

En *Revista debates feministas sobre el sistema de justicia*. Buenos Aires (Argentina): Fabián J. Di Placido.

Del silenciamiento a la confirmación de las condenas: la importancia del fallo ‘Martel’”.

Daiana Fusca.

Cita:

Daiana Fusca (2024). *Del silenciamiento a la confirmación de las condenas: la importancia del fallo ‘Martel’”*. En *Revista debates feministas sobre el sistema de justicia*. Buenos Aires (Argentina): Fabián J. Di Placido.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/daiana.fusca/18>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/p7Z6/mFh>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. *Acta Académica* fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

Las opiniones vertidas en artículos, notas o comentarios firmados, son exclusiva responsabilidad de las autoras y los autores.

Debates feministas sobre el sistema de justicia / Analía V. Ploskenos ... [et al.] ;
 Compilación de Agustina Rodríguez ; Dirigido por Mariela Labozzetta. - 1a
 edición especial - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Fabián J. Di Plácido
 Editor, 2024.

330 p. ; 23 x 16 cm. - (Debates feministas sobre el sistema de justicia / 3)

ISBN 978-631-6539-37-3

1. Feminismo. 2. Derecho Penal. I. Ploskenos, Analía V. II. Rodríguez, Agustina,
 comp. III. Labozzetta, Mariela, dir.

CDD 305.4201



© Copyright by

FABIÁN J. DI PLÁCIDO Editor

Cardoso 212 - Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1407) República Argentina

+54 91123010521

Fabian Di Placido Editor

@fabianiaplacidoeditor

www.fabiandiaplacido.com.ar

fabiandiaplacido@fibertel.com.ar

Hecho el depósito de ley 11.723

Prohibida la reproducción parcial o total
 Derechos reservados

Impreso en Argentina / Printed in Argentina

Este libro se terminó de imprimir en

Prosa Editores, Amerian SRL

Uruguay 1371, Buenos Aires, Argentina

en el mes de julio de 2024.

ÍNDICE

Presentación, por AGUSTINA RODRÍGUEZ y MARIELA LABOZZETTA 13

Las soluciones amistosas ante el sistema internacional de derechos humanos: una vía para la reparación integral

GABRIELA KLETZEL

1. Palabras preliminares	15
2. Sobre el mecanismo de solución amistosa	17
3. Algunas lecciones sobre la herramienta	21
a) Condiciones mínimas	21
i. Agenda y tiempos claros	22
ii. Autoridad suficiente y seguimiento	25
4. Los acuerdos de solución amistosa o de cumplimiento de recomendaciones en casos relativos a los derechos de las mujeres y las diversidades	26
a) Por la reparación integral a víctimas de violencia por motivo de género	27
i. El caso de Olga del Rosario Díaz	27
ii. El caso de Ivana, Abril y Mayka Rosales	32
b) Por una justicia penal con perspectiva de género	35
c) Por la garantía de la debida diligencia reforzada frente a crímenes contra el colectivo LGBTI+	38
5. A modo de colofón	42

Del silenciamiento a la confirmación de las condenas: la importancia del fallo "Martel"

DAIANA FUSCA

1. Introducción	45
2. Obstáculos en la investigación y el juzgamiento de las vio- lencias sexuales como crímenes de lesa humanidad	47

DEL SILENCIAMIENTO A LA CONFIRMACIÓN DE LAS CONDENAS: LA IMPORTANCIA DEL FALLO "MARTEL"

Por DAIANA FUSCA¹

1. Introducción

El fallo "Martel"² es el primero en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se avocó al tratamiento de casos sobre violencias sexuales que constituyen crímenes de lesa humanidad³.

¹ Abogada feminista egresada de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctoranda en Derecho (UBA). Magister en Derechos Humanos por la Universidad Nacional de Lanús (UNLa). Especialista en Magistratura con mención en Derecho Penal por la Universidad Nacional de La Matanza (UNLaM). Diplomada en Derechos Humanos y Mujeres por la Universidad de Chile. Integrante del grupo de investigación Doctrina Penal Feminista (UBA). Ex-querellante en juicios por crímenes contra la humanidad. Funcionaria de la Unidad Fiscal Especializada en Violencias contra las Mujeres de la Procuración General de la Nación. Contacto: daiana-fusca@gmail.com.

² El nombre remite a uno de los imputados: Osvaldo Benito Martel.

³ CSJN, Fallos, 345:298, rta. 17/5/2022.

Para la fecha en que se dictó el fallo "Martel", ya había condenas por delitos sexuales como crímenes de lesa humanidad que habían adquirido firmeza, pero se trata de casos en que los recursos ante la CSJN habían sido

Es dable señalar que era un fallo muy esperado, y durante mucho tiempo, por las personas afectadas por estos delitos y por quienes trabajamos en estos casos. Se constataba un problema de acceso a la justicia en condiciones de igualdad, en vista de que las condenas por violencias sexuales como crímenes de lesa humanidad podían ser confirmadas o revocadas dependiendo de cómo quedaba integrada la sala de casación que las revisaría. Esto, pues, algunos⁴ jueces de la Cámara Federal de Casación Penal (CFCP) sostienen o sostenían la postura de la revocación de las condenas por delitos sexuales, en el entendimiento de que estos delitos serían de los denominados como “de propia mano” y, por lo tanto, que solo podían ser perpetrados por el autor directo⁵. Esta interpretación es contraria a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado y a la jurisprudencia internacional del sistema interamericano y universal, como bien señala la Corte.

Civil y Comercial de la Nación) o no había sido materia de agravio este tema. Así, estaban firmes las condenas de las sentencias conocidas como “Sambuelli” (Salta, CFCP, Sala 2, causa FRO 88000021/2010/T01/CFCL, caratulada “Sambuelli, Danilo Alberto y otros s/recurso de casación”, rta. 6/4/2016), y “Musa Azar 1” (Santiago del Estero, CFCP, Sala 4, Causa FTU 830960/2011/12/CFCL, caratulada “Azar, Musa y otros s/recurso de casación”, Registro N° 1175/15, rta. 22/6/2015). Otras condenas no adquirieron firmeza por el fallecimiento de los imputados en forma previa al tratamiento de los recursos. V.gr., El caso “Molina” (Mar del Plata, pcia. de Buenos Aires, CFCP, Sala 4, causa 12.821, caratulada “Molina, Gregorio Rafael s/recurso de casación”, registro N° 162/12, rta. 17/2/2012).

⁴ En función del marco teórico, se utilizarán distintas formas de lenguaje inclusivo como un recurso retórico, con el objetivo político de visibilizar la discriminación por razones de género y la exclusión que determina. Ver KALINOWSKI, Santiago, y SARLO, Beatriz, *La lengua en disputa*, Ediciones Godot, Buenos Aires, 2019, p. 38.

⁵ Esta postura era sostenida por la jueza Liliana CATUCCI (jubilada) y los jueces Juan Carlos GEMIGNANI (a partir de 2016 cambió el criterio —como en el caso “CCD La Perla” de San Martín, pcia. de Buenos Aires—

En el fallo que nos ocupa, la Corte anula la sentencia de la CFCP en este punto, aplica relevantes estándares constitucionales y convencionales en materia de violencias de género, y pone un límite a la impunidad y a la afectación de derechos de las víctimas.

En lo sucesivo, analizaremos brevemente los obstáculos que se presentaron en la investigación y el juzgamiento de las violencias sexuales como crímenes contra la humanidad. Luego, haremos referencia a los hechos del caso “Martel” y a su judicialización. Seguidamente, señalaremos los principales puntos del fallo de referencia.

2. Obstáculos en la investigación y el juzgamiento de las violencias sexuales como crímenes de lesa humanidad

Como dijera en trabajos anteriores⁶, en los inicios del proceso conocido como de Memoria, Verdad y Justicia, en la década de 1980, no se analizaron los impactos diferenciales de las prácticas represivas contra las mujeres —cis⁷, heterosexuales y endosex⁸—, y contra personas con otras identidades de género

⁶ FUSCA, Daiana, *Justicia y género: violencias sexuales como crímenes de lesa humanidad* (Tesis de Maestría), Universidad Nacional de Lanús (UNLa), 2021; “Violencias sexuales como crímenes de lesa humanidad. Obstáculos y estrategias en la investigación y juzgamiento en Argentina”. En: Yásmín AHUAD (et al.), compilado por FRAGA UTGES, Victoria, y Santangelo, Gisela, *Violencias sexuales, género y sistema penal. Miradas actuales sobre problemas estructurales*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2021, pp. 139-162.

⁷ “Cis” es un prefijo latino que significa “de este lado” y es la contraparte lógica del término “trans”. Por lo tanto, las personas cis son aquellas que no son trans. Las personas trans son aquellas que viven y se identifican con una identidad de género distinta a la que les fue asignada (RADI, Blas, “Notas (al pie) sobre cismatividad y feminismo”. En: *Ideas. Revista de filosofía moderna y contemporánea*, 11, 2020, p. 24).

⁸ “Endosex” son aquellas personas que no son “intersex”. Los términos “cis” y “endosex” fueron desarrollados por las comunidades trans

y orientaciones sexuales diversas o no normativas (LGBTI+)⁹. Consecuentemente, fueron invisibilizadas las vivencias específicas de estos grupos y los delitos asociados a su victimización, como los crímenes de violencias sexuales.

Pues, a pesar de que hay registros de numerosos testimonios que relatan violencias sexuales, brindados, por ejemplo, en la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP)¹⁰, o en el marco de la conocida como causa

e intersex “para balancear el campo simbólico” (RADI, Blas, y PAGANI, Constanza, “¿Qué perspectiva? ¿Cuál género? De la educación sexual integral al estrés de minorías”. En: *Praxis educativa*, Vol. 25, N° 1, enero-abril 2021, pp. 4 y 10). Las personas trans son aquellas que viven y se identifican con una identidad de género distinta a la que les fue asignada (RADI, ibid., p. 24).

⁹ El varón gay u homosexual resulta ser el sujeto hegemónico de la categoría nativa de la época “homosexual” con la que se nombraba a todas las identidades LGBTI+ en los '70. No obstante, en este trabajo se van a utilizar las expresiones “personas LGBTI+” y “disidencias”, como se utilizan en la actualidad, de manera indistinta para hacer referencia a aquellas personas con orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género diversas o no normativas, o cuyos cuerpos varían del estándar corporal femenino y masculino normativo, y que quedan excluidos del binarismo varón/mujer —cis, endosex y heterosexual— (ver CIDH, “Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América”, OAS/Ser.L/V/II.Rev.2 Doc. 36, 12/11/2015).

Intersex se refiere a las personas que “nacen con características sexuales (incluyendo genitales, anatomía reproductiva, gónadas y/o cromosomas) que no encajan en la noción típica binaria de cuerpos masculinos y femeninos. Es un término paraguas que se usa para describir un amplio abanico de variaciones corporales” (En: PLATERO, R. Lucas; ROSÓN, María, ORTEGA, Ester (eds.), *Barbarismos queer y otras esdrújulas*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2017, p. 272).

No binaries se refiere a las personas cuya identidad de género difiere de la concepción dicotómica varón/mujer. También es un término paraguas que se usa para hacer referencia a diversas identidades de género.

¹⁰ Con el retorno a la democracia, el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) a cargo de Raúl ALFONSÍN, por decreto-ley 187 del 15/12/1983, creó una comisión de la verdad: la CONADEP, que en un plazo de nueve meses entregó aproximadamente a 1500 sobrevivientes y probó la exis-

13¹¹, estas violencias no se relevaron de manera diferenciada, siendo tratadas como parte integrante de las torturas infrin- gidas.

Recién con la reapertura de las investigaciones judiciales, las denuncias de delitos de violencias sexuales perpetrados

tencia de 340 centros clandestinos de detención. En septiembre de 1984 entregó su informe, denominado “Nunca más” (FILIPPINI, Leonardo, “La persecución penal en la búsqueda de justicia”. En: Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), *Hacer Justicia: nuevos debates sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad en Argentina*, Siglo Veintiuno Ediciones, Buenos Aires, 2011, pp. 22-23; LARRANDART, Lucila, *Memoria, verdad y justicia. Estrategias jurídicas frente a la negación del derecho*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, pp. 71-8).

¹¹ El Juicio a las Juntas de 1985, o causa 13, fue un proceso penal llevado a cabo por la Cámara de Apelaciones Criminal Federal de la Capital Federal que en ocho meses juzgó a los nueve miembros de las primeras tres juntas militares (fueron cinco condenados y cuatro absueltos), por 711 casos de privaciones ilegales de la libertad, tormentos, robos y homicidios. Respecto a la comisión de violencia sexual y de género, la Cámara Federal relevó algunos testimonios en el Capítulo VIII del Considerando Segundo, al valorar la comisión de los delitos de tormentos (DUFFY, María Virginia, “El infierno de las anónimas: un compromiso pendiente para la justicia argentina. Análisis crítico de algunos factores que condicionan la investigación y juzgamiento de la violencia de género perpetrada durante la vigencia del terrorismo de Estado en Argentina”. En: SONDERGUEER, María (ed.), *Género y poder. Violencias de género en contextos de represión política y conflictos armados*, Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, 2012, p. 226). Además, la Cámara advirtió que “El fiscal afirmó que las órdenes impartidas prescribieron la realización de secuestros, la aplicación de tormentos, y la eliminación física de una vasta cantidad de personas (...). Asimismo, tales órdenes importaron la aceptación de que en el ámbito operativo en que debían ejecutarse habían de cometerse otros delitos como robo, abortos, violaciones, y supresión del estado civil de menores”. Así, el fallo de la Cámara dejó abierta la posibilidad de iniciar nuevas investigaciones penales por delitos que no integraron la acusación (CORREA, Ana, “Un Nunca Más para la violencia sexual”, en: *Le Monde diplomatique*, Edición Cono Sur, octubre 2022), aunque no agregaron tal calificación legal en la sentencia de la causa 13, en razón del principio *iuria novit curia* (“el tribunal conoce el derecho”), por el cual sería posible cambiar la calificación legal mientras no se alteran los hechos objeto del proceso.

durante la represión estatal comenzaron a tener un tratamiento particular en algunas investigaciones judiciales de diferentes regiones del país.

Esto, pues el proceso de Memoria, Verdad y Justicia tuvo dos ciclos o etapas de persecución penal de crímenes de lesa humanidad cometidos durante el terrorismo de Estado. La primera etapa comenzó recién pasada la última dictadura, a partir de diciembre de 1983, y culminó con las leyes de Punto final y Obediencia debida¹² y los decretos de indulto¹³. Y, si bien

¹² En 1986 se dictó la ley de Punto Final 23.492, y en 1987 la ley de Obediencia Debida 23.521. Esta última establecía en su artículo 2° que “La presunción establecida en el artículo anterior no será aplicable respecto de los delitos de violación, [...]”.

La ley de Punto Final establecía que solamente sería procedente el enjuiciamiento de represores que hubieran sido convocados a prestar declaración indagatoria en el muy corto plazo de dos meses luego de promulgada esta ley, lo que instituía una prescripción anticipada y privilegiada (ver LARRANDART, *ibid.*, p. 97). Texto de la ley disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21746/norma.htm> (última consulta: 20/5/2024).

En 1987 el jurista especialista en derecho penal SANCINETTI afirmaba que esta ley equivalía a una amnistía que se contraponía al art. 29 de la CN, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (vigente desde 1956), la Convención sobre los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad (1968), y la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de los Abusos de Poder (1985) (citado en LARRANDART, *ibid.*, pp. 100-101).

Por su parte, la ley de Obediencia Debida establecía en su art. 1 una presunción de que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaran como subordinados, no tuvieran capacidad decisoria o no hubieran participado en la elaboración de las órdenes, no son punibles por los delitos en virtud de obediencia debida. “En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad”. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21746/norma.htm>.

¹³ FILIPPINI, Leonardo, “La persecución penal...”, cit., p. 20. El PEN, Carlos Saúl Menem, dictó decretos de indulto a aquellas per-

técnicamente la posibilidad de juzgamiento de las violencias sexuales siguió vigente durante el período de impunidad, ello no implicó su visibilidad. En este período, se desarrollaron los conocidos como Juicios de la Verdad¹⁴, en cuyo marco se continuaron relatando crímenes sexuales, pero no se avanzó en su juzgamiento.

La segunda etapa, y actual, se consolidó con la declaración de nulidad de las leyes de impunidad, ya citadas, entre 2001 y 2005¹⁵. En este período comenzaron a investigarse y juzgarse los delitos sexuales en forma diferenciada. La primera condena por violaciones sexuales se dictó en 2010, en Mar del Plata, en la conocida como causa “Molina”¹⁶, en alusión al perpetrador.

sonas que habían sido condenadas en 1989 y 1990 (FILIPPINI, *ibid.*, pp. 23/24; LARRANDART, *ibid.*, pp. 95 y ss.).

¹⁴ Se trata de procedimientos judiciales destinados a obtener y producir información sobre el destino de las víctimas ante los tribunales penales, aunque sin la posibilidad de imponer sanciones.

¹⁵ FILIPPINI, Leonardo, “La persecución penal...”, cit., p. 20. El 6 marzo de 2001 se dictó la primera resolución en la que se declaró la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida por un juez de primera instancia, en la causa conocida como “Simón”, en alusión al nombre del perpetrador Julio Simón, a quien se acusaba por la desaparición forzada de José Poblete, Gertrudis Hlaczik y la apropiación de la pequeña hija de ambos, Victoria Poblete, en el marco del centro clandestino “Atlético-Banco-Olimpo”. A instancias de un proyecto presentado por el PEN, en cabeza de Néstor KIRCHNER, en 2003 el Congreso de la Nación declaró la nulidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida (por ley 25.779). Esta decisión provocó un efecto de reapertura de las investigaciones penales por crímenes contra la humanidad perpetrados durante el terrorismo de Estado y determinó una nueva etapa en el proceso de MVJ en la Argentina. En 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) dictó sentencia en la causa “Simón” (CSJN, Fallos, 328:2056) donde confirmó la validez de la ley 25.779 (nulidad) y declaró la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 (de Punto Final y Obediencia Debida).

¹⁶ Tribunal Oral en lo Criminal Federal (TOCF) de Mar del Plata, caso “Molina”, causa 2086 y su acumulada 2277, 16/6/2010. Confirmada por la CFCEP, Sala IV, autos 12.821. 17/2/2012.

Recién a partir de 2012 se dictaron numerosas condenas por violencias sexuales en diferentes regiones del país. Si bien hubo importantes avances, como veremos, son numerosos los obstáculos que persisten.

a) Injusticias epistémicas y discriminación estructural

Sostenemos que esta invisibilización y el silenciamiento de las violencias sexuales y de género como crímenes de lesa humanidad se deriva de la discriminación de género que se tradujo en una injusticia epistémica discriminatoria, tanto testimonial como hermenéutica¹⁷. De esta forma, al ser asociadas a una victimización femenina, las violencias sexuales fueron, y en muchos casos continúan siendo, infravaloradas.

En efecto, en estos casos también vemos como la realidad masculina —de los varones cis, heterosexuales y endosex—, que son los sujetos hegemónicos, se convierte “en principio de los derechos humanos o al menos en principio de su práctica”¹⁸, lo que configura androcentrismo¹⁹. De esta forma, los delitos que se investigaron en un principio son los que se asociaban a la victimización de los varones —cis, heterosexuales y endosex—. Así, se privilegiaban sus experiencias al tiempo que se excluían otras.

Debido a esto, en la investigación y el juzgamiento de las violencias sexuales se verifican numerosos obstáculos produc-

¹⁷ Sobre el concepto de injusticia epistémica ver: FRICKER, Miranda, *Injusticia epistémica: El poder y la ética del conocimiento*, traducción de Ricardo GARCÍA PÉREZ, Herder, Barcelona, 2007; FRICKER, Miranda, “Conceptos de injusticia epistémica en evolución”. En *Las Torres de Lucca. Revista internacional de filosofía política*, 10(19), 2021, pp. 97-103.

¹⁸ MACKINNON, Catharine A., “Crímenes de guerra, crímenes de oaz”. En: RAWLLS, John; RORTY, Richard, y HELLER, Agnes, *De los Derechos Humanos*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 96-97.

¹⁹ Visión del mundo y de las relaciones sociales centrada en el punto de vista masculino.

to de las resistencias diversas que genera la temática, en tanto controvierte presupuestos del orden de género imperante.

Resulta de utilidad el concepto de injusticia epistémica, desarrollado por la Dra. en Filosofía inglesa Miranda FRICKER, a efectos de dar cuenta de cómo operan las discriminaciones de género, sus orígenes e implicancias.

Así, pues, la injusticia epistémica consiste en causar un mal a alguien en su condición específica de sujeto de conocimiento. Esta se deriva de unas estructuras de poder desiguales y los prejuicios sistémicos que generan²⁰.

Según FRICKER²¹, este tipo de injusticia se presenta de dos formas. Por un lado, la *injusticia testimonial*, que se produce cuando los prejuicios llevan a un oyente a otorgar a las palabras de un hablante un grado de credibilidad disminuido; en estos casos, se trata de un déficit de credibilidad prejuicioso identitario²².

Y, por otro, la *injusticia hermenéutica*, que se produce en una fase anterior: “cuando una brecha en los recursos de interpretación colectivos sitúa a alguien en una desventaja injusta en lo relativo a la comprensión de sus experiencias sociales”²³, particularmente sus experiencias de opresión²⁴. En este tipo de injusticia opera un prejuicio identitario estructural en los recursos hermenéuticos colectivos²⁵. En efecto, se produce por “la falta de categorías adecuadas para dar sentido a las experiencias de las comunidades no hegemónicas, debido a su

²⁰ FRICKER, Miranda, *Injusticia epistémica...*, cit., p. 27.

²¹ Otros autores entienden que hay más formas de injusticias epistémicas. Así, José MEDINA desarrolla el concepto de injusticia epistémica agencial. Ver MEDINA, José, “Injusticia epistémica agencial y resistencia epistémica colectiva en el sistema de justicia penal”, *Epistemología social*, 35:2, pp. 185-196, 2021.

²² FRICKER, Miranda, *Injusticia epistémica...*, cit., p. 17.

²³ *Ibidem*, p. 18.

²⁴ PÉREZ, Moira, “Violencia epistémica: reflexiones entre lo invisible y lo ignorable”. En: *El lugar sin límites*, 1 (1), 2019, pp. 81-98.

²⁵ FRICKER, Miranda, *Injusticia epistémica...*, cit., p. 250.

marginación hermenéutica, esto es, a su exclusión de los procesos y espacios de producción de sentidos sociales sobre distintos fenómenos”²⁶. Esto sucede por diversas razones: ya sea por la inexistencia de categorías; por un rechazo directo de las nociones que desarrollan las comunidades o colectivos; por una falta de voluntad para comprenderlas o incorporarlas; o por la ilusión de que estos grupos pueden interpretar su propia realidad de manera satisfactoria a partir de las categorías ofrecidas por los grupos que les marginan²⁷.

FRICKER señala que:

“El origen de la injusticia hermenéutica se encuentra en los trasfondos desiguales de oportunidades hermenéuticas, de forma más concreta en algunos tipos de discriminaciones hermenéuticas que se vinculan a algunas dimensiones del espacio social. Esto es, algunos hablantes están situados en un contexto injusto y de desventaja, tanto para comprender, como para lograr que otras personas entiendan esta misma experiencia de desventaja (lo que no deja de ser otra forma de discriminación indirecta)”²⁸.

En el marco de los juicios por crímenes de lesa humanidad, la injusticia testimonial se verifica cuando los operadores del sistema de justicia no les creen a las mujeres o personas LGTBI+ por prejuicios de género.

²⁶ PÉREZ, Moira, “Violencia epistémica...”, cit., p. 90.

El feminismo desde hace mucho tiempo advierte la forma en que las relaciones de poder constriñen la capacidad de las mujeres para comprender su propia experiencia (FRICKER, Miranda, *Injusticia epistémica...*, cit., p. 237). FOUCAULT y otros afirman que las formaciones de la identidad y las experiencias pueden verse afectadas por los conceptos existentes y que delimitan el ámbito de lo inteligible (ALCOFF, L. M., *Violación y resistencia. Como comprender las complejidades de la violación sexual*, Buenos Aires: Prometeo Libros, 2018, p. 15).

²⁷ PÉREZ, Moira, “Violencia epistémica...”, cit., p. 90.

²⁸ FRICKER, Miranda, “Conceptos de injusticia epistémica...”, cit.,

En estos casos opera, además, el estereotipo de la violación real²⁹, que se forma por creencias socialmente compartidas acerca de la clase de varones que cometen violación, el tipo de mujeres que son víctimas “creíbles” y la forma “genuina” en que una víctima de violación se comporta antes, durante y después de la violación³⁰. De esta forma, este estereotipo de la “violación real” no solo es descriptivo especificando las características de una violación “típica”, sino que es prescriptivo en el sentido de que con demasiada frecuencia establece los criterios que un caso debe cumplir para ser considerado violación. Así, los casos que no cumplen con una o más de las características definitorias especificadas en el

²⁹ El estereotipo de la “violación real” supone el ataque de un extraño a una víctima desprevenida en un lugar al aire libre, lo que implica el uso o la amenaza de la fuerza por parte del agresor y la resistencia física activa de la víctima. Se trata de un estereotipo prejuicioso, que representa una generalización que es contraria a la evidencia fáctica disponible y que no se condice con la realidad de las víctimas. Ver ESTRICH, Susan, *Real rape*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1988; ESTRICH, Susan, “Violación”. En: DI CORLETO, Julieta (comp.), *Justicia, género y violencia*, Librería, Buenos Aires, 2010; HERCOVICH, Inés, *El enigma de la violación sexual*, Biblos, Buenos Aires, 1997; TEMKIN, Jennifer, y KRAHÉ, Barbara, *Sexual assault and the justice gap: A question of attitude*, Hart, Oxford, 2008.

Susan ESTRICH, con su trabajo titulado “Violación real” (1988), marcó un hito a fines de la década de 1980 al demostrar que, a pesar de que la violación está penalizada, las ideas de los jueces, fiscales y abogados sobre lo que constituye una violación, sobre cómo se prueba una violación y sobre las actitudes “correctas” de las mujeres, llevan a la despenalización de hecho de aquellas agresiones sexuales que se alejan del estereotipo de la “violación real” (JARAMILLO, Isabel C., “La crítica feminista al derecho. Estudio preliminar”. En WEST, Robin, *Género y teoría del derecho*, Siglo de Hombres Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Bogotá, 2000, p. 122).

³⁰ Ver ESTRICH, Susan, *Real rape*, cit.; HERCOVICH, Inés, *El enigma de la violación sexual*, cit.; TEMKIN, Jennifer, y KRAHÉ, Barbara, *Sexual assault...*, cit.

estereotipo tienen menos posibilidades de ser aceptadas como violaciones "genuinas"³¹.

Como consecuencia de esto, en el caso de las violencias sexuales se verifica, además, una injusticia testimonial anticipada, que se da cuando la credibilidad de una persona sobre un tema determinado "sufre ya un déficit tan prejuicioso que no se solicita nunca su testimonio potencial; de manera que el prejuicio identitario que merma de antemano su credibilidad acalla al hablante"³². Lo que explica por qué las mujeres afectadas por estos delitos comenzaron a declarar sobre las agresiones sexuales en mayor medida en los últimos años, cuando operaron cambios en el contexto y en las condiciones sociales sobre la apreciación de las violencias sexuales, las violencias contra las mujeres y de género. Pues, la falta de investigación y las consecuencias de los prejuicios que determinaban el descreimiento y la culpabilización de las víctimas incidía en que muchas callaran las agresiones sexuales sufridas³³.

Asimismo, respecto de las personas afectadas por crímenes sexuales, se constata que se produce una cosificación epistémica cuando la injusticia testimonial sistemática priva injustamente a una persona de un determinado tipo de respeto fundamental, que lo degrada de informante a fuente de información. Así, la persona es degradada de sujeto a objeto,

³¹ TEMKIN, Jennifer, y KRAHÉ, Barbara, *Sexual assault...*, cit., pp. 31/32.

³² FRICKER, Miranda, *Injusticia epistémica...*, cit., p. 213.

³³ Sobre la culpabilización de las mujeres víctimas de violencias sexuales durante el terrorismo de Estado, ver: LONGONI, Ana, *Traiciones: La figura del traidor en los relatos acerca de los sobrevivientes de la represión*, Norma, Buenos Aires, 2007. A las mujeres víctimas de violencias sexuales durante el terrorismo de Estado se le adicionaba la acusación estigmatizante que representaba ser señalada como una puta o traidora por haber sido objeto de actos sexuales con los represores. De hecho, el foco estaba puesto en lo que la víctima "hizo", acusándola de traición e invisibilizando las estructuras de dominación desplegadas en los centros clandestinos de detención. LONGONI, ibid., 2007, pp. 137 y ss.

relegada del papel de agente epistémico activo y confinada al papel de estado de cosas pasivo a partir del cual se podría obtener conocimiento³⁴. Esto se verifica, por ejemplo, cuando se ordenan peritajes médicos o psicológicos para constatar lesiones físicas o secuelas, para acreditar las agresiones sexuales en forma rutinaria sin fundamentos que se deriven del caso concreto. Por ejemplo, en las causas "ESMA"³⁵ y "Metán"³⁶ se ordenaron estos peritajes; y, en ambos casos, fue el Cuerpo Médico Forense (CMF) de la CSJN el que expresó que frente a estos supuestos de victimizaciones complejas no correspondía realizar el peritaje y debía recurrirse a las historias clínicas, a profesionales de la salud, psicólogos/as, psiquiatras que hubieren intervenido, en su caso, y al testimonio de las víctimas.

Por otro lado, un ejemplo de injusticia hermenéutica se verifica cuando una persona es afectada por violencias de género en una cultura que todavía carece de ese concepto analítico; por ejemplo, un femicidio, transfemicidio o travesticidio en las décadas del '70/'80. También se produce cuando se pretenden utilizar categorías que no son adecuadas para interpretar las realidades de los grupos no hegemónicos; como en el caso de la invisibilización de las violencias sexuales y su interpretación solo como tortura, sin dar cuenta de las particularidades que presenta como experiencia social diferenciada.

También la injusticia hermenéutica se presenta en forma clara respecto del tratamiento de las experiencias de las diversidades sobrevivientes de la represión durante el terrorismo de Estado³⁷. En el caso de las mujeres trans, tal es la discrimi-

³⁴ FRICKER, Miranda, *Injusticia epistémica...*, cit., pp. 216/217.

³⁵ TOCF N° 5 de CABA, causa 2128.

³⁶ TOCF de Salta, causas 3799/12, 3802/12, 3852/12 y 3921/13.

³⁷ Se utilizará el concepto de Estado terrorista o terrorismo de Estado, que fue producto de una experiencia social y política colectiva y ha sido reaceptado por el movimiento de Derechos Humanos. Para el antropólogo Santiago GARAÑO no solo se trata de una categoría nativa sino también

nación estructural y la marginación social a la que estuvieron expuestas, que ni siquiera se daban las condiciones para que efectúen las denuncias por los crímenes padecidos, por el riesgo de una nueva criminalización, por la falta de capital social, cultural y político³⁸, y la consecuente imposibilidad de acceso a la justicia, incluso cuando ya la última dictadura militar había concluido. Debido a esta discriminación estructural, no fue inteligible el carácter político de la represión a la que fueron sometidos³⁹.

De igual modo, constituyen injusticias hermenéuticas el no haber sido inteligibles, por un lado, el carácter político de la persecución de trabajadoras sexuales/mujeres en situación de prostitución durante el Terrorismo de Estado⁴⁰; y, por otro, la posibilidad de que ciertas torturas infringidas a varones cis endosex constituyan, a su vez, violencias sexuales⁴¹.

de una potente "categoría política local" que "tiene una capacidad de descripción tal que se ha convertido en una categoría interpretativa que halla su especificidad inmediata en la descripción de la modalidad represiva que se ejerció durante los años de la última dictadura". GARAÑO, Santiago, "Notas sobre el concepto de Estado terrorista". En *Question/Cuestión*, 1(61), e122, 2019, p. 7). También ver DUHALDE, Eduardo L., *El Estado terrorista argentino*, EUDEBA, Buenos Aires, 1999.

³⁸ Ver: BOURDIEU, Pierre, *Las estrategias de la reproducción social*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011.

³⁹ FUSCA, Daiana, *Justicia y género...*, cit., p. 101.

⁴⁰ Sobre la persecución a trabajadoras sexuales o mujeres en situación de prostitución ver: RODRÍGUEZ AGÜERO, Laura, "Mujeres en situación de prostitución como blanco del accionar represivo: el caso del comando moralizador Pío XII, Mendoza, 1974-1976". En: ANDÚJAR, Andrea y otras (comp.), *De militancia, minifaldas y revoluciones. Exploraciones sobre los 70 en Argentina*. Colección *Un cuento propio*, dirigida por Andrea ANDÚJAR y Valeria PITA, Ediciones Luxemburg, Buenos Aires, 2009, pp. 124/125.

⁴¹ Si bien la mayoría de las violencias sexuales las cometen agresores masculinos contra víctimas femeninas, esto de ninguna manera niega la realidad y los efectos traumáticos de la victimización sexual de los varones por otros varones o por mujeres o incluso el funcionamiento de los estereotipos al juzgar la violencia sexual contra varones (TEMKIN, Jennifer

Ahora bien, de la aplicación de estereotipos prejuiciosos y mitos en la percepción de las violencias sexuales y de las injusticias epistémicas resultantes, se derivaron numerosos obstáculos en su investigación y juzgamiento. Sucintamente podemos señalar, como relevantes, a aquellas interpretaciones que coartan o restringen los alcances de los delitos sexuales y que, en forma directa o tácita, implican la aplicación de estereotipos prejuiciosos.

b) *Encuadre típico de las violencias sexuales*

Un tema que generó controversias fue el encuadre típico de los hechos de violencias sexuales en los tipos penales nacionales. Fue discutido, tanto por la doctrina especializada como en la jurisprudencia, si la violencia sexual debe ser considerada como parte de otras conductas reprochadas penalmente, como los tormentos, o si debía diferenciarse.

Ahora bien, no hay razones válidas para que los tipos penales específicos de violencias sexuales —que tienen en-

y KRAHÉ, Barbara, *Sexual assault...*, cit., p. 3). Así, pues, más recientemente se comenzaron a juzgar las violaciones y abusos sexuales también contra varones como crímenes de lesa humanidad. Ver: SIVAKUMARAN, Sandesh, "Sexual Violence Against Men in Armed Conflict". En: *European Journal of International Law*, vol. 18, N° 2, 2007, pp. 270-271; RUSSELL, Wynne, "Violencia sexual contra hombres y niños". En *Revista Migraciones Forzadas. Violencia sexual: arma de guerra, obstáculo para la paz*, N° 27, Centro de Estudios sobre refugiados/UNFPA/Instituto Universitario de Desarrollo Social y Paz. Universidad de Alicante, España, 2007, pp. 22 y 23; STEMPEL, Lara, "Male rape and human rights". En: *Hastings Law Journal*, 60, 3, 2011, pp. 605-646; Oficina de la Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la violencia sexual en los conflictos (2013). "Report of Workshop on Sexual Violence against Men and Boys in Conflict Situations" (OSRSG-SUC Reporte). New York, 25-26 July, pp. 12/14; SELLERS, Patricia V., y NWOYE, Leo C., "Conflict-related male sexual violence and the international criminal jurisprudence". En: ZALEWSKI, Marysia; DRUMOND, Paula; PRÜGL, Elisabeth, y STERN, Maria, *Sexual violence against men in global politics*. Routledge, Nueva York, 2018.

tividad propia en la legislación nacional y en el Derecho Penal Internacional— sean desplazados por la aplicación del tipo penal de imposición de tormentos (se descarta el concurso aparente)⁴². Con lo cual, subsumir los delitos sexuales en otros delitos implica desconocer su singularidad y es una forma de invisibilizar las violencias sexuales (que, como dijimos, son considerados delitos perpetrados contra mujeres). En todo caso, una violación o abuso sexual puede constituir también tortura y deben visibilizarse ambos tipos penales (concurso ideal)⁴³⁻⁴⁴.

En este sentido, la Corte IDH ha establecido que, en determinadas situaciones, “la violación sexual también puede constituir una forma de tortura de la víctima”⁴⁵. Además, en el

⁴² Supuestos en los que parece que concurren varios tipos penales pero que uno de los tipos penales excluye al otro o a los otros (ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 679).

⁴³ En el concurso ideal hay una unidad de conducta que puede ser subsumida en varios tipos penales. Por el contrario, en el concurso real hay una pluralidad de conductas que concurren en una misma sentencia judicial (ZAFFARONI, Eugenio R., y otros, *Manual de Derecho Penal*, cit., pp. 677/678).

⁴⁴ En este punto fue muy importante el documento de la PGN y la instrucción a los fiscales para que apliquen las pautas. Ver Procuración General de la Nación (PGN), “Consideraciones sobre el juzgamiento de los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado”, pp. 10/12. Documento elaborado por la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los derechos humanos cometidas durante el terrorismo de Estado aprobado por Resolución PGN N° 557/12.

⁴⁵ Corte IDH, “Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, 25/11/2006, Serie C, N° 160; párrs. 311 y 312. También ver: caso “Fernández Ortega y otros vs. México”, 30/8/2010, Serie C, N° 215, párrs. 124/128. Caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”, 31/8/2010, Serie C, N° 216; párr. 118. Caso “Masacres de Río Negro vs. Guatemala”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4/9/2012; párr. 132. Caso “Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador”, 25/10/2012, Serie C, N° 252, párr. 165. Caso “Espinoza González vs. Perú”, 20/11/2014,

“Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala” (2009)⁴⁶, consideró que, si bien el Estado había llevado adelante ciertas investigaciones relacionadas con la masacre, no habían sido completas ni exhaustivas por haberse referido solamente a afectaciones a la vida y no a aquellas otras relacionadas con hechos de violencia cometidos específicamente contra las mujeres de la población, como las violencias sexuales. Con lo cual, afirmó que invisibilizar las violencias sexuales incumple con el deber de debida diligencia reforzada que exige una investigación completa y exhaustiva de los hechos.

Por otro lado, respecto de los tipos penales que reprimen las violencias sexuales, lo que suele realizarse, casi sin excepción, son las interpretaciones más restrictivas de su alcance. Si bien la garantía de irretroactividad de la ley penal, en principio, no alcanza a las interpretaciones que se hicieran de los tipos penales⁴⁷, en las sentencias judiciales suelen restringirse los alcances del tipo penal, arguyendo que se ajustan a las interpretaciones de la época. En sentido contrario, interpretar

Serie C, N° 289, párrs. 195 y 229. Caso “Favela Nova Brasília vs. Brasil”, 16/2/2017, Serie C, N° 333, párrs. 252, 253 y 255.

En el ámbito local, en la mayoría de las sentencias por violencias sexuales como crímenes de lesa humanidad se hacen concurrir en forma real la imposición de tormentos y los abusos o violaciones sexuales. No obstante, en algunas sentencias se consideró que se trataba de un concurso ideal como en las causas conocidas como “Martel”, TOCF de San Juan, causa N° 1077 y sus acumulados, caratulados “C/Martel, Osvaldo Benito y otros p/ Av. Inf. Delitos de Lesa Humanidad”, 4/7/2013; “Amarilla”, CFCEP, Sala IV, causa FPO 93000087/2010, caratulada “Herrero, Carlos Omar y otros s/ recurso de casación”, 17/7/2015; y “Brigada San Justo”, TOCF N° 1 de La Plata, causa 373/2011, 2/12/2020, entre otras.

⁴⁶ Corte IDH, “Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala”, 24/11/2009, Serie C, N° 211; párr. 136.

⁴⁷ Al respecto, la CSJN estableció como pauta interpretativa que “la primera fuente de exégesis de la ley es su letra” (Fallos, 304:1820; 314:1849) y que “no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos” (Fallos, 313:1149).

que el sexo oral o la introducción de objetos en el ano o la vagina de la víctima constituyen violaciones sexuales no fuerza el sentido literal del tipo penal de violación sexual vigente al momento de los hechos, cuya acción típica es "acceso carnal". Más aún, esta interpretación permite entender adecuadamente el tipo penal conforme los alcances de la definición imperante en el derecho internacional, tanto en el sistema universal como en el regional⁴⁸.

⁴⁸ Ver Corte IDH, caso "J. vs. Perú", *ibíd.*; párr. 359; TPIR, "Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu: Trial Chamber I, Judgement", 2/9/1998 (Case ICTR-96-4-T), párr. 688; TPIR, Prosecutor v. Muhimana: case number ICTR 95-1-I. 28/4/2005; párrs. 550-551, entre otros.

En el caso "Furundžija", el TPIY afirmó que "el sexo oral forzado puede ser tan humillante y traumático para una víctima como la penetración vaginal o anal. Por tanto, la noción de que la condena por penetración vaginal o anal forzada conlleva un mayor estigma que la condena por penetración oral forzada es producto de actitudes cuestionables. Además, cualquier preocupación de este tipo se ve ampliamente superada por el principio fundamental de protección de la dignidad humana, principio que favorece la ampliación de la definición de violación" (caso IT-95-17/1-T, 10/12/1998, párr. 184).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que los tratados internacionales deben interpretarse en las "condiciones de su vigencia", es decir, como "efectivamente rigen en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación" (CSJN, *Fallos*, 315:1492, "Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y Ot.", sentencia del 7/7/1992, consid. 21; *Fallos*, 318-514, "Giroldi", sentencia del 7/4/1995, consid. 11; entre otros).

En consecuencia, entendemos que el alcance del tipo de violación sexual debe interpretarse conforme la letra de la ley y la definición establecida en el derecho internacional, a fin de dar cumplimiento a la obligación internacional de adecuar la normativa interna a los estándares de derechos humanos, que consiste en la verificación que realizan todos los agentes estatales sobre la adecuación de las normas jurídicas y prácticas internas a los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos y a sus estándares. "Es de destacar que todo funcionario estatal está obligado a interpretar la normativa interna del Estado de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales contraídas, que perm-

Al respecto, la Corte IDH ha dicho, en el caso "J. vs. Perú" (2013), que:

"[S]iguiendo el criterio jurisprudencial y normativo que impera tanto en el ámbito del Derecho Penal Internacional como en el Derecho Penal comparado, este Tribunal ha considerado que la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginal o anal, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril. Al respecto, la Corte aclara que para que un acto sea considerado violación sexual, es suficiente que se produzca una penetración, por insignificante que sea, en los términos antes descritos. Además, se debe entender que la penetración vaginal se refiere a la penetración, con cualquier parte del cuerpo del agresor u objetos, de cualquier orificio genital, incluyendo los labios mayores y menores, así como el orificio vaginal. Esta interpretación es acorde a la concepción de que cualquier tipo de penetración, por insignificante que sea, es suficiente para que un acto sea considerado violación sexual. Este Tribunal entiende que la violación sexual es una forma de violencia sexual"⁴⁹.

En el conocido como "Juicio a los jueces"⁵⁰ en Mendoza, el Ministerio Público Fiscal con el asesoramiento de la Procuraduría de crímenes contra la humanidad (PCCH), acusó por el delito de violación sexual respecto de hechos de penetración anal con objetos. El tribunal de juicio rechazó el planteo y

tan viabilizar la efectividad de los derechos humanos" (Ver CIDH, 2021: párrs. 32, 44 y 45. Disponible en línea <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CompendioobligacionesEstados-es.pdf> (última consulta: 20/5/2024).

⁴⁹ El destacado es agregado. Corte IDH, caso "J. vs. Perú", 27/11/2013, Serie C, N° 275, párr. 359.

⁵⁰ TOCF N° 1 de Mendoza, causa N° 076-M, caratulada: "Menéndez Sánchez, Luciano B. y otros s/inf. art. 144 ter C.P., y sus acumuladas (...)"; 21/9/2017

consideró que esos hechos constituían abusos sexuales. Sin embargo, en la instancia de revisión ante la CFCP⁵¹ se hizo lugar al recurso de la acusación pública. En este sentido, se señaló que el tribunal de juicio “descartó arbitrariamente que los hechos en los que se verificó la introducción de objetos en el orificio anal de las víctimas puedan ser calificados como hipótesis violación, en los términos del art. 119 del CP, en su redacción original”⁵². También, se afirmó que en la sentencia “se señaló escuetamente que sólo se calificarían en tal carácter los casos en los que el sujeto activo introdujera su pene, pero no se explicó en modo alguno por qué la penetración de la carne de las víctimas con objetos tales como palos o incluso armas de fuego tuviera un sentido ilícito diferente que no pueda ser capturado por el sentido literal posible de la expresión ‘acceso carnal’”⁵³. En consecuencia, se dispuso anular tales extremos del pronunciamiento recurrido.

c) Configuración de las violencias sexuales como crímenes de lesa humanidad

Por otro lado, si bien la prohibición de las violaciones y violencias sexuales como crímenes de derecho internacional convencional y consuetudinario ya existía para la época del accionar represivo del terrorismo de Estado⁵⁴, en el marco de los juicios por crímenes de lesa humanidad en Argentina se discutió si las violencias sexuales eran consideradas crímenes de lesa humanidad al momento de los hechos. Al respecto, las numerosas sentencias dictadas desde 2010 con condenas por crímenes sexuales dan cuenta del carácter de lesa huma-

⁵¹ CFCP, sala IV, causa FMZ 97000076/2012, caratulada “Petra Recabarren, Guillermo Max y otros s/recurso de casación”, 5/9/2019.

⁵² *Ibíd.* pp. 235/236 del voto del Dr. HORNOS, al que adhirieron los Dres. BORINSKY y GEMIGNANI, pp. 326 y 386 y ss.

⁵³ *Ibíd.*em.

⁵⁴ FUSCA, Dalana, *Justicia y género*, cit., p. 72.

nidad de estos delitos y la consecuente imprescriptibilidad de la acción.

No obstante, en algunas causas judiciales se llegó a cuestionar el carácter de delito de lesa humanidad de las violencias sexuales, con el argumento de que los delitos sexuales no fueron perpetrados de manera “general o sistemática”. Este razonamiento “se asienta en una interpretación incorrecta de los requisitos típicos de esa categoría de delitos, dado que transfiere una exigencia propia del contexto de acción (‘ataque generalizado o sistemático’) a cada tipo de delito en particular (homicidio, tortura, violación, etc.)”⁵⁵. Lo cierto es que para que se configuren crímenes de lesa humanidad lo que se requiere es que el ataque contra la población civil sea generalizado o sistemático, pero no se requiere que cada delito también reúna estas características, sino que las violencias sexuales estén conectadas a ese ataque.

Al respecto, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) ha dicho que “un solo hecho de violencia sexual puede constituir un crimen de lesa humanidad si se establece la conexidad entre ese hecho y el ataque generalizado o sistemático contra una población civil”⁵⁶.

En consecuencia, las violencias sexuales perpetradas dentro de los centros clandestinos de detención y exterminio, o en otros lugares a víctimas del terrorismo de Estado a disposición de los agentes que llevaban adelante la represión, “debe considerarse parte del ataque, dado que fue fruto del dominio prácticamente absoluto que los agentes de la represión ilegal tenían sobre las personas secuestradas, sin que éstas pudieran recurrir, obviamente, a ningún tipo de autoridad en su defensa”⁵⁷.

⁵⁵ PGN, *ibíd.*, p. 2.

⁵⁶ TPIY, “Fiscal c. Kunarac y otros”, sentencia de primera instancia, caso IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22/2/2001, párr. 431 (traducción propia).

⁵⁷ PGN, *ibíd.*, p. 45.

En la sentencia de la Sala IV de la CFCP, en el caso "Musa Azar I"⁵⁸, se hace referencia particularmente a la no exigencia de generalidad y sistematicidad en las conductas individuales para ser consideradas crímenes de lesa humanidad⁵⁹.

De conformidad con lo expuesto, estas interpretaciones pretenden minimizar la gravedad de las violencias sexuales, marcando diferencias en relación con otros delitos, pero lo que subyace, me atrevo a señalar, es la pretensión de minimizar aquellas violencias asociadas a una victimización femenina.

d) Atribución de responsabilidad: interpretaciones que entienden a los delitos sexuales como de "propia mano"

Por último, haremos referencia a las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales en Argentina que consideran a los delitos sexuales como de "propia mano". Es decir, entienden que el sujeto activo del delito (quien lo comete) solo podría ser el/la autor/a directo/a que ejecuta físicamente el hecho. Así, determinan la imposibilidad de otras formas de autoría y participación (autoría mediata; coautoría; complicidad, etc.). Esta interpretación, que no tiene ningún apoyo legal, fue utilizada por algunos/as jueces y juezas que arguyeron que para la configuración de los delitos sexuales se requiere la constatación de un propósito o ánimo lascivo que solo lo tendría el/la autor/a material. Esta exigencia no es requerida por el tipo penal en el ámbito local ni en el internacional. Este es, precisamente, uno de los puntos centrales que se va a discutir en la judicialización del caso "Martel", por lo que volveremos a tratar este tema en profundidad en el siguiente acápite.

⁵⁸ CFCP, Sala IV, causa FTU 830960/2011/12/CFC1, caratulada "Azar, Musa y otros s/recurso de casación", 22/6/2015.

⁵⁹ *Ibid.* p. 262 del voto del Dr. Hornos.

e) Requisito de instancia de la acción penal

En otro orden de cosas, algunos delitos de violencias sexuales en Argentina son considerados "delitos dependientes de instancia privada", lo que implica que se requiere que la víctima manifieste su voluntad de instar la acción penal (confr. arts. 71 y 72 del CP, vigente al momento de los hechos). Este requisito se ha convertido en un obstáculo pues, frente a la inacción judicial para relevar la voluntad expresa de las víctimas, se paralizan las investigaciones de delitos sexuales; sirva de ejemplo la causa "ESMA"⁶⁰.

Incluso puede ser un impedimento si la información proporcionada a la víctima al momento de requerir su voluntad no es completa y se reduce a un trámite formal, como sucedió en Santiago del Estero en el marco de la causa conocida como "Acuña o Musa Azar II". En este caso, la sobreviviente MIF, al ser preguntada en la audiencia de debate acerca de su interés en la persecución penal por el delito de violación, contestó que:

⁶⁰ En el marco del juicio conocido como "ESMA II" en 2011, desde la querella en cabeza del CELS, en el alegato final solicitamos la extracción de los testimonios sobre los hechos de abusos y violaciones sexuales que habían sido expuestos durante las audiencias del debate oral, con el objeto de que fueran remitidos a instrucción para su investigación. Luego, la Fiscalía adhirió a este pedido en su respectivo alegato y el Tribunal ordenó la remisión. A partir de esto, el 23 de agosto de 2011 el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 12, Secretaría 23, dio inicio a la causa N° 10.828/11, caratulada "ESMA s/delitos de integridad sexual". En la resolución de inicio de la causa, en el punto 3, el juez dispuso notificar a las querellas "con el objeto de que evalúen el posible interés de las partes que representan de instar la acción en los términos de los arts. 71 y 72 del CP". De esta forma, se estableció que no era suficiente la declaración en la audiencia pública para instar la acción penal y se puso en cabeza de las querellas lo que es una obligación del Estado. Ni el Juzgado ni la Fiscalía interviniente en la investigación realizaron acciones para recabar la voluntad de las víctimas. Solo se avanzó respecto de tres casos. No han sido elevados a juicio incluso aquellos que corresponden a mujeres cis desaparecidas respecto de los cuales no se requiere legalmente la instancia de acción.

"no, porque no sabía quién fue el autor"⁶¹. Esta expresión fue entendida por el Tribunal como una negativa a proseguir con la investigación. Sin embargo, no se le informó a la víctima que la investigación del posible autor del hecho le correspondía a la Fiscalía o al juzgado y que se podían imputar los delitos sexuales a los superiores jerárquicos, incluso en casos en los que no es posible identificar al autor material. De hecho, la fiscalía del caso entendió que de lo manifestado por MIF correspondía interpretar que tenía intención de instar la acción, teniendo en cuenta, además, que había declarado sobre las agresiones sexuales en varias oportunidades. De forma tal que la fiscalía solicitó la remisión a la instrucción para la investigación de los hechos por el delito de violación, imputándose a los superiores jerárquicos como autores mediatos, lo que el tribunal rechazó. La cuestión fue resuelta por la CFCP, por mayoría, en cuanto se resolvió que no hay formalidades para que la víctima exprese su voluntad y ordenaron la remisión del caso para su investigación⁶².

Al respecto, el juez BORINSKY afirmó que la voluntad de la víctima, en el sentido analizado, "(...) 'no tiene que estar sometida a ninguna formalidad estricta, rigurosa o solemne, ya que basta que esa voluntad pueda ser claramente inferida de sus manifestaciones'"⁶³.

Ahora bien, el requisito de instancia de acción deriva de un entendimiento de las agresiones sexuales como un ataque a la honra del hombre de la familia —representada por el padre o el marido—, ya que era el encargado de proteger a la mujer y quien en definitiva decidiría si la situación debía ser expues-

⁶¹ CFCP, Sala IV, causa FTU 831044/2012/CFC1, caratulada "Azar, Musa y otros s/recurso de casación", 22/9/2016; pp. 325 y ss., del voto Dr. BORINSKY.

⁶² *Ibid.*, pp. 325 y ss. del voto Dr. BORINSKY; y pp. 421 y ss. del voto del Dr. HORNOS.

⁶³ *Ibid.*, pp. 330-331. Ver también pp. 421 y ss. del voto del Dr. HORNOS.

ta⁶⁴. De esta forma, la ley penal adoptó un elemento significativo de la cultura patriarcal, que los asuntos privados o íntimos quedan exentos de la intervención estatal⁶⁵. Este argumento actualmente no podría sostenerse en razón de que resulta discriminatorio y basado en estereotipos, lo que contradice los estándares convencionales.

Además, la necesidad de proteger a las víctimas de la revictimización, que es una obligación internacional, no se resuelve al mantener la excepción a la oficialidad de la acción solo respecto de ciertos delitos que principalmente afectan a las mujeres. Por un lado, porque muchos otros delitos de acción pública pueden involucrar situaciones de la vida privada que afectan la intimidad o que no quieren ser expuestas públicamente⁶⁶. Además, generalizar la forma en que las personas agredidas sexualmente deben sentirse afectadas responde a estereotipos y mitos en torno a las violencias sexuales y constituye una teorización universalizante de la experiencia femenina. Por otro parte, una vez instada la acción, las personas agredidas no pueden retirar la denuncia o interrumpir la investigación, lo que podría dar lugar a situaciones de revictimización y violencia institucional igualmente. Por último, del análisis de numerosos casos judiciales, se aprecia que en muchas oportunidades funciona como una formalidad que brinda la "tranquilidad" a les operadores judiciales de estar protegiendo a una víctima que no fue debidamente informada y a la que no se le brindaron herramientas de protección.

De manera que lo que se requiere es una reformulación de la acción penal en relación con los delitos sexuales —y lesiones

⁶⁴ PIQUÉ, María Luisa, "Dónde manda capitán, no manda marinera", en DE LA FUENTE, Javier E. y CARDINALI, Genoveva (dir.), *Género y Derecho Penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, pp. 97/98.

⁶⁵ DUFFY, María Virginia, "El infierno de las anónimas...", cit., p. 259.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 260.

leves—⁶⁷. La abogada argentina María Virginia DUFFY propone como posibilidad que la acción penal de los delitos sexuales sea pública y se le dé la opción a la víctima de detenerla con posterioridad, “siendo obligación del Estado dentro del primer período de investigación —entre el anoticiamiento del delito y la indagatoria, por ejemplo— arbitrar todos los medios necesarios para la debida información, contención y protección de la víctima a fin de que pueda decidir la continuación o no de la investigación en forma libre”⁶⁸. Por otra parte, la fiscal argentina María Luisa PIQUÉ propone un abordaje de la acción penal con perspectiva de género y, citando a Julieta DI CORLETO, señala que esto implica no dar soluciones o respuestas generales y abstractas, sino atender a las particularidades del caso para resolver conflictos en concreto⁶⁹. Para lo cual, afirma que habría que modificar la legislación para que tenga cierta flexibilidad y brinde pautas claras de orientación⁷⁰.

En el ámbito internacional, sobre los requisitos de instancia de acción, la Corte IDH en el caso “J. vs. Perú” ha dicho que “el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole” y que “es necesario que los Estados garanticen que sus legislaciones internas no impongan condiciones diferenciadas para la investigación de agresiones a la integridad personal de índole sexual”⁷¹.

Con base en lo expuesto, se podría declarar la inconstitucionalidad de este requisito que no supera el control de convencionalidad⁷². No obstante, se intentó superar este obstáculo

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 261.

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ PIQUÉ, María Luisa, “Dónde manda capitán...”, cit., pp. 102/103.

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 110. No se indica cuáles podrían ser esas pautas.

⁷¹ Corte IDH, caso “J. vs. Perú”; *ibíd.*, párr. 350.

⁷² DUFFY, María Virginia, “El infierno de las anónimas...”, cit., p. 262.

disponiendo que la declaración testifical en un juzgado o tribunal equivale a la denuncia exigida para instar la acción penal. Esto, pues la forma en que debe instarse la acción no está sujeta a formalidades estrictas, con lo cual es plausible entender que se cumple con el requisito exigido cuando una persona relata el hecho frente a un funcionario judicial en una audiencia. Este criterio, en los últimos años, fue aceptado en el marco de algunas investigaciones⁷³, como en las causas “Martel”⁷⁴ y “Acuña”⁷⁵, ya citadas.

De esta forma, como consecuencia de las discriminaciones de género y las injusticias epistémicas resultantes, las historias específicas de las mujeres —cis, heterosexuales y endosex— y de las personas LGTBI+ fueron silenciadas e invisibilizadas. Así, no se preguntaba específicamente sobre violencias sexuales

⁷³ En causas judiciales en las regiones de San Juan, Mendoza, Tucumán, y Chaco. En sentido coincidente, se expresó en 2016 Dubravka ŠIMONVIĆ, Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre violencia contra la mujer, en un comunicado, luego de su visita a Argentina refirió especial preocupación porque en el marco del Código Procesal Penal la investigación de los delitos sexuales no se realiza de oficio. En el *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias*, relativo a su misión a la Argentina del 12 de abril de 2017, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, expresó: “Este tipo de normativa transmite el mensaje equivocado de que la violación y la violencia sexual son asuntos privados en vez de graves problemas de carácter público que requieren el enjuiciamiento de oficio” (párr. 62). Disponible en <https://cdh.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/sites/3/2019/03/INFORME-ONU-VIOLENCIA-SEXUAL.pdf>

En sentido contrario, la Unidad de Coordinación y Seguimiento (...) de la PGN en 2012, en el documento “Consideraciones sobre el juzgamiento de los abusos sexuales (...)”, sostuvo la vigencia del requisito de instancia privada, ver pp. 7 a 12.

⁷⁴ TOCF de San Juan, “Martel”, *ibíd.*; CFCP, sala IV, causa FTU 831044/2012/CFC1, caratulada “Azar, Musa y otros s/recurso de casación”, 22/9/2016.

⁷⁵ CFCP, Sala IV, causa FTU 831044/2012/CFC1, caratulada “Azar, Musa y otros s/recurso de casación”, 22/9/2016; pp. 325 y ss. del voto Dr. Bonavito.

les en el marco de las declaraciones de las víctimas y, cuando surgía espontáneamente del relato, no eran investigadas o ni siquiera eran registradas.

Frente a este escenario, diversos factores posibilitaron la visibilización de las violencias sexuales y de género perpetradas durante el terrorismo de Estado —a partir de los años 2002/2007— e influyeron para que los operadores del sistema de justicia relevaran estos crímenes de manera diferenciada y escucharan a las víctimas que venían declarando sobre violencias sexuales.

En efecto, podemos destacar el avance del movimiento feminista y de personas LGTBIQ+, el desarrollo de los derechos de las mujeres y diversidades y de los crímenes de género en el derecho y la jurisprudencia internacional⁷⁶; las crecientes producciones académicas sobre problemáticas de género y sobre violencias sexuales⁷⁷; y la incorporación de la perspectiva de

⁷⁶ Algunos hitos importantes son: en 1979 la adopción de la Cedaw —Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer—. Ese mismo año se celebra la primera reunión de la Corte IDH, cuyas sentencias van a tener una importancia fundamental en el desarrollo de estándares de protección de derechos de las mujeres y, posteriormente, de LGTBIQ+. En 1985 se produce la ratificación de la Cedaw por Argentina. En 1992 el Comité Cedaw aprobó la Recomendación General N° 19 sobre Violencia contra las mujeres. En 1994 se adopta la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará. En 1995 tuvo lugar la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing, que marcó un importante punto de inflexión para la agenda mundial de igualdad de género. En 1998 se dicta la sentencia del Tribunal Penal para Ruanda —TPIR— en el caso Akayesu, que es la primera condena por el crimen de violación como delito de lesa humanidad. En 2002 entra en vigor el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional —CPI— (adoptado en 1998).

⁷⁷ Con relación a los delitos sexuales durante el terrorismo de Estado ver: BALARDINI, Lorena; OBERLIN, Ana, y SOBREDO, Laura, "Violencia de género y abusos sexuales en los centros clandestinos de detención. Un aporte a la comprensión de la experiencia argentina". En: Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Centro Internacional para la Justicia Tran-

género en el ámbito internacional y local. En este punto, es dable señalar que en los años '80 no era común que se incorporaran abordajes con perspectiva de género, pues la introducción de esta perspectiva al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) era aún incipiente⁷⁸. Recién en 1995, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing, se defendió la incorporación de una perspectiva de género como un enfoque fundamental y estratégico para alcanzar los compromisos en igualdad de género⁷⁹.

En los últimos años, en Argentina esto se vio reforzado con la ampliación de derechos de las mujeres y LGTBIQ+ a partir de la sanción de las leyes de protección integral de las mujeres, matrimonio igualitario e identidad de género, entre otras, y el fortalecimiento del movimiento de mujeres a partir de la consigna y el movimiento político "Ni una menos"⁸⁰.

sional (ICTJ), *Hacer Justicia: nuevos debates sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad en Argentina*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011; AUCÍA, Analía; BARRERA, Florencia; BERTERAME, Calina; CHIAROTTI, Susana, y PAOLINI, Alejandra, y ZURUTUZA, Cristina, *Grietas en el silencio: una investigación sobre violencia sexual en el marco del terrorismo de Estado*, CLADEM e INSGENAR, 2011; la Unidad especializada de la PGN, 2012, ya citado; BACCI, Claudia; CAPURRO ROBLES, María; OBERTI, Alejandra, y SKURA, Susana, *Y nadie quería saber. Relatos sobre violencia contra las mujeres en el terrorismo de Estado en Argentina*, Asociación Civil Memoria Abierta, Buenos Aires, 2012; JELIN, Elizabeth, "Los abusos sexuales como crímenes de lesa humanidad y el respeto a la intimidad". En: *La lucha por el pasado. Cómo construimos la memoria social*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2024, pp. 227-250.

⁷⁸ GUILLEROT, Julie, "Reparaciones con perspectiva de género". Consultoría para la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Publicado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), 2009, p. 66.

⁷⁹ ONU Mujeres, "Incorporación de la perspectiva de género". Recuperado de: <http://www.unwomen.org/es/how-we-work/un-system-coordination/gender-mainstreaming#sthash.f2cbZAlZ.dpuf> (última consulta: 1/3/2021).

⁸⁰ La ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar, Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus

En los juicios por crímenes de lesa humanidad en Argentina, abogados/as querellantes, fiscales y fiscalas empezaron a articular y pensar estrategias para visibilizar estos delitos que surgían de los testimonios de las víctimas sobrevivientes y testigos. En este sentido, se instó a la incorporación de la perspectiva de género en las investigaciones y a la aplicación de los derechos y estándares internacionales en materia de violencias sexuales y de género.

Conforme el último informe estadístico de la PCCH, solo hubo condenas por delitos sexuales en el 17% de las sentencias en las que se juzgaron crímenes de lesa humanidad (53 de 321)⁸¹. Por lo que, si bien hubo importantes avances en los últimos quince años, son numerosos los obstáculos o factores que condicionan estas investigaciones.

En la judicialización del caso “Martel” se exponen varios de estos obstáculos, de lo que daremos cuenta seguidamente.

3. La importancia del fallo “Martel” de la CSJN

a) Los hechos

En la conocida como causa “Martel”, se juzgaron los casos de 58 víctimas que fueron secuestradas y conducidas a centros clandestinos de detención y tortura ubicados en la Penitenciaría de Chimbabue, el Regimiento de Infantería de Montaña 22 (RIM 22), el edificio de la antigua legislatura, la central de la policía de la provincia, la alcaldía de mujeres de la policía

Relaciones Interpersonales 26.485 fue promulgada en 2009. La ley de matrimonio igualitario 26.618 fue promulgada en 2010. La ley de identidad de género 26.743 fue promulgada en mayo de 2012. Ni una menos es una consigna y colectivo político feminista que nació en 2015.

⁸¹ Según datos a marzo de 2024. Disponible en: <https://twiwo.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/24-de-marzo-desde-2006-se-dictaron-321-sentencias-por-crimes-de-lesa-humanidad-con-1176-personas-condenadas-y-183-absueltas/> (última consulta: 1/3/2021).

provincial y el conocido como “La Marquesita”, en las inmediaciones del RIM 22, en la provincia de San Juan.

Ahora bien, los crímenes de violencias sexuales no formaron parte del objeto procesal durante la etapa de investigación. Recién durante el debate oral se amplió la acusación (conforme el art. 381 CPPN) por las violencias sexuales perpetradas contra siete mujeres cis. A estos efectos, solo se tuvieron en cuenta los casos de aquellas mujeres cis que se entendió que instaron la acción durante el debate oral. Así, se juzgaron dos casos de violaciones sexuales agravadas y cinco de abusos deshonestos.

De esta forma, las violencias sexuales perpetradas contra personas que se encuentran desaparecidas no fueron juzgadas. Por ejemplo, es paradigmático el caso de MAE, que fue víctima de violencias sexuales reiteradas, de las que dieron cuenta varios/as testigos. Además, en la descripción del hecho que se tuvo por acreditado, se dejó constancia de que “se turnaban para violarla”⁸². No obstante, su caso no fue incluido en la ampliación de la acusación fiscal, por lo que estos delitos continúan impunes.

b) La sentencia del TOCF y su revisión por la CFCP

En 2013, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal (TOCF) de San Juan⁸³ dictó sentencia en el primer juicio por crímenes de lesa humanidad en la provincia de San Juan, conocido como

⁸² Ver Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Juan, causa 1077 y sus acumulados 1085, 1086 y 1090, caratuladas “C/Martel, Osvaldo Benito y otros p/av. inf. delitos de lesa humanidad”, rta. 3/9/2013, p. 1129. Sobre el caso de MAE ver: CEBALLOS, Susana, “MAE: la joven que cambió una vida de modelo por un modelo de vida y desapareció en la última dictadura”, en: *Infobae*, 26/3/2021; CORREA, Ana, “Un Nunca Más para la violencia sexual”, cit.

⁸³ Integrado por los jueces Dres. Héctor Fabián CORTÉS, Raúl Alberto FOURCADE y Alejandro Waldo PIÑA. Y el Ministerio Público Fiscal estuvo representado por los fiscales generales subrogantes Dres. Mateo BERMEJO y Dante VEGA.

"Martel". El debate oral concluyó con las condenas a Gustavo Ramón De Marchi, Juan Francisco Del Torchio, Daniel Rolando Gómez, Alejandro Víctor Manuel Lazo, Osvaldo Benito Martel, Horacio Julio Nieto y Jorge Antonio Olivera (7 imputados) por los delitos⁸⁴ que damnificaron a 58 víctimas.

En lo que aquí interesa, el tribunal condenó a dos varones cis (Jorge Olivera y Osvaldo Martel) como coautores de los delitos de violación sexual agravada⁸⁵. Además, se condenaron a estos dos imputados y a otros cuatro varones cis (Gustavo Ramón De Marchi, Juan Francisco Del Torchio, Daniel Rolando Gómez, Alejandro Víctor Manuel Lazo) por los delitos de abusos deshonestos⁸⁶. Para esto, se sostuvo que debía entenderse por superada la teoría de la "mano propia" en relación con los delitos sexuales, razón por la cual podían ser atribuidos a varias personas que actuaban como coautores. En este sentido, se afirmó que:

"Se trata de delitos de dominio, sin que quepa exigir que la autoría se restrinja sólo a quien cometió los abusos sexuales personalmente, mediante el dominio de su acción; admitiendo de este modo las diversas formas de autoría y participación como en cualquiera de los tipos comunes de la parte especial del Código Penal, dejando de lado la superada tesis de los delitos de propia mano, la que queda ceñida a ciertos casos puntuales, que tiene relación con alguna cualidad del autor. Así como en el homicidio, la autoría no está limitada a un autor solitario por la gramática de 'el que...', tampoco en la violación

⁸⁴ Privaciones ilegítimas de la libertad agravadas, imposiciones de tormentos agravadas, entre otros.

⁸⁵ Violación agravada por el uso de fuerza o intimidación y con el concurso de dos o más personas, previsto en los arts. 119 y 122 del Código Penal —CP—, redacción según ley 11.179.

El imputado Martel falleció antes del dictado de la sentencia de la CSJN.

⁸⁶ Previsto en el art. 127 del CP, según ley 11.179. El imputado Alejandro Víctor Manuel Lazo falleció antes del dictado de la sentencia de la CFCEP por el reenvío.

con acceso carnal o el abuso deshonesto queda circunscrita 'al que...', puesto que en los tres casos es posible la intervención delictiva de varios sujetos que cometen el tipo, por ejemplo, con división de roles o funciones"⁸⁷.

Además, en la sentencia se afirmó que los delitos sexuales concursaban idealmente con el delito de imposición de tormentos agravados (art. 144 ter, CP).

Por otro lado, consideraron que la mención de los hechos de violencias sexuales en una declaración en un juzgado o tribunal equivale a instar la acción en los términos de los artículos 71 y 72 del Código Penal⁸⁸. Al respecto, se dijo que "la exigencia de instancia privada del Código Penal ha sido suplida con la manifestación de voluntad de las víctimas de esos delitos, expresada ante las autoridades judiciales, tendiente a que sean objeto de investigación"⁸⁹.

Posteriormente, la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal (CFCEP) intervino en la revisión de la sentencia del TOCF. El juez RIGGI y la jueza CATUCCI decidieron excluir "—por mayoría— los delitos de violación y abuso deshonesto (arts. 119, 122 y 127 del C.P. —según redacción ley 11.179—), sin modificar las penas impuestas en la instancia anterior" por entender que los delitos sexuales son delitos de "propia mano", es decir, que exigen que el sujeto activo realice físicamente la acción típica⁹⁰. Y en tanto las víctimas de violencias sexuales no habían identificado como perpetradores directos a los imputados durante el debate oral.

⁸⁷ TOCF de San Juan, causa 1077 y sus acumulados 1085, 1086 y 1090, caratuladas "C/Martel, Osvaldo Benito y otros...", cit., p. 1084.

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 432-433 y 1083.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 435.

⁹⁰ La mayoría la integraron los Sres. jueces E. RIGGI y L. CATUCCI, y votó en disidencia el Sr. juez M. BORINSKY. CFCEP, Sala III, causa FMZ 41001077/2011/TO1/4/CFCEP, caratulada: "Martel, Osvaldo Benito y otros s/recurso de casación", rta. 16/3/2016.

c) *El recurso de queja y el dictamen de la Procuración General de la Nación*

Esta decisión fue recurrida ante la CSJN por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal⁹¹, a quien se le denegó la admisibilidad del recurso extraordinario federal y debió interponer una queja. El recurrente destacó que tanto la declaración de inadmisibilidad del recurso de casación como la exclusión de oficio de los delitos de abuso deshonesto y violación por parte de la Cámara fueron arbitrarias. En este sentido, afirmó que la decisión adoptada comprometía el debido juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad y la sanción de sus responsables (*Fallos*, 327:3294; 328:2056; 330:3074, 3248; 335:1876; 341:1207, 1988, entre muchos otros); y los deberes de investigar los hechos de violencia contra las mujeres y de sancionar a los responsables, ambos establecidos en la Convención de Belém do Pará.

En este sentido, afirmó que el deber de investigar hasta las últimas consecuencias la verdad de los hechos aberrantes ocurridos durante la última dictadura militar que gobernó nuestro país, constituye uno de los pilares fundamentales para evitar que actos similares vuelvan a ocurrir. Y sostuvo que “este deber demanda, por parte de los tribunales, asegurar la correcta significación jurídica que corresponde aplicar a los hechos materia de investigación, porque detrás de cada figura legal se encuentra la verdad objetiva que se pretende reconstruir y esclarecer”⁹².

Así, cuestiona por arbitraria la interpretación realizada por la mayoría al desconocer la operatividad de las reglas legales, particularmente del artículo 45 del Código Penal de la Nación. Esto, pues afirma que limitar la aplicación de los delitos

⁹¹ Dictamen suscripto por el Dr. Raúl Omar PLEÉ.

⁹² Esta frase va a ser retomada por los Dres. LORENZETTI y MAQUEDA en su voto conjunto en el fallo “Martel”, de referencia.

de abuso deshonesto y violación al sujeto que causalmente los realiza de “propia mano”, excluyendo aquellos que hubieran brindado un aporte fundamental para la ocurrencia del hecho y hubieran tenido dominio del hecho, importa efectuar una interpretación irrazonable que desnaturaliza y desvirtúa la aplicación de la ley.

Por su parte, en el marco del trámite de la queja, el Procurador ante la Corte⁹³ señaló la importancia y la obligación internacional de visibilizar, investigar y juzgar las agresiones sexuales. Al respecto, expresó que:

“[U]n juicio de responsabilidad penal incorrecto podría acarrear el incumplimiento de las obligaciones internacionales que pesan en cabeza del Estado argentino (en este sentido, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre Argentina, CCPRIC/ARG/CO/4, 31 de marzo de 2010, párr. 9; Observaciones finales del Comité de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer sobre Argentina, CEDAW/C/ARG/CO/6, 16 de agosto de 2010, párrs. 25 y 26). (...)”

“En estas circunstancias, en tanto la subsunción de una conducta en un tipo penal expresa el reproche social particular de la acción prohibida, a la vez que permite que se refleje la especificidad de la agresión sufrida por la víctima, la adecuada calificación jurídica resulta un aspecto dirimente del cumplimiento de las obligaciones de investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos que corresponden al Estado argentino”⁹⁴.

En este sentido, sostuvo que caracterizar a los delitos de abuso deshonesto y violación como de “propia mano” y excluir formas de autoría distintas a la directa, es una conclusión

⁹³ Dictamen suscripto por el Dr. Víctor ABRAMOVICH, de fecha 21/2/2017.

⁹⁴ Dictamen de la PGN, en la causa FMZ 41001077/2011/TO1/4/1/RH3, caratulada “Martel, Osvaldo Benito y otros s/ averiguación de delito”, 21/2/2017, p. 4.

“dogmática y carente de argumentos serios y suficientes para descartar los delitos de abuso deshonesto y violación, prescindiendo del texto legal y del bien jurídico protegido por los arts. 119, 122 y 127 del Código Penal según ley 11.179, y desconociendo las implicancias concretas del caso donde los actos de violencia sexual fueron cometidos como parte del plan sistemático de represión”⁹⁵.

Por otro lado, afirmó que:

“En un régimen de disciplina y mando, como aquel que reinaba en el ámbito de cautiverio, es posible determinar que el superior que impone las circunstancias para que el ilícito del subordinado se produzca debe ser considerado como un perpetrador de ese hecho. En este marco, la exclusión de responsabilidad penal de los superiores jerárquicos por los delitos de abuso deshonesto y violación implica desatender el hecho de que fueron ellos quienes garantizaron las condiciones para que estos crímenes sean cometidos, a la vez que contribuyeron a la posterior impunidad de los autores materiales”⁹⁶.

Por último, sostuvo que la posición asumida en la queja “se encuentra en línea con las sentencias emitidas por los tribunales penales internacionales, que [...] han establecido la responsabilidad penal de superiores por la comisión de delitos sexuales, aun cuando aquellos no hubieran ejecutado las acciones sexuales con su propio cuerpo”. Con cita de numerosas sentencias de tribunales penales internacionales⁹⁷.

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 4 y 5.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 6.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 6. Se citó al Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), “Fiscalía *vs.* Akayesu”, TPIR-96-4-T; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), “Fiscalía *vs.* Furundžija”, IT-95-171/1; Corte Penal Internacional (CPI), “Fiscalía *vs.* Bemba”, ICC-01/05-01/08).

d) La intervención de la CSJN: principales puntos del fallo “Martel”

La Corte Suprema hizo lugar al recurso extraordinario, anuló la sentencia recurrida, con relación a la exclusión de los delitos sexuales, y ordenó que se dicte un nuevo pronunciamiento⁹⁸. Todos los jueces coincidieron en la admisibilidad del recurso extraordinario por verificarse un supuesto de arbitrariedad. Si bien el fallo fue unánime, hubo votos particulares. De los fundamentos, se resaltan los siguientes puntos:

– Sobre los delitos de “propia mano”

En un voto conjunto, los Dres. Ricardo LORENZETTI y Juan Carlos MAQUEDA, en coincidencia con el recurrente, expresaron que “la exclusión de la coautoría en los hechos de violencia sexual a quienes a través de su acción hubieran brindado un aporte fundamental para la ocurrencia del hecho y hubieran tenido dominio del hecho”⁹⁹ resulta una interpretación que “carece de todo juicio de logicidad que pudiera sustentarla”¹⁰⁰.

Además, afirmaron que, en contraste con el tribunal de juicio, los argumentos desarrollados por el *a quo* fueron “breves” y con “referencias de la dogmática penal imprecisas e insuficientes para sustentar lo resuelto sobre una cuestión tan trascendente”¹⁰¹.

Luego, ponderaron la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos —a la que haremos referencia en los puntos que siguen— y del sistema universal.

⁹⁸ Esta sentencia fue dictada el 9/11/2022 por la Sala 3 de la CFCP integrada por los jueces Dres. Juan Carlos GEMIGNANI, Mariano BORINSKY y Gustavo HORNO. CFCP, Sala III, Causa FMZ 41001077/2011/TO1/4/1/RH3 - CFC50, caratulada “Martel, Osvaldo Benito y otros s/recurso de casación”, rta. 9/11/2022.

⁹⁹ CSJN, “Martel”, *Fallos*, 345:298, 17/5/2022, consid. 8.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ *Ibidem*.

En esa línea, repasaron la jurisprudencia de distintos tribunales penales internacionales con relación al concepto de "autor" en casos de delitos de violación y abuso sexual, en las que hubo condenas "a quienes intervinieron en los hechos de un modo decisivo para dominar su ocurrencia aun cuando no desplegaran personalmente el ataque".¹⁰²

Por su parte, el Dr. HORACIO ROSATTI, en su voto concurrente, coincidió en señalar la carencia de fundamentación de la inclusión de los delitos sexuales en la categoría de "propia mano". Y advirtió que en doctrina hay concepciones opuestas a esto.¹⁰³

Además, indicó que la decisión ameritaba ponderar el contexto en que estos delitos fueron cometidos y si cualquiera de las circunstancias derivadas de este contexto "modificaba, en forma alguna, las implicancias que la sentencia reconoció a la categoría de delitos de propia mano elaborada por la doctrina penal tradicional".¹⁰⁴

En esa misma línea, criticó que tampoco se efectuó un análisis de las normas aplicables al caso, tanto de las relacionadas con la participación criminal, como aquellas vinculadas con los tipos penales aplicables.

Para finalizar, el Dr. ROSATTI concluye que:

"[I]ncluso para el supuesto en que se entienda que las citadas figuras penales no eran atribuibles a los encartados en calidad de autores, la exclusión de todo reproche penal exigía

¹⁰² CSJN, "Martel", Fallos, 345:298, 17/05/2022; consid. 13. Así, analizan los casos "Furundžija" (1998) y "Češić" (2004) del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY); "Karemera" (2012) del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR); "Sesay" (2009) del Tribunal Penal Internacional para Sierra Leona (TPISL); y "Ntaganda" (2019) de la Corte Penal Internacional (CPI).

¹⁰³ Al respecto cita a RIGHI, Esteban, *Derecho Penal. Parte general*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, pp. 391/393 y sus citas.

¹⁰⁴ CSJN, "Martel", Fallos, 345:298, 17/5/2022; consid. 7 del voto del Dr. ROSATTI.

revisar las conductas que se tuvieron por probadas en relación a cada encartado, esto es, su intervención o aportes concretos en los hechos juzgados, de manera tal de establecer si podían ser atribuidas bajo alguna de las restantes formas de participación criminal previstas en el ordenamiento legal aplicable al caso (v.gr., instigación, participación primaria o secundaria, etc.)".¹⁰⁵

Y dio ejemplos de lo que no debería haberse omitido, como el análisis de si el acusado estuvo presente durante los ataques sexuales; si contribuyó físicamente a su comisión y de qué manera (por ejemplo, sujetando —aunque no penetrando— a la víctima en un supuesto de violación); si se trata de un superior jerárquico juzgado por las acciones de sus subordinados y, en ese caso, si sabía de estos delitos sexuales mientras estaban siendo cometidos o si se enteró con posterioridad y qué acciones adoptó al respecto; si los incitó, si los ordenó directamente o si los encubrió después; si tenía el conocimiento oportuno y el poder de frustrar su comisión, entre otras posibles consideraciones.¹⁰⁶

Por último, en su voto concurrente, el Dr. CARLOS ROSENKRANTZ señaló que el recurrente expresó que "la interpretación que propone la Sala lleva a excluir de la autoría al sujeto que interviene en violación contra [la] integridad sexual con o sin acceso carnal, sea tomando de los brazos a la víctima, u observando el hecho, emita la orden, o realice un aporte fundamental para la comisión del hecho, en un claro sentido de pertenencia [al] hecho".

Luego, afirmó que le asistía razón al recurrente:

"[P]ues, aun si los delitos referidos pudiesen ser realizados únicamente por 'propia mano' —cuestión cuya determinación es en principio ajena a la competencia de este Tribunal al tratar—

¹⁰⁵ CSJN, "Martel", Fallos, 345:298, 17/5/2022; consid. 8 del voto del Dr. ROSATTI.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

se de la interpretación de una norma de derecho común (*Fallos*. 333:2040; 332:2659, entre muchos)—, resulta evidente que ello no basta para eximir de responsabilidad a los imputados por la comisión de delitos de naturaleza sexual. La cámara concluyó de modo manifiestamente infundado que sin la intervención por mano propia correspondía descartar cualquier modo de participación, ignorando que hay otros modos de realizar aportes a la comisión del hecho cuya existencia debía desechar si pretendía, como lo hizo, excluir los delitos de abuso deshonesto y violación (artículos 45, 119, 122 y 127 del Código Penal, texto según ley 11.179)¹⁰⁷.

– *Aplicación de los estándares constitucionales y convencionales*

Al respecto, se destaca el voto conjunto de los Dres. LORENZETTI y MAQUEDA, que conformaron la mayoría. En primer lugar, señalaron que la decisión exigía una fundamentación acorde a los estándares constitucionales y convencionales relativos no solo al deber de sancionar los delitos de lesa humanidad, sino también en materia de igualdad de género.

En este sentido, indicaron que “el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, en diversos tratados y documentos prescriben la obligación por parte de toda la comunidad internacional de ‘perseguir’, ‘investigar’ y ‘sancionar adecuadamente a los responsables’ de cometer delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos (*Fallos*, 330:3248)”¹⁰⁸. Y agregaron que “el juzgamiento de los hechos imputados debe necesariamente efectuarse con perspectiva de género, aspecto que resulta de obligatoria consideración en virtud de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, conforme a lo establecido en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La

Mujer - ‘Convención de Belém do Pará’, de la cual Argentina es signataria desde 1996”¹⁰⁹.

La Corte ya había señalado en otros casos de violencias sexuales que debían aplicarse las pautas y los estándares internacionales que se derivan del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y de la ley 26.485¹¹⁰, pero no se hacía mención expresa a que la investigación y el juzgamiento debía necesariamente efectuarse con perspectiva de género¹¹¹. Con lo cual, la expresión en el fallo es un gran aporte en la materia en tanto brinda contenido al deber de debida diligencia reforzado.

Además, se deja en claro que las violencias sexuales pueden constituir crímenes de lesa humanidad. Si bien en los últimos años la jurisprudencia era conteste en este sentido, años atrás había sido objeto de discusiones y de planteos defensoristas, por ejemplo en el caso “Martel”, como expresamos en el acápite 2.

Al respecto, los jueces LORENZETTI y MAQUEDA señalaron que: “los hechos que fueron materia de condena han sido declarados como constitutivos de crímenes de lesa humanidad. El contexto en que tuvieron desarrollo, facilitó su comisión,

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ Ver, por ejemplo: “Sanelli”, *Fallos*, 343:354, 4/6/2020; y “Rivero”, *Fallos*, 345:140, 3/3/2022.

¹¹¹ Este punto reviste importancia, ya que es la primera vez que la Corte sostiene que la investigación y el juzgamiento de las violencias sexuales debe realizarse con perspectiva de género, lo que da contenido al deber de debida diligencia reforzada y es acorde a la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. En pocos fallos la Corte se había referido a la perspectiva de género, como en el caso “R., C. E.”, que remite a los fundamentos dados en el dictamen del Procurador General de la Nación, en el cual se afirmó que debía examinarse a la luz de la normativa específica sobre la violencia de género y debía investigarse con perspectiva de género el caso de una mujer imputada que aducía que había actuado por legítima defensa en un contexto de violencia de género (*Fallos*, 342:1827, 29/10/2019).

¹⁰⁷ CSJN, “Martel”, cit.; consid. 9 del voto del Dr. ROZENKRATZ.

¹⁰⁸ CSJN, “Martel”, cit., consid. 10.

así como también la impunidad de sus autores, a la vez que creó condiciones de indefensión y vulnerabilidad para las víctimas”¹¹².

– *El deber de visibilizar las violencias sexuales y su correcta calificación legal*

En su voto, los jueces LORENZETTI y MAQUEDA, siguiendo el planteo del Procurador Fiscal, señalaron que “la subsunción de una conducta en un tipo penal expresa el reproche social particular de la acción prohibida a la vez que permite que se refleje la especificidad de la agresión sufrida por la víctima”¹¹³.

Así, destacan que la violencia sexual no debe ser tratada como un delito colateral, sino que su investigación debe formar parte de cada etapa de la estrategia global de investigación de posibles torturas, crímenes de lesa humanidad que pudieran haberse cometido y que, a tal efecto, se deben investigar posibles vínculos entre los responsables directos de la violencia sexual y sus superiores jerárquicos, así como la existencia de componentes que demostrarían una intención discriminatoria¹¹⁴.

En este sentido, afirman que resulta relevante recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado “que tanto la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres como la invisibilización de la violencia sexual en el proceso penal constituyen en sí mismas actos de discriminación de la mujer en el acceso a la justicia que revelan que la investigación no ha sido conducida con una perspectiva de género de acuerdo a las obligaciones especiales impuestas por la Convención de Belem do Pará (caso ‘Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala’, sentencia del 19 de noviembre de 2015, apartados 176, 197 y 199)”¹¹⁵.

¹¹² CSJN, “Martel”, cit., consid. 9.

¹¹³ *Ibid.*, consid. 8.

¹¹⁴ *Ibid.*, consid. 10.

¹¹⁵ *Ibid.*, consid. 10.

Además, señalan “que ‘la violencia sexual puede constituir además tortura’ (‘Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México’, sentencia del 28 de noviembre de 2018, apartado 190, énfasis agregado)”. Esto en forma concordante con las sentencias del sistema interamericano que establecen la necesidad de visibilizar ambos delitos, conforme lo expusimos en el acápite 2.

e) *La sentencia de la CFCP posterior al reenvío*

En la sentencia de la Sala III de la CFCP —integrada por los jueces Dres. GEMIGNANI, BORINSKY y HORNOS—¹¹⁶, por el reenvío de la CSJN, se afirmó que se compartía la postura del *a quo* —del TOCF— en relación con la autoría por dominio funcional del hecho en los delitos sexuales. En su voto, BORINSKY señaló:

“[S]e admiten las distintas formas de autoría o coautoría, entendiendo comprobada la responsabilidad no sólo de quien accedió carnalmente a la víctima o le practicó los tocamientos o actos abusivos, sino también de todo aquel que prestó una colaboración esencial a la conformación definitiva del crimen, ya sea encerrando a la víctima en un calabozo a la suerte de su perpetrador, como el acometimiento entre varios, y aquellos que colocaron a la víctima en la condición vulnerable de ser atacada. Los responsables del cautiverio clandestino de las víctimas y de las condiciones de detención propicias para la configuración del delito y la impunidad de sus autores mediatos, tuvieron un control o codominio que permite reputarlos coautores de los abusos cometidos”¹¹⁷.

Por su parte, el Dr. HORNOS expresó que “la pregunta decisiva —la única relevante— es entonces si la definición legal

¹¹⁶ CFCP, Sala III, Causa FMZ 41001077/2011/TO1/4/1/RH3 - CFC50, caratulada “Martel, Osvaldo Benito y otros s/ recurso de casación”, rta. 9/11/2022.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 72.

de los delitos de violación y abuso deshonesto, en la redacción vigente al momento en que tuvieron lugar los hechos objeto del presente proceso penal, podían ser consideradas acciones no proyectables, esto es, acciones pasibles de integrar la categoría de delitos de propia mano"¹¹⁸. Al respecto, afirmó que "no es así", pues del simple cotejo de las normas se advierte que ya en su formulación original las conductas tipificadas "no estaban circunscriptas a la comisión con el propio cuerpo". Proporciona ejemplos de esto, en tanto afirma que "los tocamientos sexualmente connotados a los que hace alusión el abuso deshonesto mantienen ese significado aun si se los realiza mediante un objeto inanimado o mediante el dominio material de una voluntad ajena; y lo mismo ocurre cuando ese contacto sexualizado puede describirse directamente como un acceso carnal, un acceso en la carne ... cuyo contenido ilícito en nada puede depender de la naturaleza del objeto con el que se somete el cuerpo de la víctima"¹¹⁹.

Además, señala que la tesis que concibe a los delitos sexuales como delitos de propia mano "depende de una interpretación según la cual lo ilícito de tales conductas no radica en la vulneración de un derecho de la víctima, sino en la obtención de placer sexual o en la motivación lasciva o libidinosa del agente"¹²⁰.

Al respecto, afirma que esta tesis no puede ser correcta. En efecto, con cita de AROCENA y SANCINETTI, señala que el carácter ilícito de una acción no es definido unilateral o subjetivamente por el autor, sino que es "expresión de sentido" que "sólo puede comprenderse como proceso comunicativo, en el que no sólo es relevante el horizonte de quien se expresa sino también el del receptor"; y que, por tanto, "sólo puede expli-

¹¹⁸ Ibid., p. 79.

¹¹⁹ Ibid., pp. 79/80. Con cita interna de D'ALESSIO, Andrés J., y DÍVITO, Mauro, *Código Penal. Comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 243.

¹²⁰ Ibid., p. 79.

carse en función de contextos de significado, sin que tenga para ello demasiada relevancia el denominado 'ánimo lascivo'"¹²¹.

Por último, es dable señalar que los tres jueces resaltaron la importancia y obligatoriedad de juzgar con perspectiva de género, en vista de los compromisos internacionales asumidos. Al respecto, el juez HORNOS agregó:

"[E]l repaso de los diversos expedientes en los que se ha investigado la comisión de crímenes sexuales durante la última dictadura revela un patrón de comportamiento sistemático en el que las mujeres, por el sólo hecho de serlo, no solamente estaban expuestas a los peligros del secuestro, la tortura, la muerte y la desaparición forzada —entre otros comunes también a los varones— sino también al particular horror del sometimiento sexual, del que fueron víctimas de manera abrumadoramente mayoritaria (entre muchas otras, ver, de la Sala IV de esta CFPP, causas n° 14.235 'Miara, Samuel y otros s/ recurso de casación', reg. n° 2215/2014, rta. el 28/10/14; FTU 830960/2011/12/ 'Azar, Musa y otros s/recurso de casación', reg. n° 1175/15, rta. el 22/06/15; 76000019/2011/TO1 'Braga, Rafael Mariano y otros s/recurso de casación', reg. n° 1293/15, rta. el 3/07/15; CFP 14216/2003/TO2/CFC7-CFC345 'Crespi, Jorge Raúl y otros s/recurso de casación', reg. nro. 394/17, rta. el 25/04/2017; y FMZ 97000076/2012/TO1/4/CFC1, 'Petra Recabarren, Guillermo Max y otros s/recurso de casación', reg. n° 1806/19, rta. el 5/09/19).

"Así, ignorar el disvalor propio y distintivo que poseen las vejaciones sexuales constituye en sí mismo una forma de maltrato hacia las víctimas mujeres, y correlativamente, una manera inadmisibles de disolver la responsabilidad de quienes las perpetran, ordenan o toleran activamente; de invisibilizar lo

¹²¹ Ibid., p. 80. Con cita de: AROCENA, Gustavo, *Delitos contra la integridad sexual*, Advocatus, Córdoba, 2001, p. 39, con cita de JAKOBS, Günther, "El concepto jurídico-penal de acción", en *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 112. SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 2ª reimp., 2005, pp. 334-335.

que, en realidad, debería ser denunciado en los términos más enfáticos”¹²².

4. Reflexiones finales¹²³

El fallo “Martel” de la CSJN llegó diecisiete años después del histórico fallo “Simón” (2005)¹²⁴, en el que se declaró la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, y más de cuarenta años después de la comisión de los hechos. Como señalamos, la discriminación estructural, los estereotipos identitarios prejuiciosos, los mitos en torno a las violencias sexuales, las injusticias epistémicas y los obstáculos que se derivaron, demoraron la visibilización y el juzgamiento de las violencias sexuales como tales.

El fallo del más alto tribunal cierra varias de las discusiones que en los últimos veinte años se plantearon en los casos de violencias sexuales como crímenes de lesa humanidad por todo el país. En efecto, además de la importancia para el caso en particular, el fallo reviste una importancia crucial para otros casos de violencias sexuales.

¹²² *Ibíd.*, pp. 74/75.

¹²³ No quiero dejar de señalar que los jueces y fiscales que intervinieron en el caso son todos varones cis, con excepción de la jueza Liliana CATUCCI, de la sala de la CFCP, que intervino en un primer momento. Es un ejemplo más que evidencia la necesidad de representación de mujeres cis y personas LGBTBI+, con perspectiva de género, en puestos jerárquicos en el fuero federal. Ver: “Mapa de Género de la Justicia Argentina”, herramienta elaborada por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Disponible en: https://om.csjn.gob.ar/mapagenero/login/mostrarLogin.html?jsessionid=QP-8XLrxnLsP5QZ0uE64UuMvkD38zCa4m0N_lCsL6sGaGGqt0JfzD!1244265929 (última consulta: 20/5/2024). Y los mapas de género elaborados por la Dirección General de Políticas de Género de la Procuración General de la Nación. Disponibles en https://www.mpf.gob.ar/direccion-general-de-politicas-de-genero/guias_y_documentos/ (última consulta: 20/5/2024).

En primer lugar, para los casos con supuestos análogos en los que se revocaron las condenas de violencias sexuales como crímenes de lesa humanidad por entender que estos son delitos de propia mano¹²⁵. Además, debería incidir en casos de violencias sexuales en contextos de encierro, en los que se debe considerar que las violencias sexuales pueden constituir también torturas si se dan los requisitos exigidos por ambos tipos penales¹²⁶.

Por otro lado, reviste importancia para todos los casos de violencias sexuales, en tanto expresa que deben aplicarse las pautas y estándares constitucionales y convencionales en la materia y que se debe necesariamente investigar y juzgar con perspectiva de género.

Asimismo, como bien señala Diego SEITÚN, si bien el abordaje se realiza respecto de delitos sexuales cometidos en un contexto de crímenes de lesa humanidad, lo expresado por la Corte es un aporte trasladable a la dogmática de la autoría en delitos sexuales en general¹²⁷.

Esto se ve claramente en el voto del Dr. ROSATTI, que dio cuenta de que en doctrina existen concepciones superadoras que entienden que los delitos sexuales no son de aquellos considerados de propia mano. Y esto mismo fue puesto de resalto

¹²⁵ Por ej., en el caso “Mansión Seré”, en el que en 2019 la Sala I la CFCP, por mayoría —integrada por los jueces CATUCCI y RIGGI—, se remitió a lo ya decidido en el caso “Martel”; la Sra. Jueza Dra. FIGUEROA votó en disidencia. Ver CFCP, Sala I, Causa FSM 1861/2011/TO1/CFC21, carátula da “Scali, Daniel Alfredo y otros s/recurso de casación”, rta. 14/8/2018.

¹²⁶ Por ejemplo, en el caso Rivero los hechos podrían haberse tipificado como torturas en concurso ideal con violaciones sexuales. Ver: TOCF de Formosa, causa FRE 8033/2015/TO1, “Rivero, Alberto y otra s/abusos sexuales”, rta. 15/3/2017; CFCP, Sala III, causa FRE 8033/2015/TO1/CFC1, “Rivero Alberto y otra s/recurso de casación”, reg. 1285/17, rta. 26/10/2017; CSJN, “Rivero”. Fallos, 345:140, 3/3/2022.

¹²⁷ SEITÚN, Diego, “La Corte Suprema deja atrás la consideración del abuso sexual como delito de propia mano”; en: PITLEVNIK, Leonardo G., y MUÑOZ, Damián (dirección), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*

por el Dr. HORNOS en su voto en el fallo de la CFCP debido al reenvío efectuado por la Corte.

Por lo tanto, la postura cuestionada, que no tenía ningún apoyo legal en la normativa local e internacional, debe entenderse superada.

Como fue puesto de resalto en la judicialización del caso, el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y convencionales exige la visibilización y el juzgamiento de las violencias sexuales como tales, dando cuenta de la especificidad y de las implicancias de género, y la sanción de todos los responsables.

5. Bibliografía

- ALCOFF, Linda M., *Violación y resistencia. Como comprender las complejidades de la violación sexual*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2018.
- AUCÍA, Analía; BARRERA, Florencia; BERTERAME, Calina; CHIAROTTI, Susana; PAOLINI, Alejandra, y ZURUTUZA, Cristina, *Grietas en el Silencio: una investigación sobre violencia sexual en el marco del terrorismo de Estado*, CLADEM e INSGENAR, 2011.
- BACCI, Claudia; CAPURRO ROBLES, María; OBERTI, Alejandra, y SKURA, Susana, *Y nadie quería saber. Relatos sobre violencia contra las mujeres en el terrorismo de Estado en Argentina*. Buenos Aires: Asociación Civil Memoria Abierta, 2012.
- BALARDINI, Lorena; OBERLIN, Ana, y SOBREDO, Laura, "Violencia de género y abusos sexuales en los centros clandestinos de detención. Un aporte a la comprensión de la experiencia argentina". En: Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), *Hacer Justicia: nuevos debates sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad en Argentina*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011.
- BOURDIEU, Pierre, *Las estrategias de la reproducción social*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011.
- CEBALLOS, Susana, "Marie-Anne Erize: la joven que cambió una vida de modelo por un modelo de vida y desapareció en la última dictadura". En: *Infobae*, 26/3/2021, recuperado de <https://www.infobae.com/teleshows/infoshows/2021/03/26/marie-anne-erize-la->

- joven-que-cambio-una-vida-de-modelo-por-un-modelo-de-vida-y-desaparecio-en-la-ultima-dictadura/* (última consulta: 20/5/2024).
- COMISIÓN IDH (CIDH), "Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América", OAS/Ser.L/V/II. rev.2 Doc. 36, 12/11/2015.
- CORREA, Ana, "Un Nunca Más para la violencia sexual". En: *Le Monde Diplomatique*, Edición Cono Sur, octubre 2022.
- DUFFY, María Virginia, "El infierno de las anónimas: un compromiso pendiente para la justicia argentina. Análisis crítico de algunos factores que condicionan la investigación y juzgamiento de la violencia de género perpetrada durante la vigencia del terrorismo de Estado en Argentina". En: SONDERÉGUER, María (ed.), *Género y poder. Violencias de género en contextos de represión política y conflictos armados*, Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, 2012.
- DUHALDE, Eduardo L., *El Estado terrorista argentino*, EUDEBA, Buenos Aires, 1999.
- ESTRICH, Susan, *Real rape*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1988.
- "Violación". En: DI CORLETO, Julieta (comp.), *Justicia, género y violencia*, Librería, Buenos Aires, 2010.
- FILIPPINI, Leonardo, "La persecución penal en la búsqueda de justicia". En: Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), *Hacer Justicia: nuevos debates sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad en Argentina*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011.
- FRICKER, Miranda, *Injusticia epistémica: El poder y la ética del conocimiento*, traducción de R. GARCÍA PÉREZ, Herder, Barcelona, 2007.
- "Conceptos de injusticia epistémica en evolución". En *Las Torres de Lucca. Revista internacional de filosofía política*, 10(19), 2021, pp. 97-103.
- FUSCA, Daiana, *Justicia y género: violencias sexuales como crímenes de lesa humanidad* (Tesis de Maestría), Universidad Nacional de Lanús (UNLa), 2021. Disponible en: http://www.repositoriojmr.unla.edu.ar/descarga/Tesis/MDDHH/Fusca_D_Justicia_2021.pdf (última consulta: 20/5/2024).
- GARAÑO, Santiago, "Notas sobre el concepto de Estado terrorista". En *Question/Cuestión*, 1(61), vol. 1, N° 61, 2019. Disponi-

- ble en <https://doi.org/10.24215/16696581e122> (última consulta: 20/5/2024).
- GARCÍA DAUDER, Dau, y GREGORI FLOR, Nuria, "Intersexualidades". En: PLATERO, R. Lucas; ROSÓN, María, y ORTEGA, Esther (eds.), *Barbarismos queer y otras esdrújulas*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2017.
- GUILLEROT, Julie, "Reparaciones con perspectiva de género". Consultoría para la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Publicado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), 2009.
- HERCOVICH, Inés, *El enigma de la violación sexual*, Biblos, Buenos Aires, 1997.
- JARAMILLO, Isabel C., "La crítica feminista al derecho. Estudio preliminar". En WEST, Robin, *Género y teoría del derecho*, Siglo de Hombres Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Bogotá, 2000.
- JELIN, Elizabeth, "Los abusos sexuales como crímenes de lesa humanidad y el respeto a la intimidad". En: *La lucha por el pasado. Cómo construimos la memoria social*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2024.
- KALINOWSKI, Santiago, y SARLO, Beatriz, *La lengua en disputa*, Ediciones Godot, Buenos Aires, 2019.
- LARRANDART, Lucila, *Memoria, verdad y justicia. Estrategias jurídicas frente a la negación del derecho*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016.
- LONGONI, Ana, *Traiciones: La figura del traidor en los relatos acerca de los sobrevivientes de la represión*, Norma, Buenos Aires, 2007.
- MACKINNON, Catharine A., "Crímenes de guerra, crímenes de paz". En: RAWLLS, John; RORTY, Richard, y HELLER, Agnes, *De los Derechos Humanos*, Trotta, Madrid, 1998.
- MEDINA, José, "Injusticia epistémica y activismo epistémico en las protestas sociales feministas", en: *Revista Latinoamericana de Filosofía Política (RLFP)*, Vol. X, N° 8, 2021, pp. 227-250.
- OFICINA DE LA REPRESENTANTE ESPECIAL DEL SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA VIOLENCIA SEXUAL EN LOS CONFLICTOS. "Report of Workshop on Sexual Violence against Men and Boys in Conflict Situations" (OSRSG-SUC Reporte), New York, 25-26/7/2013. Traducción propia.
- PÉREZ, Moira, "Violencia epistémica: Reflexiones entre lo invisible y lo ignorable". En: *El lugar sin límites*. 1 (1), 2019, pp. 81-98. Dis-

- ponible en <http://revistas.untref.edu.ar/index.php/ellugar/article/view/288/267> (última consulta: 20/5/2024).
- PIQUÉ, María Luisa, "Dónde manda capitán, no manda marinera", en DE LA FUENTE, Javier E., y CARDINALLI, Genoveva (dir.), *Género y Derecho Penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021.
- PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN (PGN), "Consideraciones sobre el juzgamiento de los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado". Documento elaborado por la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los derechos humanos cometidas durante el terrorismo de Estado aprobado por Resolución PGN N° 557/12.
- RADI, Blas, "Notas (al pie) sobre cisnormatividad y feminismo"; en: *Ideas. Revista de filosofía moderna y contemporánea*, 11, 2020.
- RADI, Blas, y PAGANI, Constanza, "¿Qué perspectiva? ¿Cuál género? De la educación sexual integral al estrés de minorías". En: *Praxis educativa*, Vol. 25, N° 1 enero-abril 2021, pp. 4 y 10. Disponible en <https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/praxis/article/view/5351> (última consulta: 20/5/2024)
- RODRÍGUEZ AGÜERO, Laura, "Mujeres en situación de prostitución como blanco del accionar represivo: el caso del comando moralizador Pío XII, Mendoza, 1974-1976". En: ANDÚJAR, Andrea y otras (comp.), *De militancia, minifaldas y revoluciones. Exploraciones sobre los 70 en Argentina*. Colección *Un cuento propio*, dirigida por Andrea ANDÚJAR y Valeria PITA, Ediciones Luxemburg, Buenos Aires, 2009.
- RUSSELL, Wynne, "Violencia sexual contra hombres y niños". En *Revista Migraciones Forzadas. Violencia sexual: arma de guerra, obstáculo para la paz*, N° 27. España: Centro de Estudios sobre refugiados/UNFPA/Instituto Universitario de Desarrollo Social y Paz. Universidad de Alicante, 2007. Recuperado de https://www.researchgate.net/profile/Wynne_Russell/publication/260002638_Conflict-related_sexual_violence_against_men_and_boys/links/0a85e52f027dc4de22000000/Conflict-related-sexual-violence-against-men-and-boys.pdf (última consulta: 20/5/2024). Traducción propia.
- SEITÚN, Diego, "La Corte Suprema deja atrás la consideración del abuso sexual como delito de propia mano"; en: PITLEVNIK, Leonardo G., y MUÑOZ, Damián (dirección), *Jurisprudencia*

penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, T. 33, Hammurabi, Buenos Aires, 2023.

SELLERS, Patricia, "Procesos penales sobre violencia sexual en conflicto: La importancia de los derechos humanos como medio de interpretación". Disponible en: <http://www.fmyo.es/ci/es/DH/19.pdf> (última consulta: 7/5/2019).

SELLERS, Patricia, y NWOYE, Leo, "Conflict-related male sexual violence and the international criminal jurisprudence". En: ZALEWSKI, Marysia; DRUMOND, Paula; PRÜGL, Elisabeth, y STERN, Maria, *Sexual violence against men in global politics*, Routledge, Nueva York, 2018.

SIVAKUMARAN, Sandesh, "Sexual Violence Against Men in Armed Conflict". En: *European Journal of International Law*, vol. 18, N° 2, 2007, pp. 253-276.

STEMPLE, Lara, "Male rape and human rights". En: *Hastings Law Journal*, 60, 3, pp. 605-646, 2009.

TEMKIN, Jennifer, y KRAHÉ, Barbara, *Sexual assault and the justice gap: A question of attitude*, Hart, Oxford, 2008.

UNIDAD FISCAL ESPECIALIZADA EN VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES (UFEM), "Relevamiento de fuentes secundarias de datos sobre violencia sexual a nivel país y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", 2019. Disponible en: https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2019/10/Informe_UFEM.pdf (última consulta: 20/5/2024).

ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006.

Jurisprudencia

- Corte Penal Internacional

Trial Chamber VI, in the case The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda, N° ICC-01/04-02/06, 8/7/2019.

Appeals Chamber, in the case The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda, N° ICC-01/04-02/06A A2, 30/3/2021.

Tribunal Penal Internacional contra la ex Yugoslavia.

Anto Furundžija, caso IT-95-17/1-T, 10/12/1998.

ČEŠIĆ, caso IT-95-10/1-S, 11/3/2004.

Kunarac, Kovac y Vukovic, caso IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22/2/2001.

Kunarac, Kovac y Vukovic, casos IT-96-23-A e IT-96-23/1-A, 12/6/2002 (sentencia de apelación).

- Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Akayesu, caso ICTR-96-4-T, 2/9/1998.

Muhima, caso ICTR 95-1-I, 28/4/2005.

Karemera and Ndirumpatse, TC III, Judgement, Case No. ICTR-98-44-T, 2/2/2012.

- Tribunal Penal Internacional para Sierra Leona

Sesay et al., TC I, Judgement, Case No. SCSL-04-15-T, 2/3/2009.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos

"Velásquez Rodríguez vs. Honduras", 29/7/1988.

"Penal Miguel Castro Castro vs. Perú", 25/11/2006, Serie C N° 160.

"González y otras (Campo Algodonero) vs. México", 16/11/2009.

"Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala", 24/11/2009. Serie C N° 211.

"Fernández Ortega y otros vs. México", 30/8/2010. Serie C N° 215.

"Rosendo Cantú y otra vs. México", 31/8/2010, Serie C N° 216.

"Masacres de Río Negro vs. Guatemala", 4/9/2012.

"Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador", 25/10/2012. Serie C. N° 252.

"J. vs. Perú", 27/11/2013, Serie C N° 275.

"Espinoza Gonzáles vs. Perú", 20/11/2014, Serie C N° 289.

"Velásquez Paiz y otro vs. Guatemala", 19/11/2015.

"Favela Nova Brasília vs. Brasil", 16/2/2017. Serie C N° 333

"Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México", 28/11/2018.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación

"Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otro", Fallos, 315:1492, 7/7/1992.

"Giroldi", Fallos, 318:514, 7/4/1995.

"Simón", Fallos, 328:2056.

"Sanelli", Fallos, 343:354, 4/6/2020.

"Rivero", Fallos, 345:140, 3/3/2022.

"Martel", Fallos, 345:298, 17/5/2022.

- Cámara Federal de Casación Penal

CFCP, Sala 4, causa 12.821, caratulada "Molina, Gregorio Rafael s/ recurso de casación", registro 162/12, rta. 17/2/2012.

- CFCP, Sala 4, causa FTU 830960/2011/12/CFC1, caratulada "Azar, Musa y otros s/recurso de casación", 22/6/2015.
- CFCP, Sala 4, causa N° FPO 93000087/2010, caratulada "Herrero, Carlos Omar y otros s/recurso de casación", 17/7/2015; "Amarilla".
- CFCP, Sala 3, causa FMZ 41001077/2011/TO1/4/CFC2, caratulada: "Martel, Osvaldo Benito y otros s/recurso de casación", rta. 16/3/2016.
- CFCP, Sala 2, causa FRO 88000021/2010/TO1/CFC1, caratulada "Sambuelli, Danilo Alberto y otros s/recurso de casación" del registro de la sala II de la CFCP, rta. 6/4/2016.
- CFCP, Sala 3, causa FRE 8033/2015/TO1/CFC1, "Rivero Alberto y otra s/recurso de casación", reg. 1285/17, rta. 26/10/2017.
- CFCP, Sala 1, causa FSM 1861/2011/TO1/CFC21, caratulada "Scali, Daniel Alfredo y otros s/Recurso de casación", rta. 14/8/2018.
- CFCP, Sala 4, causa FMZ 97000076/2012, caratulada "Petra Recabarren, Guillermo Max y otros s/recurso de casación", 5/9/2019.

**VIOLENCIA SEXUAL EN EL PROCESO
DE JUZGAMIENTO DE LOS CRÍMENES
DEL TERRORISMO DE ESTADO.
¿QUÉ PUEDE SER DICHO?
¿QUÉ PUEDE SER ESCUCHADO?**

Por ELI GÓMEZ ALCORTA¹

Argentina lleva adelante, desde 1984 hasta la actualidad, un proceso de juzgamiento de los crímenes cometidos por la última dictadura cívico-militar-ecclesiástica que, con avances y retrocesos, es único a nivel mundial.

El presente artículo intentará desarrollar, muy brevemente, algunas consideraciones vinculadas a una de las implicancias del rediseño social, político y económico que buscó el terrorismo de Estado por medio del plan sistemático de represión ilegal: la normalización de ciertas mujeres y LGBTQ+ por medio de la violencia sexual. A tal fin, describiremos las dificultades que han tenido, y aún tienen, las víctimas de aquellos delitos para lograr que el Poder Judicial habilite la escucha y dé lugar y entidad a estos sucesos, con las consecuencias que se reflejan en las calificaciones, las narrativas y las representaciones.

Este artículo se escribe en un momento en el que Argentina se encuentra atravesando una ofensiva negacionista muy

¹ Abogada y docente feminista.