genocidio).

Puede observarse -nítidamente- como ésta sentencia esboza una consideración de la violación sexual que -en razón de la finalidad contenida en el plan sistemático implementado- se adecua a otros crímenes, tal el genocidio.

Finalmente, otro aspecto que merece destacarse, es que se consideró que la violación podía ser utilizada como una forma de prevenir nacimientos dentro de un grupo. Así, por ejemplo, en sociedades donde la etnia es determinada por la identidad del padre, violar a las mujeres para embarazarlas podría prevenirles dar luz a un bebé dentro del propio grupo.

6. La definición de la violación, como así también de los demás actos de violencia sexual establecidos en la causa de Akayesu, son también adoptados por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. Ello ha servido para fijar la definición - aceptada internacionalmente- de los delitos de violencia sexual en todos los casos interpuestos hasta la fecha ante dicho Tribunal Internacional (Conf. Prosecutor vs. Delaie, sentencia del 16 de noviembre de 1998, Caso IT-96-21-T, párrs. 478-479, entre otros).

A ello, puede agregarse lo establecido por dicho Tribunal en el caso "Furundzija", en el cual se fijó que "...pueden tenerse por los elementos objetivos de la violación: i) la penetración sexual, aunque sea superficial: a) de la vagina o el ano de la víctima con el pene del autor o cualquier otro objeto usado por él; o b) de la boca de la víctima por el pene del autor; ii) Mediante la coerción, la fuerza o la amenaza de fuerza a la víctima o a una tercera persona (Conf. Prosecutor vs. Furundzija, fallo del 10 de diciembre de 1998 Caso IT.95-17-T, párr. 185).

Por otra parte, cabe destacar que en el caso de Yugoslavia, los actos de violencia sexual investigados tuvieron un contexto que difiere del de Ruanda en cuanto a los métodos y finalidades del plan sistemático y generalizado implementado. Ello condujo al Tribunal -en atención a la prueba de los hechos allí suscitados- a conferir una adecuación de los hechos de violencia sexual perpetrados en el delito de *tortura*. Este aspecto será ahondado más adelante.

Asimismo, el Tribunal estableció -en distintos precedentes- que las conductas sexuales violentas eran evidencias de violaciones muy serias del derecho internacional consuetudinario, además del derecho convencional, adecuando algunos hechos en los denominados *tratos inhumanos*, equivalente a los *tratos crueles* prohibidos en el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

Así, en el caso del campo de detención "Celibisi" se consideró que los tratos inhumanos - previstos en el inc. b) del art. 2) del Estatuto, violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949- están prohibidos tanto por el derecho convencional como por el consuetudinario, entendiéndose por tales toda acción u omisión intencional, deliberada y no accidental, que cause serios sufrimientos físicos o mentales o daños o que constituya un grave ataque contra la dignidad humana (Esta definición fue seguida por el Tribunal en el caso *The Prosecutor v. Goran Jelusic*, fallo del 14 de diciembre de 1999, Caso IT-95-10-T)

En el caso "Aleksovski" se precisó que los ultrajes a la dignidad personal son una especie de los tratos inhumanos de particular gravedad ya que la protección contra tratos inhumanos es un principio básico de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de muchos otros instrumentos regionales e internacionales en tal ámbito así como de la mayoría de las legislaciones internas de los países (*The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, fallo del 25 de junio de 1999, Caso N° IT-95-14/1-T).

7.- Los fallos expuestos generan distintas conclusiones de importancia para la función interpretativa. Entre las posibles, voy a destacar dos, las que -como más adelante se considerará- resultan de fundamental trascendencia en el examen de los hechos de la presente causa.

En primer lugar vemos como el concepto de la violación sexual, a partir de consideraciones basadas en el contexto suscitado y en aplicación de la normativa pertinente, adopta una materialidad que repercute indudablemente en la *tipicidad* de la acción y, en definitiva, en la calificación jurídica del caso. En algunos casos, el contexto determina que la acción se adecue a la figura del genocidio, en otros a la tortura, como asimismo a los denominados tratos crueles o inhumanos.

En segundo lugar, se advierte que la fuente en que se basan los tribunales para tipificar los crímenes investigados no se restringe a los estatutos respectivos, sino que se apoyan en el art. 3° común de las Convenciones de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II, que amplía y regula el mismo, en su carácter de derecho consuetudinario. Es decir, el estatuto es la primer fuente de derecho, pero toda vez que éste presupone la evolución del derechos penal internacional, en casos de incompletitud o insuficiencia corresponde acudir al derecho internacional consuetudinario, que resulta directamente aplicable.

8. Finalmente, no puede dejar de mencionarse que la consolidación de ésta temática tuvo su punto culmine el 17 de julio de 1998, fecha en la que promulgó el Estatuto de Roma que codificó como crímenes de guerra y de lesa humanidad a la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada, y cualquier otra violencia sexual que constituya una infracción grave a los Convenios de Ginebra (ver arts. 7 y 8).

III.- La violación sexual como una forma de tortura.

1. Tal como quedó expuesto precedentemente, los actos de violencia sexual fueron receptados y prohibidos por el derecho internacional, operándose una evolución que interpreta los hechos constitutivos del mismo desde la perspectiva del contexto en el que se han perpetrado, y que los califica -según corresponda- como crimen de lesa humanidad constitutivos del delito de tortura, genocidio, violación sexual propiamente dicha u otros actos de violencia sexual, o bien, como tratos inhumanos.

Asimismo, queda claro que los hechos constitutivos de los delitos antes citados van a adecuarse a la categoría de *crimen de lesa humanidad*, cuando tales hechos se cometan como parte de un *ataque sistemático o generalizado contra cualquier población civil*, y quien perpetra o diere ocasión para que se cometa el crimen tenga el conocimiento -o debiera tenerlo- del contexto más amplio en el que se inscribe su acción.

Puede establecerse que éste es el umbral común a todos ellos, y que traspasado, genera un ángulo de interpretación desde el contexto que lo conforma, con todas las consecuencias jurídicas que ello insume.

En cuanto al concepto de *ataque* la jurisprudencia lo define como la *comisión múltiple de actos* que cumplen con los requisitos de los actos inhumanos contemplados en los estatutos de Yugoslavia y Ruanda. Ésta definición deja de lado actos aislados y fortuitos, a la vez que no limita el ataque a un ataque militar (Conf. Kai Ambos, *LOS CRÍMENES MÁS GRAVES EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL*, pub. Por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005, p. 39/40).

Respecto del carácter *sistemático* del ataque, ello supone que puede concretarse en distintas variantes y contextos: puede estar fundado en la existencia de un objetivo político, un plan de ataque o una ideología cuyo fin fuese perseguir o debilitar una comunidad; perpetrar en gran escala un acto criminal contra un grupo de civiles o la comisión continua y repetida de actos inhumanos vinculados unos con otros; el uso de significativos recursos públicos o privados, sea militares u otros; o la implicancia de políticos o militares de alto rango en la concepción y ejecución de un plan metódico. El plan no necesita que se formalice o se declare expresamente pero ha de poder inferirse del contexto en el que se desarrollan los hechos.

El común denominador de un ataque sistemático es que se *lleva a cabo conforme a una política* o a un *plan preconcebido*, destacando la naturaleza *organizada* del ataque. Este elemento es, en realidad, el elemento internacional de los crímenes contra la humanidad, ya que hace que los hechos delictivos, que en otras circunstancias serían comunes, adquieran el carácter de crímenes contra la humanidad (Conf. Kai Ambos, op. cit., p.41/42).

En cuanto al otro elemento del crimen -esto es, que sea *generalizado*-, está referido a la escala en que se perpetran los actos y al número de víctimas. En general, la práctica demuestra que lo sistemático y generalizado de un crimen resultan aspectos difíciles de separar porque un ataque generalizado que se dirige contra un importante número de víctimas posiblemente se vincule con alguna forma de planificación u organización. Ahora bien, tales condiciones no son necesariamente acumulativas, pudiendo configurarse el crimen de lesa humanidad con la existencia de una de ellas (Conf. Hortensia D.T. Gutiérrez Posse, "La contribución de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario - los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio - la responsabilidad penal individual", pub. en la página web del Comité Internacional de la Cruz Roja, http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/section_ihl_international_criminal_jurisdiction, de fecha 1º de febrero de 2001)

La referencia a que el ataque debe dirigirse contra *cualquier población civil* revela el carácter colectivo del crimen, más que la condición de la víctima, por lo que en este contexto por población civil se entiende "...no sólo a los civiles en sentido estricto sino también a todos aquellos que habían sido puestos fuera de combate cuando el crimen se cometió..." (Conf. Hortensia D.T. Gutiérrez Posse, op. cit.).

Ésta definición tan general de población civil toma en cuenta -de forma suficiente- el fundamento implícito de los crímenes contra la humanidad, en tanto que la protección penal de los derechos humanos es de todos los seres humanos contra las violaciones generalizadas y sistemáticas de ciertos derechos fundamentales (Conf. Kai Ambos, op. cit., p. 47)

Con relación al requisito del conocimiento del autor del contexto en el que está inserta su acción, cabe colegir que el cargo, rango y/o posición que tenga el imputado en el grupo que lleve a cabo las acciones, permite presumir su conocimiento de que el crimen formaba parte de un ataque generalizado y sistemático. Esto tiene directa incidencia en relación a la responsabilidad penal individual, en donde -como se verá más adelante- el *dominio* de la persona sobre la organización juega un rol muy importante, como así también la *fungibilidad* de los ejecutores de tales crímenes.

Asimismo, si bien no es necesario para que el crimen se configure que sea el Estado el que organice o planifique los crímenes de lesa humanidad, de algún modo

estos crímenes se vinculan al Estado, sea porque los tolera, los alienta o de algún otro modo apoya el comportamiento criminal. Por ende, para ser culpable no es necesario que el acusado sea un funcionario del Estado o de las fuerzas armadas. Un individuo que actúe a título privado también podría ser encontrado culpable si su acto se dirige contra la población civil, si tiene la intención de cometerlo y si sabe que tal acto forma parte del contexto más amplio del ataque sistemático o generalizado.

2.- Teniendo presente la fuente internacional examinada en los considerandos y puntos anteriores, pueden establecerse distintos elementos que conforman el crimen de violación sexual como delito de *lesa humanidad*, lo cual -en definitiva- ofrece el molde en el que debe adecuarse la interpretación de tal hecho.

Así, se destacan los siguientes: 1. La *invasión* del cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima, con un objeto u otra parte del cuerpo del autor inmediato; 2. que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento; 3. que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil; 4. que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo, o bien -en su caso- haya dado la ocasión para que tales actos se cometan en el mentado contexto.

Asimismo debe destacarse que la inclusión de la violación sexual como crimen de lesa humanidad, implica el reconocimiento de su gravedad como conducta que no sólo vulnera el derecho a la libertad sexual sino también otros derechos esenciales de la persona como el derecho a su dignidad, integridad personal, salud, entre otros. Es por ello que el crimen de violación sexual fue reconocido expresa e implícitamente por las distintas declaraciones, convenciones, estatutos y tratados, antes examinados.

3. Con relación a la *tortura*, ya las Convenciones de Ginebra sobre derecho humanitario bélico firmadas el 12 de agosto de 1949 (ratificadas por nuestro país mediante el decreto-ley 14.442 del 9 de agosto de 1956, ratificado por ley 14.467) y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 a través de la resolución 2.200 (XXI), prevenían una prohibición expresa de la tortura.

Asimismo, la Asamblea General de las Naciones Unidas insistió con la mentada prohibición, mediante la "Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes", resolución 3452 (XXX) del 9 de diciembre de 1975. Allí aporta una definición de

tortura similar a la que más adelante quedará incorporada a la "Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes" de 1984. Establece el artículo 1: "A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, *de castigarla* por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras".

Asimismo, y a los fines de conformar un delito de lesa humanidad, dicha definición debe complementarse con sus dos requisitos, esto es, que los hechos se cometan como parte de un *ataque sistemático o generalizado contra una población civil*, y el conocimiento por parte de quien perpetra el crimen del contexto más amplio en el que se inscribe su acción.

En ese entendido, los elementos del crimen de Tortura serían los siguientes: 1. que el autor haya infligido a una o más personas graves dolores o sufrimientos físicos o mentales; 2. Que el autor tuviera a esa o esas personas bajo su custodia o control; 3. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil; 4. que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo, o bien -en su caso- haya dado la ocasión para que tales actos se cometan en el mentado contexto.

4. Como se puede observar, los puntos 3 y 4 de los delitos examinados coinciden de manera exacta. Esto es así porque, como ya se ha mencionado, se refieren al umbral común establecido para que una conducta sea considerada crimen de lesa humanidad.

Este aspecto tiene -como se dijo- un trascendental efecto sobre el examen de la tipicidad de los delitos de violencia sexual en general, y de la violación en particular. Aislar la consideración de la acción típica del contexto en el que se perpetró, conduciría a una interpretación errónea de los hechos con el consecuente perjuicio para la justicia del caso.

En este sentido, la acción típica del delito de violación es sensible a un abordaje desde el umbral común antes aludido, lo que permite, según los casos, interpretar que dicha acción se adecue a la figura de la tortura.

Así, en el caso que la violación sexual se produzca en el marco de un ataque sistemático o generalizado contra una población o grupo civil, y que el fin del autor que perpetra tales hechos sea lograr algún tipo de información o declaración de la víctima, o bien producirle sufrimientos físicos y síquicos, todo ello dentro del plan o sistema implementado, la calificación como tortura es -cuanto menos- justificada.

La definición de tortura esbozada se refiere a causar intencionalmente dolor o sufrimiento grave. En ese sentido la violación sexual ha sido reconocida en diferentes instrumentos internacionales como una conducta que implica un grave sufrimiento de la víctima, a la vez que se erige en una forma de denigración y discriminación para quien la sufre, una forma de humillación que no sólo afecta a su integridad física y psicológica sino especialmente a su dignidad.

La violación sexual implica amenaza, fuerza, opresión psicológica constitutiva de un grave sufrimiento o dolor para la víctima, lo cual es inherentes a la figura de la tortura. Así, tanto la tortura como la violación sexual comparten la lesión a un mismo bien jurídico en términos de su tipificación cual es la integridad personal de la víctima.

Por otro lado, la equiparación de ambos delitos tiene presente que la violencia sexual es un delito especialmente brutal del que hombres y mujeres son víctimas con demasiada frecuencia en tiempos en que se implementan ataques sistemáticos contra poblaciones o grupos, o en tiempos de guerra. Es un medio de concretar el plan de represión o exterminio dispuesto o de hacer la guerra: la violencia sexual se emplea para torturar, traumatizar, obtener información, denigrar, intimidar y castigar por actos reales o supuestos atribuidos a las víctimas o a miembros de su familia.

5. Al respecto, y tal como se adelantó en el considerando II) punto 6 de éste fallo, el Tribunal creado para investigar y castigar los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia marcó un hito en éste tema.

Así, en el caso del campo de detención "Celibisi", el Tribunal interpretó que la violación sexual cometida contra las mujeres constituía un acto de tortura y otros actos inhumanos. La violación -en tanto que penetración física de naturaleza sexual cometida contra una persona bajo coacción- fue entendida como una forma de tortura si reunía los elementos de este crimen (*The Prosecutor v. Zejnil Delalic*, fallo del 16 de noviembre de 1998, Caso IT-96-21-T).

En el caso "Furundzija" se reiteró esta interpretación, agregándose que la prohibición de la violación -al igual que la prohibición de la tortura- han adquirido el carácter de derecho internacional general pudiendo ser de conocimiento del Tribunal como un crimen de lesa humanidad, una grave violación de los Convenios de Ginebra, una violación a las leyes o usos de la guerra o un acto de genocidio (*Conf. Prosecutor vs. Furundzija*, fallo del 10 de diciembre de 1998, Caso IT.95-17/1-T, párrs. 163 y 171)

Asimismo, en los casos investigados en el área de "Foca", el Tribunal consideró que *las formas de penetración sexual forzada infringidas sobre las mujeres con el propósito de interrogar, castigar o ejercer coerción constituían tortura*, y que el acceso sexual a las mujeres ejercido como el derecho de propiedad, constituía una

forma de esclavitud, todo ello previsto como *crímenes de lesa humanidad* en la fuente internacional consuetudinaria y en el estatuto -la cursiva es propia-.

Es así que el Tribunal encontró culpables a Kunarac, Kovac y Vukovic por los crímenes de tortura y violación, tipificados como crímenes contra las leyes y usos aplicables a los conflictos armados internacionales, y como tortura, violación y esclavitud, tipificados como crímenes de lesa humanidad. Para ello se tuvo en cuenta que de abril de 1992 hasta febrero de 1993, en el conflicto armado entre los bosnios-serbios y los bosnios-musulmanes en el área de Foca, la población civil no serbia fue asesinada, violada y abusada como resultado directo del conflicto; que los tres soldados acusados tomaron parte activa en el ataque sistemático, no así ninguna de las víctimas; que la campaña de limpieza étnica contra la población no serbia tuvo como uno de sus blancos específicos a las mujeres musulmanas, quienes estuvieron detenidas en lugares específicos, y fueron abusadas de múltiples formas y violadas en forma repetida (Conf. Prosecutor vs. Kunarac, fallo del 22 de febrero de 2001, IT-96-23-T)

Uno de los casos que tuvo en cuenta el Tribunal de apelaciones en el caso "Kunarac", fue el de Fernando y Raquel Mejía vs. Perú, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde la violación fue considerada como tortura. Este caso trataba de la violación de una mujer por soldados en momentos que secuestraban a su esposo (Conf. Prosecutor vs. Kunarac, cit., fallo de la Sala de Apelaciones del 12 de junio del 2002, Párr. 182)

IV.- Aplicación de las consideraciones precedentes a los hechos de la causa.

1. La protección efectiva contra la violación sistemática y generalizada de los derechos humanos -derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad personal, entre otros-, tuvo su punto de inflexión y de afianzamiento en el ámbito internacional cuando concluyó la Segunda Guerra Mundial en el año 1945 -esto a modo de fijar una fecha determinada, dado que existen antecedentes precursores de esta temática anteriores a dicha fecha-.

A partir de ese momento, la costumbre, la doctrina, la jurisprudencia y la práctica internacionales sentaron -en forma progresiva- las bases para el respeto de los derechos humanos y condenaron de manera precisa los delitos contra la humanidad y el derecho de gentes, ya sea en el marco de una guerra, conflicto armado interno o internacionalizado, o bien, en el contexto de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil (Declaración de Moscú de octubre de 1943; Acuerdo de Londres de agosto de 1945 al que se anexaron los Estatutos del Tribunal Militar Internacional para el procesamiento y castigo de los criminales de guerra, creándose al efecto los Tribunales de Nuremberg y Tokio; La Resolución 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas que consagró los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en la sentencia de este Tribunal; la Carta de las Naciones Unidas del 26/06/45,

aprobada por la ley 12.938, arts. 1.3 ,55, "c", y 56; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y Declaración Universal de Derechos Humanos, ambas de 1948; Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales I y II de 1977; entre otros instrumentos representativos).

Así, en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial se consolidó la aceptación universal de que existen conductas que deben ser calificadas como "*crímenes contra la humanidad*", y que los mismos -además de la responsabilidad de los estados- pueden dar lugar a la responsabilidad personal de quienes sean sus autores o cómplices a partir del principio de la responsabilidad penal internacional a título individual.

Algunas conductas fueron objeto de convenciones específicas (como el genocidio, el uso de la tortura oficial, la práctica de desaparición forzada de personas), como así también han dado lugar a la regulación de estatutos que han creado distintos Tribunales Internacionales a fin de investigar y castigar tales crímenes (tal, los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales creados por el Consejo de Seguridad de la Naciones Unidas para la ex Yugoslavia en 1993 y Ruanda en 1994, examinados anteriormente; Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona del 22 de enero de 2002), todo lo cual ha formado el contenido del *derecho internacional consuetudinario*.

Asimismo, resulta de importancia destacar que los cuatro convenios de Ginebra de 1949 -ratificadas por nuestro país mediante el decreto-ley 14.442 del 9 de agosto de 1956, ratificado por ley 14.467- mantuvieron el contenido de la que en su momento se denominó "*Cláusula Martens*". Ello implica reconocer al "*derecho de gentes*" como marco normativo que protege a las personas con independencia de cualquier disposición convencional: en los convenios se expresa que su denuncia por una parte contratante "No tendrá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes contendientes habrán de cumplir en virtud de los *principios del derecho de gentes*, tales y como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública" (Ver, arts. 63, 62, 142 y 158 de los Convenios I a IV, respectivamente).

Así, al incorporarse esta mención a las obligaciones que los Estados tienen en virtud del derecho de gentes, los numerosos Estados que han firmado dichos Convenios han ratificado -una vez más, en el caso de la Argentina- de modo expreso la vigencia del derecho de gentes con independencia de cualquier vínculo contractual.

Con relación a esta remisión que hacen los Convenios de Ginebra de 1949, y más allá del enorme valor contractual que poseen los mismos (a la fecha, más de 130 países los ratificaron), también se ha reconocido el carácter *consuetudinario* de sus disposiciones, en tanto expresan los principios generales esenciales del derecho internacional humanitario (Conf. Corte Internacional de Justicia, "*Affair des activés*

millitaires au Nicaragua", Reports 1986, parág. 218; citado en "Priebke", J.A. 1996-I, ps. 331 y ss., voto del Dr. Bossert, consid. 46, p 352).

Las normas del *derecho de gentes* son vinculantes para nuestro país y forman parte de su ordenamiento jurídico interno, a la vez que tiene consagración positiva en el art. 118 de la Constitución Nacional: "...La Constitución Nacional de 1953 reconoció la supremacía del derecho de gentes y en ese acto lo incorporó directamente, con el consiguiente deber de su aplicación por los tribunales respecto de los crímenes aberrantes que son susceptibles de generar la responsabilidad individual para quienes los hayan cometido en el ámbito de cualquier jurisdicción..." (Vide: CSJN, "Arancibia Clavel, Enrique L., J.A. 2004-IV, voto del doctor Maqueda, consid. 22, p. 30)

En concordancia con la norma constitucional mencionada, la República Argentina se ha integrado, desde sus albores, a la comunidad internacional a través de la ratificación y adhesión a la normativa y resoluciones antes citadas desde el año 1946; ha contribuido a la formación del derecho penal internacional y ha reconocido la existencia de un orden supranacional que contiene normas imperativas para el conjunto de las naciones (*ius cogens*).

2. De conformidad con todo lo expuesto puede afirmarse que para la época del hecho aquí imputado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos condenaba la violación sexual, y otras formas de violencia sexual como crimen contra la humanidad. Ello porque atenta contra el derecho de gentes, tal como lo prescribe el art. 118 CN.

Esta conclusión no está dirigida a establecer la vigencia retroactiva de la norma internacional consuetudinaria, de las prácticas internacionales, de la jurisprudencia de los Tribunales internacionales y de la fuente convencional, sino -por el contrario- a realzar el carácter de norma consuetudinaria de Derecho Internacional como constitutiva del *ius cogens*.

Así, cabe mencionar a título meramente ejemplificativo, que el Consejo de Seguridad -en oportunidad de crear el Tribunal de Ruanda- admitió que carecía de facultades legislativas y de competencia para ordenar el enjuiciamiento retroactivo, es decir que respetó el principio de la legalidad inherente en *nullum crimen sine lege*: una persona no puede ser juzgada por hechos que no constituían delito en el momento de cometerlos.

En este entendimiento, El Consejo de Seguridad no creó leyes nuevas sino que incorporó en los Estatutos de los Tribunales normas de las leyes humanitarias y de los derechos humanos universalmente aceptadas y practicadas. Incluyó el genocidio, la tortura, los crímenes contra la humanidad y las infracciones graves de la Convención de Ginebra, así como las violaciones del Artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra y del Protocolo Adicional II, en donde se incluía

expresamente la violación sexual, en el sentido que atentaban contra el derecho de gentes.

Por su parte, La Corte Suprema de Justicia de la Nación expresamente estableció que "...los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos -entre los que cabe contar el formar parte de un grupo destinado a llevar adelante esta persecución- pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes, tal como lo prescribe el art. 118 C.N..." (CSJN, "Arancibia Clavel, Enrique L"., J.A. 2004-IV, cons. 16). En éste entendimiento cabe incluir sin dudas a los actos de violencia sexual, y -en particular- a la violación sexual.

3. En este sentido, ya a la época de comisión del hecho aquí investigado, las conductas constitutivas del mismo eran consideradas crímenes contra el derecho de gentes o, en otras palabras, crímenes de derecho internacional, violatorias de aquellas normas que la comunidad internacional coloca en el nivel más alto de jerarquía (*ius cogens*).

Para la fecha del hecho que se investiga, conductas de esa naturaleza eran consideradas crímenes contra la humanidad, en tanto que con posterioridad a esa fecha dicha consideración no hizo más que consolidarse. Por ello, la prohibición de la violencia sexual formaba parte ineludible del derecho imperativo dirigido tanto a los estados como, personalmente, a los funcionarios estatales.

En otras palabras, la utilización de la violencia sexual como práctica oficial comprometía la responsabilidad internacional del estado y la responsabilidad individual de quienes la ejecutaran frente al derecho de gentes.

V. La jurisdicción interna frente al desarrollo de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos.

En éste contexto normativo cabe indagar acerca del valor e influencia que tiene la jurisprudencia establecida por los tribunales internacionales en la materia, en especial los creados para investigar los delitos de lesa humanidad en la ex-Yugoslavia y en Ruanda, con relación al derecho interno.

Así, y a grandes rasgos, podemos identificar dos caminos posibles en ésta temática.

El primero, constituido por aquella postura asentada en la "doctrina de la inejecutabilidad" de los pronunciamientos de organismos internacionales por parte de los jueces locales.

Diversas son las razones que apoyan tal postura, asentadas todas ellas en el denominado *dualismo jurídico*, y arraigadas en un contexto cultural poco proclive a

aceptar la supremacía de otro derecho que no sea el nacional. A saber, el desconocimiento de la fuente internacional y de la jurisprudencia, el rechazo por cuestiones ideológicas -cierto nacionalismo irreflexivo- o por cuestiones estrictamente jurídicas -ciertas incompatibilidades con institutos fundamentales del derecho interno- (Conf. Néstor P. Sagués, *Las relaciones entre los tribunales Internacionales y los tribunales nacionales*

en materia de derechos humanos. Experiencias en latinoamérica, Revista Ius Et Praxis . Año 9 . N° 1, Talca, 2003).

La segunda posición puede ubicarse en la denominada "doctrina del seguimiento nacional". Aquí podemos deslindar dos formas.

La primera, asentada en un esquema jerárquico de actividad funcional de los tribunales, lo cual hace que resulte *vinculante* para el derecho interno la jurisprudencia internacional. Ejemplo de ello es el caso de los estados americanos que a través del Pacto de San José de Costa Rica, imponen al Estado nacional la obligación de cumplir lealmente las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (arts. 67 y 68 del Pacto).

Ello sería así aunque la constitución local fuese -por establecer un caso extremo-, incompatible con el Pacto, ello por aplicación de los principios del *pacta sunt servanda* y de la *bona fides* en el cumplimiento de los compromisos internacionales (Vide: Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que en los artículos 27 y 46 impide a un Estado alegar reglas de derecho interno para eximirse del cumplimiento de esos tratados)

En este sentido, la Corte de la Nación ha sostenido que la interpretación del Pacto "(...)debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto San José [Estatuto, art. 1](Fallos 315:492, consid. 20)y que esa jurisprudencia "(...)debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales..." (CSJN, Fallos 321:3555), y que la referencia que hace la constitución en el art. 75, inc. 22 en relación a los tratados debe establecerse y aplicarse tal como son efectivamente interpretados y aplicados en el ordenamiento internacional, debiéndose adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos tales derechos y garantías (CSJN, caso "Girolodi, Horacio s/ Recurso de casación" en Fallos 318:514, consid. 11 y 12). Incluso se llegó a dar este alcance con relación a las directivas que emanan de la Comisión Interamericana (CSJN, "Bramajo" Fallos 318:3555 y citas).

La otra forma de aplicar tal doctrina está dada para aquellos supuestos en los que, no obstante no mediar una estructura jerárquica vinculante entre los tribunales internacionales y locales, la calidad y la importancia de la jurisprudencia emanada por el tribunal internacional que se trate se erige en una fuente de incuestionable

consulta, y -en su caso- de aplicación a los fines de interpretar los alcances de ciertas prácticas y normas.

La jurisprudencia, como fuente de derecho internacional, sólo constituye un medio auxiliar para determinar las reglas de derecho y no comporta per se un proceso autónomo de creación. Sin embargo, esta vía de verificación cobra particular relevancia cuando frente a un caso de especie corresponde establecer el sentido y alcance de una particular norma jurídica; y aún, su existencia misma.

En efecto, en la determinación de la conciencia de obligatoriedad con la que se acepta una práctica o en la verificación del reconocimiento de un principio por los distintos sistemas jurídicos internos, las decisiones judiciales merecen ser consideradas con especial atención en razón de la reconocida competencia en materia de derecho de los magistrados que integran los Tribunales internacionales.

Y este valor de la jurisprudencia, en tanto que medio auxiliar para determinar las reglas de derecho, cobra toda trascendencia cuando -como en el presente caso- se intenta profundizar en la interpretación del sentido y alcance de normas que integran el derecho internacional humanitario: "...la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales se basa en gran medida en el derecho internacional consuetudinario y en la evolución del derecho internacional humanitario, sea a través de la verificación de prácticas cumplidas con conciencia de obligatoriedad por los Estados, sea mediante un cuidadoso análisis de derecho comparado a fin de determinar los principios de derecho que emergen de los grandes sistemas jurídicos. Si bien el precedente no es vinculante, en razón de no existir en el ámbito internacional un sistema judicial jerarquizado, las decisiones de estos tribunales internacionales son particularmente relevantes en el conocimiento del derecho vigente, contribuyendo por esta misma vía a su evolución...Las decisiones de los tribunales internacionales permiten verificar no sólo la evolución del derecho internacional humanitario sino también la del derecho internacional de los derechos humanos en lo que se refiere a bienes fundamentales tutelados por ambos ordenamientos; en particular, en cuanto a la comisión de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio..."(Conf. Hortensia D.T. Gutiérrez Posse, op. cit.).

Precisamente, desde esta perspectiva y con éstos alcances, considero aplicable la jurisprudencia emanada de los Tribunales creados para ex Yugoslavia y Ruanda, antes examinados.

VI.- El delito de violación en el esquema represivo imperante durante la vigencia del autodenominado "Proceso de Reorganización Nacional".

1. Previo a la consideración del hecho aquí investigado, considero oportuno referirme sucintamente a las prácticas y métodos empleados en el sistema represivo instaurado a partir del 24 de marzo de 1976, a fin de demostrar cómo el delito en

cuestión, lejos de estar aislado de dicho contexto, se engarza plenamente en el mencionado sistema.

Para ello, debe partirse de la base de que en el tiempo en que se desarrolló el hecho examinado, existió en nuestro país un plan sistemático y generalizado de desaparición forzada de personas y exterminio, concretizado ello -en líneas generales- en la privación ilegítima de libertad de distintas personas y su alojamiento en centros de detención clandestina; la aplicación de distintas clases de torturas, tormentos y vejámenes a los detenidos; su ejecución sumaria y la posterior desaparición de los cadáveres a través de distintos métodos (Conf. Causa N° 1 -del registro de la Secretaría Especial-, "Causa incoada en virtud del Decreto 280/84 del P.E.N.", de fecha 13/09/04 Causa N° 3 -del registro de la Secretaría Especial-, "Raffo, José Antonio y otros s/ desaparición forzada de personas", resolución de fecha 10/02/05 relativa a la validez de las leyes 23.492 y 23.521; resolución de fecha 7/10/05 en relación a la situación procesal de Norberto Cozzani; y resolución de fecha 17/11/05 en relación a la situación procesal de Reinaldo Taberner, entre otras).

En prieta síntesis -y teniendo presente el fallo de la Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal -Tribunal en pleno- en el denominado "Juicio a las Juntas", pub. en la imprenta del Congreso de la Nación-, puede establecerse que los distintos hechos ocurridos en el país como consecuencia del plan sistemático y generalizado dispuesto consistieron básicamente en: a) la captura de quienes pudieran resultar sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) la privación ilegal de la libertad a través de la conducción de los detenidos a lugares situados dentro de unidades militares o bajo su dependencia; c) una vez allí, someter a los detenidos a interrogatorios con agresión física y síquica, a saber, aplicación de picanas eléctricas, golpes de todo tipo, agresiones sexuales, insultos, intimidaciones, todo ello con el fin de obtener información sobre otras personas o determinadas circunstancias -*información operativamente útil*-; d) someter a los prisioneros a condiciones de vida inhumana, destinándolos en lugares sucios, insalubres, oscuros, con el objeto de quebrar su resistencia moral; e) realizar todo lo descripto anteriormente en la clandestinidad, para lo cual los agentes encargados de ello ocultaban su identidad, ya sea realizando operativos en horas de la noche, ya sea incomunicando totalmente a las víctimas, dejándolos con los ojos vendados y negando su existencia a cualquiera que reclamase la existencia del secuestrado, amén de los eventuales lugares de alojamiento; f) amplia libertad de los cuadros inferiores para determinar la suerte del detenido que podía ser liberado hasta ser eliminado físicamente; g) En caso de eliminación física, proceder a desaparecer los cuerpos, o falsificar el destino de las víctimas, todo ello mediante distintas técnicas y métodos.

Estos hechos, lejos de ser aislados, conformaron los distintos eslabones que constituyen el plan sistemático de represión clandestino e ilegal que impuso el

autodenominado "Proceso de Reorganización Nacional". Es decir, son distintos fragmentos de la totalidad del plan instaurado.

A su vez, y dada la sistematicidad que tuvieron los hechos, se puede inferir una consecuencia jurídica de suma importancia para la interpretación judicial de los hechos, cual es la de constituir un fuerte *indicio* y, en definitiva, una concreta *presunción* a fin de formar la convicción suficiente -junto a los elementos de prueba incorporados en cada causa- acerca de la existencia de los hechos particulares que se investigan y la responsabilidad penal de los involucrados.

Asimismo considero que, a esta altura de los acontecimientos, los distintos aspectos descriptos se adecuan -en puridad procesal- a la categoría de los denominados *hechos notorios*, es decir, aquellos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo que se produce la decisión, resultando excluida la posibilidad de que sean puestos en duda por el órgano judicial o controvertidos por las partes. Por ello se encuentran exentos de prueba (Conf. Calamandrei, Piero, *ESTUDIOS SOBRE EL PROCESO CIVIL*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., ed. Bibliográfica Argentina, 1945, p. 206; Palacio, Lino, *LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL*, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2000, p. 20/21).

Los distintos fallos dictados en todo el país con la confirmación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -en los que han quedado suficientemente claros los hechos tal cual se expusieron-, los informes efectuados por comisiones y organismos nacionales relacionados a los derechos humanos, como así también la información de la prensa y la vasta bibliografía que ha tratado el tema desde distintos ángulos, son elementos que, al momento de dictarse esta sentencia, justifican la consideración como hecho notorio de aquellos aspectos que integraron el plan sistemático de desapariciones y exterminio.

2. Entiendo que los actos de violencia sexual, y en particular, la violación sexual, no se sustraen de dicho contexto, sino que formaron parte del mecanismo empleado por el mentado plan.

Al respecto voy a considerar el Anexo producido en el marco de ésta causa, y que obra por cuerda, caratulado "Testimonios vinculados con delitos de integridad sexual en centros clandestinos de detención durante el período 1976-1983", y los testimonios obrantes en el Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas -CONADEP- incorporado a éstos autos, todo ello ordenado a fs. 2639 y cumplimentado a fs. 2752 con notificación de todas las partes.

Allí, tal como se verá, los testimonios que obran tanto en el Anexo como en el citado informe demuestran que los actos de violencia sexual -en sus distintas formas- fueron una práctica habitual y sistemática dentro de los centros clandestinos de detención, siendo inescindible del plan implementado.

Así, L.C.G., quien estuvo detenida de manera ilegal en el centro clandestino conocido como "Puesto Vasco" expresó que "...en ese lugar al ingresar le taparon los ojos con vendas. Que inmediatamente una persona se le acercó, la cual tenía olor a vino, y le arrancó la cadena que tenía, anillos, pulsera, aros y la manoseó. Acto seguido la llevan a una celda muy pequeña siempre con los ojos vendados y las manos atadas a la espalda...que esa misma noche la sacan de la celda en la cual se encontraba y la llevan a un lugar dentro de ese centro, que al ingresar al mismo una persona le dijo que le iban a hacer unas preguntas y que se desvistiera. Que la declarante le dijo que para hacerle esas preguntas no necesitaba desvestirse sin embargo su interlocutor nuevamente le dio esa orden. Que como estaba atada y tapados sus ojos, sintió como que alguien le arrancaba la ropa". También que "...le decían todo tipo de barbaridades e inmediatamente la apoyan en unas especie de colchoneta. Que la desposan y le atan las manos separadas del cuerpo como así también los pies. Que comenzaron a interrogarla respecto de las actividades de los Graiver y si era montonera...que sentía que estaba todo muy húmedo y comenzaron a aplicarle picana eléctrica, en los pechos, en las encías, en la vagina y en los pies. Mientras tanto le decían que le iban a arrancar las uñas y sentía también como que estuviesen cargando o descargando armas constantemente..." (Vide: testimonio de fs. 1/5 del anexo).

O.E.V., quien prestó servicios en el Ejército argentino durante la época de la dictadura y ostentaba el grado de suboficial, expresó que "...se usaba picana, submarino en seco, submarino mojado, y una picana sónica que se trajo de EE. UU. que trabajaba con sonidos porque se le ponía auriculares a los detenidos. También otra de las técnicas usadas era la introducción en el ano de un caño revestido en una parte de cinta aisladora o nylon en cuyo interior se introducía electricidad. A esto se los introducía en vagina o ano..." (Vide: testimonio de fs. 6/14 del anexo).

G.L.M., quien estuvo detenida en la Comisaría Quinta de La Plata y en Arana, expresó -en una declaración testimonial prestada en juicio de la verdad- que "... el 3 de febrero a la madrugada, aparece alguien y me llama, personalmente yo pensaba que iba a ser nuevamente interrogada... o sea, daba la situación como perdida, y esta persona sola, me mete en un auto, me decía que era lo que yo deseaba, y bueno, era fácil pensar lo que yo deseaba... y me dice: no, quedate tranquila, quedate tranquila. Bueno, hace un recorrido con muchas vueltas y demás, me carga y me lleva por una escalera hacía lo que yo supongo, que era una habitación; se escuchaban a una distancia, máquinas de escribir... y bueno, esta persona me preguntaba, si me había bañado, lo cual me pareció bastante insólito, yo le decía que sí, que alguna vez nos habíamos bañado hacia días... bueno, que me bañara, a lo cual por supuesto acaté. Y bueno, yo estaba ahí, tapadita con una toalla y este señor diciéndome que él había votado por mi libertad esa noche, y que bueno, que el intercambio que teníamos que hacer o era lo que yo tenía que devolverle, era tener relaciones con él. Y en ese momento yo me dejé manejar instintivamente, sentí que me estaba jugando algo fundamental en mi vida y que la tenía que hacer bien. Entonces... era una situación muy absurda, muy tirada de los pelos, yo

desnuda arriba de una cama, él tratando de forcejear, pero hasta ahí y mandándose un discurso de frases hechas... no hablés así, sos una Comunista... no, pero a vos te vamos a liberar, y bueno, era así, pasó un rato. En determinado momento yo planteo, que bueno, que en realidad yo no estaba acostumbrada a estar con una persona en una situación así sin conocerla, entonces él me dice, me sugiere: sacate la capucha, me podes ver la cara, y yo empiezo a sacármela y cuando la tengo acá, decido que no, que no me la voy a sacar, que no lo quiero ver. Seguimos en esta situación, él me amenazaba, acá todo el mundo sale violado, yo hago lo que quiero... yo le decía que ya sabía, que sabía que podía hacer lo que quería y de repente la jugaba de... tenía una actitud paternal, y me plantea: decíme, vos alguna vez estuviste con un hombre, yo le digo: no, la verdad que no. Ah, me dice, hubiésemos empezado por ahí, me dice, vestite... todo muy absurdo, muy tirado de los pelos, pero fue así. Me visto, me mete en el auto, da unas cuantas vueltas, me deja agarrada de una ventana de una casa, le pregunto por mi documento, me dice: no, mirá, volvélo a sacar, y me sugiere que deje de estudiar; yo en aquel momento era estudiante de Arqueología del Museo de La Plata, y bueno, me dice: cuando dejes de escuchar el motor del auto, podes sacarte la capucha, bueno, hice así y cuando me saco la capucha estaba a dos cuadras de mi casa. Y así se termina mi historia..." (Vide: testimonio de fs. 15/19 vta. del anexo).

A ello corresponde agregar sus dichos en el testimonio prestado en el marco de la causa n° 2 de la de la Secretaría Especial, en donde manifestó que "...en Arana la llevaron dos veces a bañar, donde fueron desnudadas y los manoseos por parte de la gente que estaba allí eran frecuentes, así como también las amenazas de violación. Expresa que el coronel o capitán le dijo que colaborara o de lo contrario la metería en un calabozo con hombres. Recuerda que en comisaría quinta, S.A. les cuenta que en la tortura, le habían puesto una cuchara en la vagina y le aplicaron electricidad. Refiere que G.G. le dice que cuando la torturaron, la amenazaron con la tortura china de la rata, no recordando si ello fue en la brigada o en Arana..." (Fs. 141/142 y vta. del anexo).

P.A.D., quien estuvo detenido en Arana, expresó que "...Luego de un período de 24 ó 26 horas, me sacaron y me llevaban a un cuarto donde no podía descansar. Allí soy puesto en un catre, con las manos atadas con alambres y los pies con tela.. Tenía un pullover sobre el rostro. Aproximadamente, entre dos personas, me desnudaron. Al acostarme apareció una tercera persona. que era la que comandaba el interrogatorio. Me preguntaban qué participación había tenido en algunas organizaciones políticas secundarias, la unión de estudiantes secundarios o la juventud guevarista..." y que "...Es entonces cuando me llevan a la sesión de tortura. Me sacan el pantalón, me vuelven a atar y con la particularidad que me torturaban sin preguntarme, y en un momento dado me ponen un almohadón en la boca. Siento un pinchazo tapado con el olor de la carne quemada y la modalidad es que me daban por primera vez picana en los pectorales, después me levantan violentamente y me ponen en un tacho con agua la cabeza, me la sumergen. Me arrastran a la pieza o al cuarto que compartía con otro compañero. Ahí me atan las

manos a las espaldas y a medida que pasaban las horas tenía un gran dolor en los dedos del pie y cuando me toco me doy cuenta que sangraba porque me faltaba la uña de uno de los dedos del pie. Ellos se jactaban de que me habían aplicado la tenaza. Después, en uno de los momentos yo pedí ir al baño y cuando soy trasladado al baño, uno de los represores que me llevaba, amaga a violarme, me toca la parte de la cintura y me dice: "qué lindas tripas que tenes" y me tira contra la pared. Yo empiezo a gritar y me dice: "son todos lo mismo" y me devuelve al cuarto sin dejarme ir al baño...". También que "...Otra de las detenidas con las que tuve la oportunidad de hablar fue con A.L.M., que era profesora de geografía del Colegio Nacional y nosotros tal vez nos recostábamos mucho sobre lo que ella nos podía decir. Nos habíamos enterado de que ella había estado con su compañero O.B., que no vio ahí, sino que lo encontró en el Pozo de Banfield, otro campo de concentración. Angela había sido muy torturada y estaba deteriorada y muy dañada. La particularidad es que no había compañero que no hubiera sido violado en las sesiones de tortura..." (fs. 21 vta. y 22 vta. del anexo).

V.S. estuvo detenido de manera ilegal en el denominado "Pozo de Quilmes". Declaró que "...llegaron a un lugar, donde pudo percibir el ruido característico a la apertura de un portón de garage, y lo hicieron descender, llevándolo a una habitación donde luego de permanecer un rato, lo hicieron desnudar y lo acostaron sobre una camilla o cama, sujetándole sus brazos y piernas con ligaduras. A continuación comenzaron a hacerle preguntas sobre sus actividades y relación con B.T., a la vez que le aplicaban corriente eléctrica sobre todo su cuerpo, en especial en la boca y órganos genitales como así también en sus muslos y planta de los pies..." (Fs. 38 del anexo).

R.M., quien estuvo detenido en los centros clandestinos llamados "Coti Martínez" y "Puesto Vasco", manifestó -en relación a qué modalidades tenían los tormentos por él recibidos- que "...picana eléctrica, por todas partes del cuerpo, con exquisites, en los ojos, en los oídos, en el ano, en los órganos genitales, en las axilas, esto acompañado de insultos, agua, para que tuviera más efecto la corriente eléctrica..."(fs. 59 del anexo).

N.I.L. estuvo detenido en la brigada de San Justo, en donde recibió tormentos de toda clase. Así expresó que "...durante días fui sometido a picana eléctrica aplicada en encías, tetillas, genitales, abdomen y oídos...Al principio el dolor era intenso. Después se hacía insoportable. Por fin, se perdía la sensación corporal y se insensibilizaba totalmente la zona apaleada. El dolor, incontenible, reaparecía al rato de cesar con el castigo. Y se acrecentaba al arrancarme la camisa que se había pegado a las llagas, para llevarme a una nueva sesión...". También que "...En algún momento, estando boca abajo en la mesa de torturas, sosteniéndome la cabeza fijamente, me sacaron la venda de los ojos y me mostraron un trapo manchado de sangre. Me preguntaron si lo reconocía y, sin esperar mucho la respuesta, que no tenía porque era irreconocible además de tener muy afectada la vista) me dijeron que era una bombacha de mi mujer..." y que "...incluso la vez que, mostrándome

otros trapos ensangrentados, me dijeron que eran las bombachitas de mis hijas. Y me preguntaron si quería que las torturaban conmigo o separadas...". Asimismo expresó que "...un día e llevaron al quirófano y, nuevamente, como siempre, después de atarme, empezaron a retorcerme los testículos. No se si era manualmente o por medio de algún aparato. Nunca sentí un dolor semejante. Era como si me desgarraran todo desde la garganta y el cerebro hacia abajo. Como si garganta, cerebro, estómago y testículos estuvieran unidas por un hilo de nylon y tiraban de el al mismo tiempo que aplastaban todo. El deseo era de que consiguieran arrancármelo todo y quedar definitivamente vacío...recordé que cuando estudiaba medicina, en el libro de texto, el famosísimo Housay, había una fotografía en la cual un hombre, que por el enorme tamaño que habían adquirido sus testículos, los llevaba cargados en una carretilla. El tamaño de los míos era similar a aquél, su color era un azul-negrusco intenso...". También que "...otro día me llevaron y, a pesar del tamaño de mis testículos, me ataron una vez más boca abajo. Me ataron, y sin apuro, desgarrando concientemente, me violaron introduciéndome en el ano un objeto metálico. Después me aplicaron electricidad por medio de ese objeto, introducido como estaba. No se describir la sensación de como se me quemaba todo por dentro (fs. 131/138 del anexo).

A.C., quien estuvo detenida en la Comisaría Quinta, expresó que tuvo conocimiento de actos de violencia sexual por parte del personal policial que las custodiaba en la Comisaría Quinta. Así dijo que "...tuvo conocimiento de que una noche se metió un guardia en el calabozo y empezó a manosear a Silvia Muñoz y escuchó los gritos de ella. Que al otro día esta detenida les comentó que no había llegado a ser violada..." (Fs. 139/140 del anexo).

B.N.R., quien estuvo detenida en la Comisaría Quinta, expresó -con motivo de la exhibición de fotografías en el marco de la testimonial prestada en el marco de la causa N° 2 de la Secretaría Especial- que "...reconoce a las personas fotografiada en las placas con los números 3, 4, 8, 30 y 33 y especifica que la persona de la placa número 3 y 4 se presentó una noche aproximadamente a las nueve o nueve y media en la comisaría quinta de La Plata con tres personas más que parecían ser oficiales de policía muy jovencitos y comenzó a hacerlas poner de pie a las detenidas y les ordenó que se pusieran contra la pared y se decían entre ellos si una u otra de las detenidas les gustaban, contestándose que sí o que no. Allí entonces los policías le dicen a una chica que era odontóloga, que los acompañara, con lo cual la chica se tuvo que ir con ellos, volviendo a la madrugada aproximadamente, en un estado lamentable, no golpeada sino anímicamente muy mal, con signos de haber llorado mucho, aunque no dijo nada. Manifiesta que la persona que reconoció estaba vestido de policía y los que lo acompañaban estaban vestidos de civil..." (fs. 144/145).

En el informe de la Comisión Nacional sobre desaparición de personas, agregado a estos autos, lucen distintos testimonios vinculados a la temática aquí tratada.

El testimonio de J.M.B. (Legajo N° 2669) da cuenta de distintos actos de violencia sexual que sufrió durante su cautiverio. Así expresó que "...en un momento siente que lo levantan, lo llevan por un pasillo a otro lugar, donde le ordenan desvestirse, lo tiran sobre un camastro y le dicen: Mirá yo soy el Alemán, mientras el dicente oía mujeres y hombres que gritaban. El Alemán trata de introducirle un caño en el ano. Otra voz le dice que lo dejen, y dirigiéndose al dicente, le dice: ves yo soy el Gallego y te salvé de que éste te rompiera metiéndote el fierro...". También que "...lo colocan desnudo, abierto de piernas y brazos, atados con cuero. El Gallego le dice que hable, mientras procede a aplicarle una descarga eléctrica en el tobillo, quemándole los músculos, de los cual todavía tiene la marca. También lo interroga una mujer. El Gallego también le aplica picana en las axilas de lo cual también conservas marcas. El Gallego se reía y le dice, dirigiéndose a la mujer: A voz que te gusta el pedazo, seguí voz...Entonces siente que la mujer toma su miembro y le introduce un líquido como cáustico, a raíz de lo cual ha tenido problemas para efectuar la micción..." (Informe de la CONADEP, p. 48)

En el testimonio de A. C.G.F (Legajo N° 7372) se destaca lo siguiente "...y procedieron a interrogarme cinco hombres alrededor de una hora, con malos tratos y agresiones verbales...luego procedieron a introducirme en la vagina lo que después supe era un bastón o palo de policía. Después me trasladaron a otro recinto, donde me obligaron a comer esposada a una mesa. Ante mi negativa me trasladaron a otro recinto, donde me ponían parada contra un ángulo del mismo, y vuelven a interrogarme; golpeándome la cabeza y amenazándome con introducirme el palo mencionado en el ano...". También que "...En dos oportunidades me llevaron vendada a otra dependencia, donde me obligaron a desnudarme, junto a una pared, y con muy malos tratos y agresiones verbales, me acostaron en un elástico metálico de cama, me ataron tipo estaqueada y me picanearon en el bajo vientre y en la vulva, mientras me interrogaban...después de éstas sesiones me hacían vestir, y con buenos modos y palabras de consuelo me llevaban al dormitorio e indicaban a otra prisionera que se acercara y me consolara. Esto último también lo hacían cuando traían alguna de las otras prisioneras de sus respectivas sesiones...". Asimismo expresó que "...el día 14 de junio a las 24 hs. me anunciaron que me dejarían libre...me sacaron vendada del edificio, me pusieron en un auto en el cual íbamos solos la persona que manejaba (que resultó ser la misma que, amablemente, trató de mostrarme que todo lo ocurrido fue leve) y yo...luego de rodar por una zona de tierra y poceada, detuvo el motor. Me dijo que tenía orden de matarme, me hizo palpar las armas que llevaba en la guantera del coche, guiándome con sus manos enguantadas y me propuso salvarme la vida si, a cambio, admitía tener relaciones sexuales con él...Accedí a su propuesta, considerando la posibilidad de salvar mi vida y de que se me quitase la venda de los ojos...Puso el coche en marcha y después que entramos en zona asfaltada me dio orden de sacarme la venda de los ojos. Condujo el auto hasta un albergue transitorio, me indicó que él se estaba jugando, y que si yo hacía algo sospechoso me mataría de inmediato...Ingresamos al albergue, mantuvimos la relación exigida bajo amenaza de muerte con la cual me

sentí y considero violada, salimos y me llevó a casa de mis suegros..." (Informe de CONADEP, p. 49/50).

El testimonio de A. N. (Legajo N° 6532) es elocuente respecto de la violencia sexual sufrida. Así manifestó que "...en horas de la madrugada es conducida a otra habitación, en la que es atada a una cama con elástico de madera. En torno a ésta se encontraban "El Vasco", tres o cuatro hombres más, subalternos de éste y una mujer apodada "La Negra" ...es despojada de sus ropas y atada a la cama mencionada, siendo interrogada aplicándosele picanas eléctricas y golpes en el cuerpo...". También que "...Estando la dicente una noche en su celda, llega un hombre a ésta, quien la ata, la golpea, y amenazándola la viola, prohibiéndole contar lo sucedido. Luego de ello, la conduce a fin de higienizarse a un baño, para lo que no debe salir al exterior...Como consecuencia de lo relatado, la dicente empeora su cuadro febril y comienza a delirar, pidiendo no ser violada, momento en que, al ser oída se presenta en su celda "El Guaraní" y otros de mayor jerarquía: "El Francés" y "EL Vasco" interrogándola e iniciando una supuesta investigación, ya que, según dijeron, en el lugar están 'prohibidas las violaciones!'" (Informe CONADEP, p. 50/51).

El testimonio de M. de M (Legajo N° 2356) resulta de suma importancia. Así expresó que "...Luego la ataron de los pies y de las manos con cables y le pasaron corriente eléctrica. A partir de ahí tuvo convulsiones, ellos decían que eso era el adiestramiento que necesitaba para que confesara. Luego la desnudaron y la violaron...". También que "...la llevaron desnuda por una galería por donde estaban los soldados, recuerda que todos se reían..." y que "...también recuerda que la violaron varias veces, no recuerda si eran conscriptos o gendarmes, recuerda que para esa época tenía muchas pérdidas y ella ya para ese entonces se dejaba morir, que ya no le importaba nada, ya ni lloraba. A veces sentía que la gratificaban dándole un cigarrillo, después llegó una época que ni eso...". Asimismo que "...antes de que fallecieran sus padres, su marido salió de la cárcel, a él también habían torturado, pero nunca se tocó el tema, ella en especial nunca contó todo lo que había pasado, porque sentía vergüenza, después él se fue enterando porque ella fue teniendo como delirios y tenía temor de ir a cualquier siquiatra..." (Informe CONADEP, p. 52/53)

3. De los testimonios expuestos se desprende un aspecto central que amalgama todas las consideraciones posibles: en los centros clandestinos de detención se practicó de manera habitual y sistemática actos de violencia sexual.

En primer lugar, puede afirmarse que dichos actos fueron cometidos contra hombres y mujeres que estaban allí detenidos, sin distinción de género. Es decir, que es "el grupo" de personas que estuvo detenido en estas circunstancias -en calidad de tal- el que sufrió los padecimientos señalados.

En cuanto a las circunstancias y características de los actos de violencia sexual descritos en los testimonios, puede establecerse que incluyeron la penetración vaginal, anal y oral, por personas o con objetos; abusos sexuales como tocamientos con órganos sexuales en el cuerpo; exposición de los cuerpos desnudos frente al personal y funcionarios involucrados; insultos y ofensas de carácter sexual; constantes amenazas de violencia sexual.

Siendo el sexo algo estrictamente íntimo que, no obstante las oscilaciones culturales que se producen con los tiempos, constituye un ámbito eminentemente privado de las personas que conforma el pudor de cada uno, es que considero que las acciones antes señaladas además de los padecimientos físicos y psicológicos que indudablemente causaron, han invadido una zona de reserva constituida por la *honestidad* de cada una de las víctimas -su dignidad-, transformando ese estado natural en un estado de permanente y continua *humillación*.

De ello puedo establecer una pauta de interpretación común para todos los casos: *el fin de estos actos de violencia sexual estuvo directamente determinado a producir la humillación y el sometimiento de las víctimas, a anular la dignidad mínima necesaria por la que somos seres humanos distinguidos de las cosas.*

Por ello, puede afirmarse que los actos de violencia sexual descritos se constituyeron en actos que consolidaron el desprecio y la negación de la otredad, de la condición humana misma, del despojo de la identidad, de su cosificación.

Asimismo puede deducirse que el estado de humillación creado por tales actos, generó una *relación de dominación* guiada por el sometimiento y el temor de la víctima con relación al victimario.

Ahora bien, y sin desmedro de que todos estos aspectos no son baladí, cabe interpretar que todo ello no fue un fin en sí mismo. Puesto en el contexto del plan sistemático y generalizado dispuesto, es indudable que dichas prácticas estuvieron dirigidas tanto a producir el sufrimiento de los detenidos, como a obtener información o cierta declaración de las víctimas. Es por ello que, a mi entender, el estado de humillación y la relación de sometimiento antes aludida se erigió en un medio de tal finalidad. Ergo, los actos de violencia sexual se constituyen en una forma de tortura.

3. De ésta manera, los delitos contra la integridad sexual deben ser ubicados en el contexto esbozado, como actos integrantes de las prácticas sistemáticas implementadas contra las personas ilegítimamente privadas de libertad en los centros clandestinos de detención.

De ello se sigue que, las acciones de violencia sexual señaladas son sensibles a un abordaje interpretativo desde el *contexto* en el que se perpetraron, todo lo cual,

como se verá más adelante, traerá importantes consecuencias jurídicas, tanto desde la perspectiva sustantiva como procesal.

VII.- Materialidad ilícita. La valoración de la prueba.-

1. De acuerdo con la prueba colectada en la causa, A.D.M. y su esposa P.G.D.O., fueron secuestrados mediante el empleo de violencia y amenazas el 5 de noviembre de 1976 alrededor de la 1.30 hs., en una quinta ubicada en la calle 445 entre 20 y 22 de la localidad de City Bell, de propiedad del padre de la nombrada en segundo término, por un grupo de personas fuertemente armadas, a cara descubierta, y que referían ser policías. Las pruebas revelan que, luego de revolver todo el lugar, se los llevaron en por lo menos dos automóviles, dejando a la hija de ambos de 25 días (Vide: copia del Habeas Corpus presentado por A.M.D.O. -padre y suegro de las víctimas- obrante a fs. 863/865, y declaración testimonial prestada por éste en el marco del juicio de la verdad que luce a fs. 870/888)

Con posterioridad fueron conducidos y detenidos de manera ilegal en el Departamento de Policía de La Plata, siendo vistos en el centro clandestino de Arana en noviembre de 1976, donde habrían sufrido daños físicos como consecuencia de haber recibido golpes en formas reiteradas y la aplicación de picana eléctrica, todo ello en un lugar insalubre de condiciones infrahumanas.

Asimismo, y siempre dentro del contexto del lugar señalado, las víctimas fallecieron luego de ser ejecutadas con sendos disparos en la cabeza.

J.J.L. fue quien manifestó haberlos visto en el centro clandestino de detención conocido como "Pozo de Arana" en momentos en que él permaneció allí privado ilegalmente de su libertad. Así, y con motivo de su declaración en el marco del "Juicio por la Verdad", manifestó que estuvo detenido de manera ilegal durante cinco meses en distintos centros clandestinos de detención de la órbita de la Policía de la Provincia de Buenos Aires ("Pozo de Arana", "Cuatrerismo" y en la Comisaría 5ta.) y que a partir del 29 de octubre de 1976 permaneció detenido por unos 10 días en el denominado "Pozo de Arana". Ubicado en ésta última situación, afirmó que vio a Graciela P.D.O. y a A.D.M. en éste último centro de detención. Asimismo, exhibidas que le fueron las fotografías de ambos, L. reconoció a los mismos en ellas.

Asimismo manifestó que conocía a las víctimas con anterioridad al secuestro, de una Unidad Básica peronista que había en su barrio en la cual ellos siempre estaban; que él concurría a la misma en razón de que llevaba chicos para jugar en torneos de fútbol que se organizaban en dicho lugar.

Con relación a las circunstancias y condiciones en que vio a dichas personas en el "Pozo de Arana", L. manifestó que vio a ambos en una sola oportunidad en dicho lugar, por un lapso de 15 minutos aproximadamente; que estaban atadas con la cara

tapada, muy golpeados; que el chico estaba todo ensangrentado y estaba tirado; que vio como torturaban a Patricia a quien "(...)hasta la habían violado los milicos(...)". También manifestó que, a través de una mirilla de su celda, pudo observar como una patota que había venido al lugar mató de un tiro a Patricia y a su esposo.

Resulta de interés mencionar que López destacó que, previo al homicidio antes mencionado, fue obligado por el personal allí a cargo a reconocer a Patricia y a su esposo como las personas que andaban en su barrio en la unidad básica. Para ello, le destaparon la cara a ambos para que él pudiera verlos.

En otro aspecto de la declaración, L. expresó que pudo constatar que las personas que lo secuestraron a él fueron las mismas que secuestraron a P. y a su esposo, dado que pudo verlas cuando los traían a Arana, certificando de esa manera la mentada constatación, y que se trataría del personal de Investigaciones.

Asimismo, expresó que tuvo oportunidad de hablar con Patricia antes que la mataran, quien le encargó que tratase de buscar a sus padres, les relatara lo ocurrido y que cuidara de su hijo(Vide: testimonio producido en el "Juicio de la Verdad" de fs. 537/551, de fecha 7 de julio de 1999).

Con posterioridad, y ya en el marco de las investigaciones realizadas en la presente causa, J.J.L. fue citado a prestar declaración testimonial, y preguntado -en lo medular- sobre la violación sexual de P.G.D.O. de DM..

Al respecto, L. expresó que P. le manifestó -en circunstancias que tuvo la oportunidad de hablar con ella en el "Pozo de Arana"- que el primer día que la llevaron estuvo cerca de la catedral y después la trasladaron al Monte de Arana, y que en esas situaciones había sido picaneada y violada, y que le pareció que "...los autores habían sido los de Investigaciones, en el edificio de 55 entre 13 y 14...", y que "(...)ella le contó lo de la violación en momentos que estaban todos juntos en una celda apretados, en el oído(...)".

También recordó que "(...)P. llegó al pozo toda desecha y que el grupo que comandaba Etchecolatz la trae de la Brigada al pozo de Arana y que serían los mismos que la torturaron y la mataron, siendo esa misma gente la que seguramente la violó, es decir, la patota de Etchecolatz(...)", y que "(...)él observó que cuando la torturaban a P. estaban C.R.U., Etchecolatz y G. y que a U. lo rastreó y averiguó que su madre tenía una panadería en los hornos(...)".

Ante la pregunta de si conocía a otras personas que hallan podido ver o saber algún dato al respecto, expresó que "(...)recuerda que en el lugar de detención que estaba junto a P. se encontraba A.S., A..DM., y N.R.(...), y que "(...)Etchecolatz venía todos los días a eso de las cuatro de a la tarde y a la noche Camps para torturar(...)" (Vide: testimonial de fs. 2625/2629).

2. Tal como se adelantó en puntos anteriores, el hecho aquí investigado -por el contexto en el que ocurrió- debe ser considerado a la luz del derecho de gentes, como un *crimen de lesa humanidad*. Esto implica reconocer que la magnitud y la extrema gravedad de los hechos que ocurrieron en nuestro país en el período señalado, son lesivos de normas jurídicas que reflejan los valores más fundamentales que la humanidad reconoce como inherentes a todos sus integrantes en tanto personas humanas.

Asimismo, tal circunstancia determina que la interpretación judicial a fin de formar la convicción sobre los hechos y la participación de los imputados, debe incorporar todas aquellas reglas que la comunidad internacional ha elaborado a su respecto.

En este sentido, examinar los hechos exclusivamente desde la perspectiva del derecho interno supondría desconocer o desechar un conjunto de herramientas jurídicas elaboradas por el consenso de las naciones especialmente para casos de extrema gravedad como el presente.

Asimismo, la naturaleza de lesa humanidad produce un efecto sustancial en el proceso de conocimiento de los hechos: no puede comprenderse el delito que se trate de manera aislada o fragmentada -individualmente-, sin tener presente su consideración como fenómeno colectivo inserto en un plan o sistema.

Tal como se vio en puntos anteriores, los delitos de lesa humanidad suponen un plan, un sistema, cierta organización, que trae como resultado una colectividad de delitos insertos en la sistemática general.

En este esquema, la verdad de los hechos individuales no debe buscarse de manera fragmentada, sino que debe alcanzarse en función de la totalidad del sistema, en lo que sea pertinente.

En esta perspectiva, institutos procesales como el de la *valoración de la prueba*, no han estado ajenos a esta evolución del derecho internacional y a éste matiz que sustantiviza los delitos de lesa humanidad, ingresando a la palestra de posibilidades del juez penal teorías y criterios interpretativos que tratan de adecuar los institutos al contexto en el que deben aplicarse.

3. En particular, corresponde tener consideración especial respecto de distintas circunstancias que se adecuan dentro del sistema de desapariciones y exterminio implementado en nuestro país, de directa incidencia en materia probatoria.

Así, corresponde advertir que estos tipos de procesos judiciales se caracterizan por la escasez de prueba directa. Ello no es obra de la casualidad sino que entronca con la lógica de plan o sistema de desapariciones.

Es un *hecho notorio* el que las personas que perpetraron los crímenes investigados diseñaron y ejecutaron un sistema de ocultamiento de pruebas, de encubrimiento de los hechos.

En primer lugar, todos los delitos fueron realizados en la clandestinidad: los secuestradores y torturadores ocultaban su identidad, ya sea realizando operativos en horas de la noche, ya sea incomunicando totalmente a las víctimas, dejándolos con los ojos vendados y negando su existencia a cualquiera que reclamase la existencia del secuestrado, negando la existencia de los lugares de alojamiento. El secreto y la clandestinidad fueron elemento claves para oscurecer la verdad de los hechos.

A éste eslabón se suma el proceso de *desaparición de cadáveres*: en algunos casos se trasladaba a los detenidos lejos del centro clandestino, se los fusilaba, atados y amordazados -tal el caso de la víctima de éstos autos-, luego se procedía a su entierro cementerios como NN o directamente se realizaba la cremación de los cadáveres; en otros casos se inyectaba a los detenidos un somnífero, luego se los cargaba en camiones para transportarlos a un avión, desde donde se arrojaban los cuerpos vivos al mar o al Río de La Plata.

En éste proceso debe incluirse las técnicas de *falsificación de la verdad del destino de los cadáveres*: en algunos casos se tiraban los cuerpos en lugares públicos simulando enfrentamientos -queriendo darle un sustento legal al crimen-; en otros se falsificó documentación tendiente a demostrar que las personas habían recuperado su libertad con anterioridad a su deceso, siendo enterradas como NN con certificados de defunción de fecha posterior a la que constaba su libertad -tal los casos de N.L.F., E.A.S. y M.D., tratados en el marco de la causa N° 7 de la Secretaría Especial del Juzgado a mi cargo-.

De ésta manera, el sistema de desaparición de personas implementado tuvo como último eslabón del plan desaparecer los cuerpos de las víctimas, y no dejar ninguna constancia de su vida o de su muerte: *al no haber cuerpo de la víctima, no hay cuerpo del delito; al no haber cuerpo del delito, no hay responsabilidad penal, la que -consecuentemente- también desaparece.*

En el contexto expuesto, las investigaciones penales llevadas a cabo sobre los hechos encuentran -evidentemente- muchos límites.

Es por ello que la prueba testimonial y las presunciones conforman los medios de prueba centrales.

Si tenemos en consideración que la mayoría de las víctimas desaparecidas estarán fallecidas, y que el mínimo porcentaje de testigos víctimas estuvo en condiciones de detención que se caracterizaban -como se dijo antes- por el aislamiento y la

imposibilidad de visión, es claro que los mentados testimonios están atrapados en una red que dificulta la demostración del cuerpo del delito y sus responsables.

También cabe considerar, como elemento negativo, al gran tiempo transcurrido entre los hechos objeto del proceso y la producción de éste, lo que dificulta -por obvias razones- la exposición del testigo y el conocimiento judicial.

Por otra parte, y relacionado con el hecho aquí investigado, es razonable pensar que las personas que han sufrido violencia sexual, en cualquiera de sus formas, pueden haber tenido cierto pudor en exteriorizar sus vivencias en los centros, inhibiéndose así una exposición total de los padecimientos sufridos.

Muchas veces, y en razón de que la violencia sexual -como se vio- ha estado ligada a las prácticas de tortura de los centros, es indudable que dichos actos han quedado subsumidos en ese entendimiento, sin ahondarse en toda su materialidad.

No obstante, el Anexo formado en el marco de la presente causa -examinado anteriormente- ha sido prueba cabal de tales prácticas, a la vez que otorga al intérprete un marco de situación de indudable relevancia a los fines de interpretar los hechos en particular.

Asimismo, todas las dificultades señaladas con referencia a la demostración de la materialidad ilícita no se erigen en imposibilidad. Como es sabido, los testimonios de las víctimas abrieron la grieta del sistema de silencio y ocultamiento de la verdad de los hechos, constituyéndose en el primer conducto para conocer los mismos, todo ello a través de la ardua tarea de los grupos defensores de derechos humanos que, a partir de dichos testimonios, el de sus familiares, y de algunos arrepentidos, pudieron establecer las características del sistema de represión y exterminio implementado en nuestro país.

A ello le ha seguido la función del Poder Judicial orientada a demostrar la verdad de los hechos y las responsabilidades consecuentes, a través del *debido proceso* y la aplicación de las normas del *derecho de gentes*, todo ello establecido en la Constitución Nacional (arts. 18 y 118 CN).

4. A fin de solucionar, o paliar de alguna manera, la problemática en materia probatoria expuesta, es aplicable la posición establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Velasquez Rodriguez", en que sentó un criterio de gran importancia para la valoración de los hechos en procesos de contextos similares al nuestro: "(...)La práctica de los tribunales internacionales e internos demuestra que la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos..." y que "... La prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia cuando se trata de

denuncias sobre la desaparición, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas (...)" (Conf. CIDH, Caso Velasquez Rodriguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párrs. 130 y 131).

Para ello se tuvo en consideración la posición de la Comisión, basada en el argumento de que una política de desapariciones, auspiciada o tolerada por el Gobierno, tiene como verdadero propósito el encubrimiento y la destrucción de la prueba relativa a las desapariciones de los individuos objeto de la misma. Cuando la existencia de tal práctica o política haya sido probada, es posible, ya sea mediante prueba circunstancial o indirecta, o ambas, o por inferencias lógicas pertinentes, demostrar la desaparición de un individuo concreto, que de otro modo sería imposible, por la vinculación que ésta última tenga con la práctica general (Conf. CIDH, "Velasquez Rodriguez", sent. cit., párr. 124).

Es por ello, y ante la falta de prueba directa, las presunciones debidamente probadas dentro del esquema del *debido proceso* que manda nuestra Constitución (art. 18), tienen un rol fundamental en la valoración de los hechos.

5. En razón de todo lo dicho hasta aquí, es indudable que la interpretación del testimonio de J.J.L. no debe desglosarse del marco del sistema de desapariciones y exterminio, y -en particular- del contexto de desaparición de pruebas expuesto, sino que -por el contrario- debe interpretarse en función todo ello.

Por ello, considero que los dichos del testigo citado relacionados a la violación sexual de P.G.D.O. tienen un fuerte valor convictivo a los fines de tener demostrado el cuerpo del delito.

En primer lugar tengo presente que el testigo ha sido conteste sobre sus dichos en las dos declaraciones que obran en el presente, y que ha manifestado con claridad expositiva el conocimiento que tiene de los hechos, a pesar del tiempo transcurrido entre las misma, y con relación al hecho en cuestión.

Tengo presente que existe plena coincidencia entre las fechas que el testigo fue secuestrado y detenido en el "pozo de Arana" con relación al momento en que fue secuestrada y detenida la víctima. Esta coincidencia temporal refuerza la veracidad de la coincidencia espacial y, por ende, del marco situacional expresado por el testigo.

Asimismo, la circunstancia de que el testigo conocía a la víctima con anterioridad al hecho de la detención de ambos, constituye un extremo de gran importancia para valorar la veracidad de sus dichos. Al respecto, entiendo que el registro mental -el recuerdo- de una persona y circunstancias atinentes a ella, sin dudas va a ser más preciso, agudo, y claro, si existe un previo conocimiento -como se vio, en el caso

de autos testigo y víctima se conocían del barrio por las circunstancias mencionadas en el testimonio y antes transcritas expresamente-.

Con relación al hecho de la violación sexual, valoro como aspecto significativo para demostrar su existencia, que el testigo tomó conocimiento del hecho por los dichos directos de la víctima, quien le manifestó en el oído lo sucedido en momentos en que ambos estaban detenidos en una celda. Esto, dado el contexto en el que se desarrollaron los hechos, cobra particular relevancia para la interpretación: el testigo no se enteró del hecho por otros detenidos, allegados o terceros, sino que su fuente provino directamente de la persona que padeció el hecho aquí investigado.

Por otra parte, no puede dejar de repararse que el imputado de estos autos fue procesado como autor directo de la privación ilegal de la libertad, aplicación de tormentos y homicidio calificado de P.G.D.O. en base -principalmente- al testimonio de J.J.L. -situación procesal que se encuentra firme y en estado de decisión por el Tribunal de juicio en el marco de la causa N° 7 del registro de la Secretaría Especial del juzgado a mi cargo-.

Por ello, considero que es válido razonar que si el testimonio de L. fue conducente para probar, con el grado de certeza que se requiere en ésta etapa del proceso, la aplicación de tormentos a la víctima de éstos autos, es también conducente para tener probado, y junto con la demás prueba incorporada, la violación sexual en el contexto de las prácticas represivas implementadas. Recuérdese que -como fuera establecido anteriormente- los actos de violencia sexual y las violaciones en particular fueron prácticas habituales en los centros clandestinos de detención, e integraron la metodología implementada para castigar, hacer sufrir, y quebrar a los detenidos, y para obtener de ello una información *operativamente útil*.

Teniendo presente la valoración realizada del testimonio de J.J.L., junto con los extremos relacionados a la sistematicidad de las conductas represivas implementadas en el contexto histórico en que se sucedieron los hechos y las presunciones que de ello se derivan, sumado a los hechos probados en el Anexo agregado en ésta causa y demás testimonios referidos a los actos de violencia sexual como práctica habitual, sistemática y generalizada del sistema implementado, valorado todo ello en *sana crítica* (art. 241 y cc. del CPPN), es que considero que constituyen indicios suficientes para tener probada la existencia del hecho aquí investigado, con el grado de certeza requerido en esta etapa del proceso (art. 306 del CPPN).

En consecuencia, encuentro probado, prima facie, que P.G.D.O. fue violada sexualmente durante su detención ilegal, como hecho inmerso en la metodología implementada sobre los centros de detención, y en particular donde estuvo detenida la víctima, como parte del esquema de represión y exterminio dispuesto.

Si bien las pruebas consideradas no brindan una prueba directa de la violación sexual, estimo que -en el contexto del caso- se erigen en presunciones suficientes para ello. Exigir una prueba directa en éstos casos -verbigracia, una pericia médica sobre el cuerpo para determinar si hubo penetración, un testigo ocular, incluso el testimonio de la propia víctima- representaría para el proceso la constitución de una *prueba diabólica* -es decir, aquella de imposible producción-, lo que conduciría al fracaso de las investigaciones, en función -consecuente- del propio proceso de desaparición de pruebas antes descripto, lo que sería -cuanto menos- paradójico para la justicia. VIII.- Responsabilidad de Miguel Osvaldo Etchecolatz.

1. Tal como se adelantó con relación a la valoración de la prueba, la circunstancia de que el hecho aquí investigado constituya un *crimen de lesa humanidad*, determina una modificación en distintos institutos sustanciales del derecho, tal el caso de la *participación criminal*. Al respecto, y tal como se expresó antes, corresponde incorporar en la interpretación judicial, todas aquellas reglas que la comunidad internacional ha elaborado.

Los ataques generalizados y sistemáticos contra una población civil -umbral común de los delitos de lesa humanidad- tienen su base estructural en un *aparato de poder organizado* -no necesariamente por el Estado-, que estructura un orden funcional sustentado en un sistema de órdenes que se diseminan en una escala jerárquica descendente, y que -las más de las veces- genera una *segmentación o fraccionamiento* de las funciones llevadas por aquellas personas que participan en la organización.

Esta segmentación y/o fraccionamiento de funciones produce a su vez la *fragmentación* de la responsabilidad con respecto a las tareas.

Éste fenómeno tiene un doble efecto. Por un lado, hace que los partícipes de tales hechos no se sientan responsables del funcionamiento global del aparato y de las finalidades en que converge el mismo. "...Mientras mayor sea la cantidad de personas involucradas en una acción, menor será la probabilidad de que cualquiera de ellas se considere un agente causal con responsabilidad moral..." (Conf. Kelman, Herbert; Lee Hamilton, *Crímenes de obediencia*, Ed. Planeta, Bs. As., p. 183; citado por Pilar Calveiro en "Poder y Desaparición", ed. Colihue, Bs. As., 2004, p. 39).

Esta falta de responsabilidad moral produce asimismo una concepción de falta de responsabilidad jurídica con respecto a los crímenes que se han cometido a través de los aparatos organizados de poder. Es paradigmática al respecto la posición esgrimida por Eichmann - uno de los criminales nazis juzgados en el Tribunal de Jerusalén- cuando afirmó en su defensa "...yo no tenía nada que ver con la ejecución de judíos, no he matado ni a uno solo...". (Pilar Calveiro, op. cit. P. 40), y lo alegado por su defensa cuando afirmó que "...una negativa de la obediencia por parte de Eichmann no hubiere tenido relevancia en lo referente a la eliminación de

los judíos, y por tanto, para sus víctimas, que la ausencia de Eichmann en la ejecución de éstas órdenes no hubiera tenido ninguna significación. El aparato de órdenes habría continuado su labor...Aquí se apoya la diferencia respecto de los delitos de carácter individual, porque en éstos el autor puede o no arrepentirse, puede impedir la continuación del hecho. Pero frente a las órdenes de un aparato superior poderoso, la víctima pierde toda significación. Aquí el delito no es el hecho de una persona individual. El autor es el Estado mismo..." (Conf. Servatius, defensa de Adolfo Eichmann, alegato, 1961, ps. 77/78; citado por Roxin, Claus, *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados*, pub. en *Doctrina Penal*, Año 8, julio/setiembre de 1985 N° 31, Depalma, ps. 403/404).

Precisamente, aquí encontramos enraizado esta idea de falta de responsabilidad que ha llevado a la ciencia jurídica a diseñar teorías que partan del contexto al que debe aplicarse, con un fin común: evitar la impunidad de los responsables de los crímenes más atroces que ha sufrido la humanidad.

Así, teorías como la del *autor mediato* en función del *dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados*, o de autor por el *dominio funcional del hecho* han servido para paliar dificultades derivadas de la aplicación del concepto de autoría, desde la grada tradicional del derecho penal.

La aplicación de tal teoría no resulta antojadiza o meramente discrecional. Por el contrario, hay un contexto que tiene que estar debidamente probado para su aplicación.

2. En este orden de ideas, teniendo presente que la violación sexual fue una práctica sistemática y generalizada en Argentina, cometida en el marco de un aparato organizado de poder, considero aplicable al respecto -según los casos- la *teoría del dominio del hecho por dominio de organización*.

Esta teoría recepta un fenómeno constituido por los diversos crímenes que se han cometido a través de regímenes organizados en un aparato que funciona independientemente de la composición de sus miembros, esto es, sin estar referida a la persona individual de los conductores, que funciona automáticamente (Conf. Roxin, Claus, *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados*, pub. en *Doctrina Penal*, Año 8, julio/setiembre de 1985 N° 31, Depalma, ps. 402).

En ésta situación se pueden discriminar tres aspectos que recrean el contexto el que se fundamenta esta clase de autoría, a saber, a. la característica colectiva de los crímenes que escapa a la consideración del delito como fenómeno individual; b. la distancia física del que imparte las órdenes con respecto a los delitos; c. la fungibilidad de los ejecutores.

Ello a puesto en cuestión la responsabilidad de aquellas personas que imparten órdenes -que tienen poder de mando- con relación a los crímenes efectivamente perpetrados por los ejecutores -sus subordinados- de tales órdenes. En concreto, cómo imputar a tales personas el conjunto de crímenes cometidos en el contexto del plan, del régimen, de la organización.

Con relación a las cuestiones de proximidad con el delito, Roxin establece claramente que "...mientras que normalmente un partícipe cae más y más al margen de los acontecimientos, hasta quedar excluido de la autoría cuanto más lejos esté de la víctima y los hechos inmediatos, sucede en estos casos exactamente lo contrario, puesto que la pérdida en proximidad a los hechos por parte de las esferas de conducción del aparato se ve compensada crecientemente en dominio organizativo..." (Roxin, Claus, *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados*, pub. en *Doctrina Penal*, Año 8, julio/setiembre de 1985 N° 31, Depalma, p. 405).

Precisamente es este elemento objetivo del dominio lo que sustenta la autoría mediata en estos casos. El dominio sobre la organización puede recaer sobre cualquier persona que ocupe un lugar desde el que se pueda impartir órdenes al personal subordinado.

El dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas consiste, básicamente, en que el autor mediato tiene a su disposición una organización que funciona automáticamente, en el sentido que sus órdenes serán siempre ejecutadas. Su fundamento no estriba en una toma de posición anímica especial del que da las órdenes, sino sólo en el mecanismo de funcionamiento del aparato en el marco del que se actúa (Conf. Roxin, Claus, *AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL*, séptima edición, ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, Madrid, 2000, p. 270/271).

El "hombre de detrás" controla el resultado típico a través del aparato, sin tomar en consideración a la persona que como ejecutor entra en escena más o menos casualmente. Precisamente, "...el factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos (que se presenta como tercera forma de autoría mediata, delimitada claramente con respecto al dominio por coacción y por error) reside pues en la fungibilidad del ejecutor..." (Conf. Roxin, Claus, *AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL*, séptima edición, ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, Madrid, 2000, p. 271).

Esta característica fungible del ejecutor implica que la negativa del mismo es indiferente al plan implementado a través de la organización, no impidiendo por ello que éste efectivamente se realice. Si no cumple la orden, de acuerdo con el propio orden del aparato de poder, inmediatamente otro le suplirá, no resultando afectada la ejecución del plan por esta circunstancia. Los ejecutores son pues sustituibles. Ahora bien, nada falta en la libertad y responsabilidad del ejecutor

inmediato, que es punible como culpable por mano propia, es decir, le corresponde la calificación de autor inmediato o directo. Téngase presente que tanto a nivel interno como internacional no se admite la obediencia debida a órdenes superiores como causa de justificación en los casos de delitos de lesa humanidad.

Pero estas circunstancias "...son irrelevantes en cuanto al dominio del inspirador, porque según sus expectativas respecto del actuante, él no aparece como una persona responsable individualmente, sino como una figura anónima y cambiante...el ejecutor es...una ruedita cambiante en la máquina de poder, y esta doble perspectiva coloca al inspirador junto a él en el centro de los acontecimientos..." (Roxin, Claus, *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados*, pub. en *Doctrina Penal*, Año 8, julio/setiembre de 1985 N° 31, Depalma, p. 403).

3. La teoría expuesta fue aplicada por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal -Tribunal en Pleno- en la causa seguida contra el aquí imputado, Osvaldo Miguel Etchecolatz. Se dijo allí que "...es responsable del delito de tormentos, cometido en forma reiterada, quien detentando un cargo de responsabilidad en la Policía de la Prov. de Buenos Aires, intervino en acciones en la lucha antisubversiva, donde los detenidos permanecían privados de su libertad sin causa legal o control jurisdiccional y, además, eran sometidos a vejámenes o tormentos legales policiales dependientes de una Dirección General cuya jefatura ejercían, siendo los autores materiales de los tormentos y custodios de los lugares de detención, personal bajo su mando. No lo eximen en el caso al enjuiciado, la circunstancia de que él fue el transmisor de las órdenes que dice haber recibido, en todos los casos, del Jefe de Policía, puesto que las frecuentes visitas que admite haber efectuado a esos lugares, demuestran un cabal conocimiento acerca de lo que allí ocurría, tomando en cuenta la jerarquía que ostentaba..." (Vide el fallo en *Revista J.A: ejemplar núm. 5479, de 3/09/86, p.18*).

Si bien desde una estructura de imputación diferente -pero ubicada dentro del contexto de delitos cometidos a través de un aparato de poder organizado-, resulta oportuno destacar que para casos de delitos de violación sexual los Tribunales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda -cuya constitución, funciones y competencia ya fue tratada de esta sentencia- han abordado el tema.

Así, el Tribunal Internacional para la ex- Yugoslavia, utilizó la teoría de la *responsabilidad por el mando* -aquella que presupone que el autor ostente una determinada posición de poder militar o político- en el caso del campo de concentración "Celibisi".

En dicho caso, los acusados Delalic, Mucic y Delic fueron condenados por casos de violaciones sexuales en virtud de haber ejercido la responsabilidad de la administración del mencionado campo de concentración, y haber ostentado cargos de jerarquía superior a todos los guardianes que en dicho campo se desempeñaban,

como así también con relación a otras personas autorizadas a entrar al campo, todas las cuales maltrataban severamente a los detenidos, sabiendo ellos o teniendo razones para saber cuáles personas que ocupaban un rango subordinado al suyo abusaban de los detenidos (Conf. Prosecutor vs. Delalic, fallo del 16 de noviembre de 1998, IT-96-21-T).

En el caso de Ruanda, se utilizó un esquema de imputación estructuralmente similar en el caso "Akayesu". Allí, la sala de primera instancia declaró a Jean Paul Akayesu, en su carácter de alcalde de la comuna de Taba -Ruanda-, culpable del delito de genocidio, y resolvió que "más allá de toda duda razonable, el acusado tenía motivos para saber y, de hecho sabía, de la comisión de actos de violencia sexual en los locales de la comuna o en sus inmediaciones y que de dichas dependencias se trasladaba a las mujeres para violarlas. No hay prueba ninguna de que el acusado adoptara medidas para evitar los actos de violencia sexual. De hecho, la hay de que el acusado ordenó, indujo, ayudó de otras maneras y aprobó la comisión de actos de violencia sexual" (Conf. Prosecutor v. Akayesu, Caso ICTR 96-4-T, resolución del 2/09/98, párr. 52).

Durante el juicio de Akayesu, varias mujeres tutsis testificaron que habían sido víctimas de violaciones colectivas y reiteradas por parte de las milicias en los locales de la comuna o en sus inmediaciones, incluso en presencia de Akayesu. Hablaron de que vieron cómo un grupo de hombres violaba y asesinaba a otras mujeres delante de Akayesu. En una ocasión en que este último presencié tales violaciones y asesinatos dijo al parecer a los autores "no me pregunten más a qué sabe una mujer tutsi". (Conf. El Fiscal c. Jean-Paul Akayesu, conclusiones de la acusación, vol. I, 29 de abril de 1998, párr. 165).

4. En función de todo lo expuesto, no puede más que concluirse que el cargo que ostentaba el ex- Comisario Osvaldo Miguel Etchecolatz al frente de la Dirección General de Investigaciones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires entre el 5 de mayo de 1976 y el 28 de febrero de 1979-extremo debidamente probado con el informe del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires obrante en la causa 2 de la Secretaría Especial a fs. 260/280 -, es suficiente por sí para establecer su responsabilidad penal en el hecho aquí investigado, como partícipe necesario.

La Dirección General de Investigaciones desarrolló una actividad central en el marco de la estructura represiva ilegal establecida desde la Jefatura de la Provincia de Buenos Aires denominada "circuito Camps".

Focalizada esta organización represiva en la ciudad de La Plata, es dable advertir que la Brigada de Investigaciones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires con sede en esta ciudad, funcionó como centro de ingreso de los detenidos-desaparecidos al circuito clandestino, y distribución de los mismos hacia otros centros de detención y tortura, como los situados en la zona de Arana.

Precisamente, el testimonio de J.J.L. se refiere a éste aspecto en relación a la víctima de éstos autos. Así expresamente dijo que "(...)Patricia llegó al pozo toda desecha y que el grupo que comandaba Etchecolatz la trae de la Brigada al pozo de Arana y que serían los mismos que la torturaron y la mataron, siendo esa misma gente la que seguramente la violó, es decir, la patota de Etchecolatz(...)".

Es decir, el testimonio expresa una circunstancia que se adecua plenamente a la forma en que operaba esta organización en la ciudad de La Plata. Asimismo, el testigo expresa una situación que vale la pena examinar en su contexto significativo, cuando expresa que dicho traslado lo realizó la "patota" de Etchecolatz.

Muchas de las palabras que se utilizan en función del contexto de represión aquí investigado, tienen una carga de significación que revela un accionar o metodología que desborda los conceptos en su estrictez significativa. Así, el término "patota" conlleva a un accionar propio de las fuerzas de seguridad de aquellas épocas que abarcan distintas etapas o eslabones de la cadena de represión, que -a groso modo- pueden vincularse a los "traslados" de las personas, comprensivo del operativo de secuestro-con todos los actos que ello supone- hasta el alojamiento de la persona en distintos lugares de detención y sus distintos traslados en el circuito; como así también de los actos tendientes a obtener una declaración *operativamente útil*, comprensivo de todos aquellos actos que atentaron contra la integridad personal - física, síquica y moral- de las víctimas.

Habiéndose cometido el hecho en un lugar comprensivo de dicho circuito, esto es, el centro clandestino de Arana, en el que el imputado ejercía plenamente sus funciones ejerciendo el control directo sobre las Brigadas de Investigaciones, comisarías y centros clandestinos que dependían del mentado circuito, con posibilidad cierta de impartir órdenes y ejercer pleno control sobre el lugar, es justificada la determinación de su responsabilidad.

En consecuencia, Miguel Osvaldo Etchecolatz resulta prima facie responsable de la violación sexual sufrida por P.D.O., en la medida que dicho hecho -tal como quedó establecido- se engarza en el sistema represivo dispuesto, y forma parte del plan u organización constitutiva de aquellos actos que atentaron contra la integridad física, síquica y moral de las víctimas.

En todo ese marco, no cabe duda que quienes por su ubicación en la cadena de mandos, además de conocer a la perfección la ilicitud del sistema, impartieron las órdenes y brindaron los medios materiales para realizar los hechos ilícitos, son partícipes como cooperadores necesarios.

En efecto, los ejecutores inmediatos no hubieran podido consumir los delitos ordenados si no se los hubiera provisto de los medios necesarios para ello constituyendo tal aporte a criterio del suscripto, un auxilio imprescindible para la ejecución.

Por ello, y a modo de conclusión, es que se tiene por comprobado -con la certeza exigida en este estadio del proceso- que Miguel Osvaldo Etchecolatz ha impartido órdenes verbales e ilegales para la realización del hecho investigado en la presente causa, como así también ha proporcionado a sus ejecutores directos los medios necesarios para cumplirlas, realizando de esa manera una cooperación necesaria sin la cual no habría podido cometerse el mismo (art. 45 del Código Penal).

De acuerdo entonces, a las constancias probatorias obrantes en la presente causa y aludidas precedentemente, considero que existen elementos de convicción suficientes para tener por acreditado que Miguel Osvaldo Etchecolatz es partícipe necesario en la comisión de los hechos descriptos.

IX.- La calificación legal.

1. Dado el contexto en el que se perpetró la violación sexual aquí investigada, es dable afirmar que -como tantas veces ya se ha señalado- que la misma integra el extenso conjunto de actos de violencia sexual cometidos en forma sistemática y generalizada en los centros clandestinos de detención de la última dictadura.

Tales actos -como se vio- estuvieron unidos indisolublemente al eje central que justificó la existencia de los centros clandestinos de detención, esto es, infligir castigo y sufrimiento al detenido, quebrarlo física, síquica, y moralmente a fin de obtener del mismo alguna información *operativamente* útil. Para ello se utilizaron un sin fin de prácticas y métodos que atentaron contra la integridad personal de las víctimas. Las agresiones sexuales fueron actos inescindibles de todo ello.

Es así que, el personal a cargo de los distintos centros se valió de todo tipo de violencia sexual, con la lógica común de producir castigo, moldear, quebrar, y obtener en su caso una información: desde la desnudez permanente ante los oficiales, los tocamientos, vejaciones sexuales de todo tipo como la introducción en el ano o en la vagina de objetos metálicos y la posterior aplicación de descarga eléctrica a través de los mismos; la aplicación de picana eléctrica en los senos, en los genitales; la perversa elección que se les daba los detenidos entre la picana o la violación, o bien, entre la libertad o mantener relaciones sexuales; las violaciones sexuales tanto de hombre como de mujeres.

En éste sentido, y de acuerdo a lo sostenido en puntos anteriores, el estado de humillación creado a partir de tales actos no fue un fin en si mismo. Puesto en el contexto del plan sistemático y generalizado dispuesto, es indudable que dichas prácticas estuvieron dirigidas tanto a producir el sufrimiento de los detenidos, como a obtener información o cierta declaración de las víctimas. Es por ello que el estado de humillación y la relación de sometimiento generada se erigieron en un medio de tal finalidad. Ergo, los actos de violencia sexual se constituyeron en una forma de tortura.

Tal como se consideró en oportunidad de interpretar el alcance de la violación sexual desde la perspectiva del derecho internacional, la circunstancia de que el delito esté inmerso en el contexto de un plan sistemático y generalizado de exterminio juega un papel trascendental respecto del examen de la tipicidad de los delitos de violencia sexual en general, y de la violación en particular.

En este sentido, la acción típica del delito de violación sexual es sensible a un abordaje desde el umbral común antes aludido, lo que permite, según los casos, interpretar que dicha acción se adecue a la figura de la tortura.

Así, queda suficientemente claro que cuando la violación sexual se produzca en el marco de un ataque sistemático y generalizado contra una población o grupo civil, y que el fin de ello sea lograr algún tipo de información o declaración de la víctima, o bien producirle sufrimientos físicos y síquicos, todo ello dentro del plan o sistema implementado, la calificación como tortura es la que corresponde.

Dicha conclusión tiene el respaldo de la jurisprudencia internacional en la materia, y en particular de la que emana del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en donde -como se vio- expresamente se estableció que la violación sexual constituía - en los casos allí investigados- una forma de tortura.

2. Por todas las razones expuestas, es que corresponde calificar la violación sexual sufrida por **P.G.D.O de DM.** durante su detención ilegal, en el delito de *aplicación de tormentos*, previsto en el artículo 144 tercero, párrafo primero, del Código Penal, resultando Miguel Osvaldo Etchecolatz responsable como partícipe necesario (art. 45, CP)

Ha quedado debidamente probado que el imputado resultó en la época de los hechos, ser funcionario público y toda vez que la conducta endilgada es una de las consideradas por la doctrina como "delicta propria", el elemento determinante de ello en este caso, es la calidad de funcionario público del sujeto activo lo que, reitero, se ha tenido por debidamente probado en autos.

Por otra parte, es pacífica la doctrina y también la jurisprudencia, al referirse en cuanto al delito de torturas, que difiere de los de severidades, vejaciones y apremios ilegales, en la intensidad y presencia de dolor físico y moral, de grados superlativos en las torturas.

No debe tenerse en cuenta para medir esa intensidad, la resistencia del sujeto pasivo - siempre privado de su libertad como en el caso - sino los métodos que utiliza el agente para infringir las lesiones o daños de que se traten, que en el hecho de marras significó el abuso sexual de que fue víctima P.D.O. y en las condiciones de intenso sufrimiento que rodearon al hecho, tal como fuera descrito en los párrafos anteriores.

3. Atento que el imputado de estas actuaciones fue procesado por el delito de aplicación de tormentos de P.G.D.O. en el marco de la causa N° 7 del registro de la Secretaría Especial del Juzgado a mi cargo, el cual fuera elevado a juicio, es que entiendo pertinente indagar acerca de la relación entre el hecho aquí investigado con aquellos.

Sabido es que el tipo básico del delito de tortura concentra la posibilidad de estar integrado por varios hechos individuales que realizan el mismo tipo, a saber, la aplicación sobre el cuerpo de picana eléctrica, golpes, simulacros de fusilamiento, amenazas de muerte, condiciones de detención inhumanas, entre otros.

Esta circunstancia origina un problema jurídico vinculado a la concurrencia de delitos, y en particular, a si los mismos deben ser considerados como una acción única, o bien, como varias acciones independientes.

Ello tiene una consecuencia fundamental con relación a la pena a aplicar. En el primer caso, estamos en presencia del denominado *delito continuado*, en el que dogmáticamente se unifican una serie de hechos que cumplen con los presupuestos de hechos punibles individuales, y se sanciona en su caso, con una pena como un solo hecho (Conf. Bacigalupo, Enrique, *Principios de Derecho Penal -parte general-*, ed. Akal, Madrid .España, 1998; ps. 430/431).

En el segundo caso, se configura la existencia del denominado *concurso real*, en el cual la pluralidad de hechos es considerada violatoria de una pluralidad de lesiones a la ley penal, rigiendo el principio acumulativo en la aplicación de la pena.

En el caso de la tortura, la misma figura reserva, en principio, la posibilidad de estar integrada por varios hechos que se adecuan a la misma, considerándose como una única acción, es decir, como un delito continuado.

Ahora bien, cabe el interrogante acerca de si la equiparación del delito de violación sexual a la tortura, equivale a disolver la acción típica de aquel en los hechos constitutivos de ésta.

Para resolver ello, deberá estarse al examen de uno de los requisitos objetivos que tiene el delito continuado, cual es el de que los hechos individuales hayan lesionado el mismo bien jurídico.

En este sentido, puede advertirse que si bien tanto los hechos individuales constitutivos de tortura y los actos de violencia sexual guardan una identidad en el bien jurídico lesionado en general, puede advertirse asimismo en los delitos de violencia sexual una diferencia de relevancia en particular.

Así, mientras que ambos hechos lesionan la integridad física y síquica de las víctimas, en el caso de la violencia sexual encuentro un aspecto que la sustantiviza

de una manera que impone su consideración como un hecho independiente, no obstante estar adecuado a la misma figura. Así, la violación sexual además de los padecimientos físicos y psicológicos que indudablemente causan en la víctima, invade una zona de reserva constituida por la *honestidad* de cada una de las víctimas -su dignidad-, transformando ese estado natural en un estado de permanente y continua *humillación*.

Al estar engarzado en un plan sistemático de represión y exterminio esa acción se transforma en un medio de dicho plan, siendo susceptible su consideración como una forma de tortura y, de acuerdo a lo expuesto, como un hecho independiente.

Por ello, considero que la violación sexual como tortura aquí establecida concurre materialmente con los otros actos de tormentos sufrido por la víctima.

X.- COLOFÓN.

Sentado ello, y como surge de todo lo desarrollado hasta aquí, considero que existen en autos sobrados elementos probatorios que generan en mí, la convicción necesaria para considerar que Miguel Osvaldo Etcheolatz es partícipe necesario en la comisión del delito antes mencionado y calificado legalmente "prima facie", por lo que corresponde decretar el procesamiento del nombrado, ordenando el embargo de sus bienes hasta la suma de cien mil pesos, para garantizar la pena pecuniaria, la indemnización civil y las costas del proceso, conforme lo dispuesto en los artículos 306, 518 y concordantes del C.P.P.N..

Corresponde también, en virtud de la magnitud de la pena en expectativa del delito endilgado a Etcheolatz, el dictado de prisión preventiva a su respecto, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 312 y concordantes del mismo código ritual, toda vez que conforme a esa circunstancia, es de prever la existencia del peligro de fuga por parte del imputado en caso de no ser sometido a este tipo de medida de coerción personal.

Por todo lo expuesto es que seguidamente

RESUELVO:

I) DECRETAR EL PROCESAMIENTO de Miguel Osvaldo Etcheolatz, casado, ex numerario de Policía de la Provincia de Buenos Aires, de nacionalidad argentina, nacido en Azul el día 1° de mayo de 1929, actualmente cumpliendo detención domiciliaria en la calle Boulevard de Nuevo Bosque entre Guaraníes y Tobas, Bosque de Peralta Ramos, ciudad de Mar del Plata, provincia de Buenos Aires, con C.I. N° 5.835.002 hijo de Manuel y de Martina Santillán, y DISPONER SU PRISIÓN PREVENTIVA por considerarlo "prima facie" partícipe necesario del delito de aplicación de tormentos en función de la violación sexual de P.G.D.O.,

previsto y reprimido en el artículo 144 tercero del Código Penal (Arts. 306, 312 y conc. del C.P.P.N.).

II) ORDENAR EL EMBARGO de los bienes del mismo Miguel Osvaldo Etchecolatz hasta cubrir la suma de pesos cien mil(\$100.000), haciéndole saber que en caso de carecer de bienes o de resultar insuficiente los que se embargarán, se decretará su inhabilitación general (Arts. 518 y conc. del C.P.P.).

III) Regístrese, notifíquese y cúmplase. Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 3 de La Plata. Firmado: Dr. Arnaldo Hugo Corazza. Juez Federal. Ante mí : Juan Martín Nogueira. Secretario Federal