

LEONARDO G. PITLEVNIK
DIRECCIÓN

Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

20

Derecho a la vida. Consentimiento del paciente
Requisas de automotores. Facultades del acusador privado.
Competencia federal y provincial. Sanciones administrativas.
Libertad de expresión. Delitos políticos. Amplitud probatoria
y violencia contra las mujeres.
Sindicalización y derechos laborales en prisión

Autores: ALBERTO M. BINDER – ALEJANDRO CARRIÓ – RAMIRO GUAL – SEBASTIÁN GUIDI
MARTÍN HEVIA – MARÍA LUISA PIQUÉ – DANIELA SCHNIDRIG – EUGENIO C. SARRABAYROUSE

Sumarios a cargo de **Damián R. Muñoz**

NUEVA SERIE



hammurabi
JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR

A — SUMARIO

**CSJN, 15/10/15, "Ortega, Daniel Héctor s/Causa n° 1011/2013",
CSJ 105/2014 (50-0)/CS1**

Violencia contra la mujer. Limitaciones recursivas del Ministerio Público Fiscal. Tensiones entre la obligación convencional de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer. Admisibilidad de la vía extraordinaria.

a — Antecedentes

La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal declaró mal concedido el recurso que el Ministerio Público Fiscal dirigió contra la absolución dictada por el Juzgado Nacional en lo Correccional n° 2 en el caso en el que se le imputó a D. H. O. la comisión de los delitos de desobediencia y lesiones en perjuicio de quien había sido su pareja. Fundó su decisión en el hecho de que, en la discusión final del debate, la fiscal interviniente solicitó la aplicación de una pena menor a tres años de privación de libertad —ocho meses de prisión— por lo que la sentencia absolutoria sería inimpugnabile por la vía de la casación para esa parte en virtud de la disposición del art. 458, inc. 1° del CPPN. Contra ese pronunciamiento, el fiscal general ante la Cámara Federal de Casación Penal interpuso recurso extraordinario que el *a quo*, a su turno, declaró inadmisibile. Ello motivó esta queja.

La fiscal sostuvo en su impugnación que la jueza correccional consideró incierto que fuera precisamente O. quien acosó y golpeó a Á. la noche de los hechos, en virtud de que prescindió injustificadamente de prueba indiciaria consistente con el testimonio de la propia víctima —reputado verídico en la sentencia— y rechazó la aplicación al caso del art. 16, inc. i) de la ley 26.485. Esa norma dispone que en los procesos, como este, en los que se ventila un caso de violencia contra la mujer, ha de garantizarse el derecho a "la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos". A pesar de que destacó en su sentencia que "el hecho objeto de la presente constituye un caso de violencia contra la mujer, confor-

me la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)", la magistrada estimó que la cláusula del art. 16, inc. i) de la ley 26.485 no resultaba aplicable, sin brindar más argumento que el hecho de que el acoso y los golpes sufridos por Á. tuvieron lugar en la vía pública, durante la madrugada, lo que "los diferencian de los hechos de violencia ocurridos en la intimidad del hogar".

b — Admisibilidad de la vía extraordinaria

(1). Encuentro razón en el planteo del recurrente pues, al impugnar la sentencia absolutoria, la representante del Ministerio Público cuestionó la inteligencia que la jueza correccional dio al art. 16, inc. i) de la ley 26.485 —reglamentaria de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, así como la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (art. 3º) y cuyas disposiciones son de orden público (art. 1º)— y la decisión fue contraria a la pretensión que fundó en él (del *dictamen* del procurador fiscal cuyos términos da por reproducidos el voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda).

(2). La recurrente planteó una cuestión federal en los términos del art. 14, inc. 3º de la ley 48, por lo que resulta de aplicación la doctrina de la Corte según la cual, sin perjuicio de la validez de las restricciones a las facultades recursivas del Ministerio Público según lo decidido en el precedente "Arce" respecto de cuestiones de derecho común o meros errores *in procedendo*, cuando está en juego el examen de un agravio de carácter federal no es posible soslayar la intervención de la Cámara Federal de Casación Penal como tribunal intermedio (del *dictamen* del procurador fiscal cuyos términos da por reproducidos el voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda).

c — Limitaciones recursivas del Ministerio Público Fiscal.

Tensiones entre la obligación convencional de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer

(1). La decisión del *a quo* está también en tensión con el deber de "actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer" que impone sobre el Estado Nacional la Convención de Belém do Pará (en particular, su art. 7º, inc. b) tal como ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cf., por ejemplo, Corte IDH, "Caso González y otras ['Campo Algodonero'] v. México", sentencia del 16/11/09) y por la Corte al resolver el caso G. 61.XL VIII, "Gónzora, Gabriel Arnaldo s/Causa n° 14.092", sentencia del 23/4/13 (del *dictamen* del procurador fiscal cuyos términos da por reproducidos el voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda).

(2). De acuerdo con esa interpretación, cuando en un caso de violencia contra la mujer la parte acusadora impugna la sentencia de absolución alegando, no un mero error en la valoración de la prueba, sino el vicio de arbitrariedad, no es posible desoír el planteo—como lo ha hecho el *a quo*— mediante la sola aplicación de los límites for-

males del art. 458 del CPPN, sin evaluar el mérito de la petición. En este sentido, creo oportuno señalar que, según lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es una parte importante de la obligación internacional asumida para la eliminación de prácticas sociales discriminatorias, como las que se expresan en la violencia de género, el asegurar que los procedimientos en los que se ventilan ataques discriminatorios sean conducidos de modo que no se socave la confianza de los miembros del grupo discriminado en la capacidad y disposición de las autoridades de protegerlos de la amenaza de violencia discriminatoria (Corte IDH, caso "González y otras ['Campo Algodonero'] v. México", cit., § 293). Al desatender con rigor formalista la petición de quien alegaba que una acusación por hechos de violencia contra la mujer había sido desechada arbitrariamente, el *a quo* no cumplió, en mi opinión, con ese compromiso (del *dictamen* del procurador fiscal cuyos términos da por reproducidos el voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda).

d — Resolución

Se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada.

B — ANÁLISIS DEL FALLO

**AMPLITUD PROBATORIA, DEBIDA DILIGENCIA Y VIOLENCIA
CONTRA LAS MUJERES. ¿EL PRINCIPIO DEL FIN
DE LOS LÍMITES OBJETIVOS AL RECURSO
DE CASACIÓN DE LA FISCALÍA?**

por **MARÍA LUISA PIQUÉ ***

A primera vista, "Ortega" es un caso —uno de los tantos— que gira en torno a los límites objetivos que el Código Procesal Penal de la Nación impone al Ministerio Público Fiscal en su facultad de impugnar las sentencias absolutorias, y de la posibilidad de sortear esos límites cuando se suscita un caso federal.

Así planteado, no es novedoso ni presenta demasiados desafíos. La doctrina de los precedentes "Di Mascio"¹, "Di Nunzio"² y "Martino"³ permitían hacer un pronóstico acertado de cómo la Corte resolvería —y terminó resolviendo— el caso.

Sin embargo, "Ortega" es mucho más que eso.

* Agradezco a LEONARDO PITLEVNIK por sus comentarios a una versión anterior de este trabajo y a MARIANO FERNÁNDEZ VALLE, por su lucidez y su paciencia.

¹ CSJN, 1/12/88, CSJN-Fallos, 311:2478.

² CSJN, 3/5/05, CSJN-Fallos, 328:1108.

³ CSJN, 27/12/06, CSJN-Fallos, 329:6002.

Por sobre todas las cosas, es una ratificación del compromiso que ha asumido la Corte Suprema en estos últimos años en materia de violencia contra las mujeres basada en el género⁴. Así, es posible ubicarlo en una serie de fallos que arrancó con "Leiva"⁵, siguió con "F. A. L."⁶ y tuvo su punto culminante en "Góngora"⁷, donde la Corte fue interpretando y aplicando la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (o "Convención de Belém do Pará").

En "Ortega" la Corte continuó en esta dirección y se dedicó a analizar los límites objetivos al recurso de casación de la fiscalía a la luz del deber de debida diligencia del art. 7°. Y en esta tarea, invitó a reflexionar sobre las reglas generales sobre recolección y valoración de la prueba, y en particular el principio de amplitud probatoria, cuando son aplicadas a los casos de violencia de género, y los derechos de las víctimas en estos procedimientos.

Pero más allá de los derechos de las mujeres, "Ortega" también es un fallo que nos lleva a pensar si no estamos ante el principio del fin de los límites objetivos a los recursos de la fiscalía contra sentencias absolutorias —y todo lo que eso podría significar—.

§ 1. Los hechos

D. H. O. fue llevado a juicio oral por haber desobedecido una orden judicial y por haberle producido lesiones leves a su expareja. Finalizado el debate, el Ministerio Público Fiscal acusó a O. por los delitos de desobediencia y lesiones leves dolosas en concurso ideal y pidió una pena de ocho meses de prisión de efectivo cumplimiento. Sin embargo, el tribunal de juicio⁸ dictó una absolución⁹.

Si bien tildó de "verídico" el testimonio de M. F. A., consideró que la prueba era insuficiente para acreditar que hubiera sido precisamente O. quien había acosado y golpeado a A. la noche de los hechos.

⁴ Por una cuestión de simplificación del lenguaje, a lo largo de este comentario utilizaré indistintamente los conceptos de "violencia contra las mujeres", "violencia contra la mujer" y "violencia de género", siempre en alusión a la violencia contra las mujeres basada en su género aun cuando estos conceptos no siempre sean intercambiables.

⁵ CSJN, 1/11/11, *CSJN-Fallos*, 334:1204.

⁶ CSJN, 13/3/12, *CSJN-Fallos*, 335:197.

⁷ CSJN, 23/4/13 "Góngora", *CSJN-Fallos*, 336:392.

⁸ Se trataba de un juzgado unipersonal nacional en lo correccional pero para simplificar me referiré a él como "tribunal de mérito" o "tribunal de juicio".

⁹ Juzg. Nac. Corr. sent. del 17/6/13.

El tribunal reconoció que el hecho configuraba un supuesto de violencia contra la mujer basada en el género en los términos de la Convención de Belém do Pará. Sin embargo, descartó la aplicación del principio de "amplitud probatoria", previsto en el art. 16, inc. i) de la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, dado que los acontecimientos habían ocurrido en la vía pública, lo que lo diferenciaría de "los hechos de violencia ocurridos en la intimidad del hogar".

Con esa absolució, a juzgar por el art. 458 del CPPN, el caso estaba terminado. Este artículo limita las facultades recursivas del Ministerio Público contra la sentencia absolutoria para aquellos casos donde haya pedido la condena del imputado a más de tres años de pena privativa de la libertad o a inhabilitación por cinco años o más. Por lo tanto, el Ministerio Público Fiscal carecía de facultades para recurrir.

A pesar de las restricciones legales, la fiscalía interpuso un recurso de casación y sostuvo que la intervención de ese tribunal era obligada porque estaba planteando un caso federal. Concretamente, alegó una errónea aplicación de la ley sustantiva e inobservancia de normas procesales (art. 456, incs. 1º y 2º, CPPN), con afectación a la Convención de Belém do Pará y a la ley 26.485. Tildó la sentencia de arbitraria e incompatible con la prueba producida durante el debate y cuestionó la interpretación del principio de amplitud probatoria del art. 16, inc. i). Trajo a colación los deberes que el art. 7º de la Convención imponen al Estado argentino, cuyo incumplimiento podría producir responsabilidad internacional.

El tribunal de mérito concedió el recurso de casación, pero la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal lo consideró mal concedido¹⁰. Invocó la doctrina de la Corte Suprema en "Arce" y los casos que lo sucedieron¹¹, de acuerdo con la cual las limitaciones a las facultades recursivas del Ministerio Público Fiscal no violan la garantía de doble instancia y consideró que, en el caso concreto, la acusación no había argumentado adecuadamente la existencia de una cuestión federal que habilitara su intervención como tribunal intermedio, según el precedente "Martino".

Contra esa decisión, el representante del Ministerio Público Fiscal interpuso un recurso extraordinario federal y luego una presentación directa ante la Corte¹², donde insistió con la arbitrariedad de la sentencia absolutoria, con la irrazonable interpretación de la normativa aplicable y con la obligada intervención de la CFCP a fin de tratar las cuestiones federales introducidas.

¹⁰ CFCP, Sala II, 28/2/14, reg. n° 278/2014, causa n° 1011/2013.

¹¹ CSJN-Fallos, 320:2145 ("Arce"); 324:1365 ("Nicolai"); 324:3269 ("Mainhard"); 325:503 ("Da Conceicao Texeira").

¹² El recurso extraordinario federal fue rechazado el 9/5/14 (reg. n° 768/2014 de la Sala II).

§ 2. Los antecedentes de la Corte

"Ortega" está lejos de ser pionero en materia de límites objetivos al recurso de casación de la fiscalía. Apenas se estableció una cámara de casación penal en el ámbito federal y se creó el recurso de casación, las diferentes partes del proceso intentaron superar los límites objetivos que la ley impone a sus facultades recursivas.

En relación con el Ministerio Público Fiscal, un primer intento consistió en cuestionar la validez de los límites a la luz de la garantía de la doble instancia. Sin embargo, ese intento no corrió la misma suerte que el de la defensa en "Gioldi". En "Arce", la Corte sostuvo que la garantía de la doble instancia tiene anclaje en los pactos internacionales de derechos humanos, los cuales están dirigidos, precisamente, a los seres humanos y en beneficio de ellos, y no de los Estados. Así lo indica además la propia letra de los tratados en relación con la doble instancia: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo consagra para "*toda persona condenada*", mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en beneficio del "*inculpado*". El Ministerio Público Fiscal, en tanto órgano estatal, no puede estar amparado por esa garantía. Sus facultades recursivas tienen jerarquía meramente legal, y el legislador puede decidir, válidamente, limitarlas por razones de política criminal¹³.

Aún así, la Corte no obtuvo toda posibilidad de superar los límites objetivos del art. 458 del CPPN, sino que aclaró que, en las particulares circunstancias de "Arce", estos eran válidos porque no se había demostrado una afectación a "*la validez de otras normas constitucionales*".

En "Garrafa"¹⁴, la Corte nuevamente puso un coto a los intentos de la fiscalía de superar los límites. Esta vez, anuló la resolución de un tribunal superior de justicia local en tanto había declarado admisible un recurso de casación del Ministerio Público Fiscal contra una absolucón, pese a que no tenía facultades legales para recurrir por esa vía¹⁵. El argumento fue que la decisión del tribunal de declarar admisible el recurso, revocar la absolucón y reenviar para que se hiciera un nuevo juicio, violaba las formas sustanciales del juicio (acusación, defensa, prueba y sentencia) y el derecho de defensa (art. 18, CM) porque habían sido dictadas en exceso de la jurisdicción que la ley le acordaba al tribunal de revisión. En tanto no mediara una de-

¹³ Tiempo después, la querrela también reclamó la inconstitucionalidad de los límites objetivos a sus propias facultades recursivas. La Corte, sin embargo, se rehusó a afirmar si estos topes eran o no constitucionalmente válidos en relación con la querrela, y se limitó a resolver que el derecho legal a recurrir no podía ser restringido de forma arbitraria —CSJN, 27/12/06, "Juri", CSJN-Fallos, 329:5994.

¹⁴ CSJN, 31/10/06, CSJN-Fallos, 329:4688.

¹⁵ Los topes eran similares a los del art. 458 del CPPN.

claración de inconstitucionalidad de los límites objetivos al recurso de casación, el tribunal carecía de competencia para anular la sentencia absolutoria.

Sin embargo, a la vez que la Corte limitaba la actividad recursiva del Ministerio Público, ampliaba la jurisdicción de la Cámara Federal de Casación Penal a través de la doctrina del "tribunal intermedio". De acuerdo con esta doctrina, más allá de los límites que la ley impone a su jurisdicción (arts. 456 a 459, *CPPN*), la intervención de dicho tribunal es obligatoria para tratar las cuestiones federales que planteen las partes.

Para llegar a esta conclusión, la Corte en "Di Nunzio" equiparó a la Cámara de Casación Federal con los tribunales judiciales superiores de cada provincia. Estos últimos, de acuerdo con la doctrina de "Di Mascio", están obligados a pronunciarse sobre las cuestiones federales aptas para ser resueltas por la Corte. Dicha obligación se deriva del art. 31 de la *CN*, que establece un orden de prelación normativa y manda a las autoridades provinciales a conformarse a la Constitución "... no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales ...". Esta norma, que da origen al llamado "control difuso de constitucionalidad", está reglamentada por la ley 48, de acuerdo con la cual todo pleito radicado ante la justicia provincial en el que se susciten cuestiones federales, deberá arribar a la Corte sólo después de haber "fenecido" ante el órgano máximo de la judicatura local. Por lo tanto, según la Corte en "Di Mascio", cualquier obstáculo (sea normativo o jurisprudencial) a las facultades de los superiores órganos locales de garantizar el orden del art. 31 de la *CN* reduce indebidamente la zona de reserva jurisdiccional de las provincias.

En el caso "Di Nunzio", la Corte trasladó la doctrina de "Di Mascio" a la justicia nacional con competencia criminal y correccional en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y sostuvo que la Cámara Nacional de Casación Penal¹⁶, en su carácter de "intermedio" era el "superior" a los fines del recurso extraordinario federal (art. 14, ley 48) y por lo tanto debía intervenir cuando se invocaran agravios de naturaleza federal que habilitaran la competencia de la Corte por dicha vía.

La Corte no aporta, sin embargo, argumentaciones adicionales para justificar este trasplante que, por cierto, no es tan evidente. Al tratarse de la justicia federal o nacional con competencia en la CABA, el argumento de salvaguardar el ámbito jurisdiccional reservado por las provincias, no sería del todo aplicable.

¹⁶ El tribunal al que aludía la Corte era la actualmente denominada Cámara Federal de Casación Penal, que en ese momento tenía también jurisdicción respecto de la justicia nacional ordinaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Actualmente, ese papel lo cumple la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, creada por ley 26.371. En relación con el carácter de "tribunal intermedio" de la CNCP, esto ya había sido sostenido por la Corte en el caso "Giroldi".

Esta obligada intervención de la Cámara de Casación, establecida jurisprudencialmente, fue la herramienta para que empezaran a ceder los límites objetivos del recurso de la fiscalía.

Esto ocurrió en el caso "Martino" (2006) donde se discutía la procedencia de un recurso de casación de la fiscalía contra la decisión de un tribunal de juicio que, en el marco de la homologación de un acuerdo de juicio abreviado, había declarado la inconstitucionalidad de las penas accesorias del art. 12 del CP. De acuerdo con los límites objetivos del art. 458 del CPPN, el recurso de casación contra la declaración de inconstitucionalidad era improcedente, y así lo había declarado el tribunal de casación.

El Ministerio Público Fiscal llevó el caso a la Corte, aunque en lugar de cuestionar la constitucionalidad de dichos topes (estrategia que no había dado buenos resultados en "Arce"), trajo a colación la jurisprudencia de "Di Mascio" y "Di Nunzio".

La Corte le dio la razón a la parte acusadora. Sostuvo que el tribunal de casación no podía omitir su intervención bajo pretextos formales y que debía tratar los agravios federales en su calidad de tribunal intermedio, incluso con límites recursivos mediante.

Para resumir, según la jurisprudencia de la Corte, los límites objetivos al recurso de casación del Ministerio Público Fiscal contra sentencias absolutorias, no violan la garantía de la doble instancia ("Arce"). Por lo tanto, si el legislador decide limitar dicha actividad, el Ministerio Público no tiene un agravio constitucional fundado en esa garantía. Pero esto no significa que esos límites sean inamovibles.

Una vía para sortearlos es declarándolos inconstitucionales ("Garrafa"), aunque el Ministerio Público Fiscal deberá plantear por qué, en un caso concreto, la restricción suscita algún agravio constitucional que no sea la garantía de la doble instancia ("Arce").

Otra vía es introducir, en el recurso de casación, una cuestión federal. Esto obliga al tribunal de casación a intervenir en su carácter de tribunal intermedio ("Giroldi", "Di Mascio" y "Di Nunzio") y por lo tanto, obligaría a dicho tribunal a abrir los recursos del Ministerio Público Fiscal ("Martino").

La elección de una u otra vía no es irrelevante, ya que determinará la jurisdicción del tribunal de revisión: en la segunda vía, la jurisdicción queda limitada al tratamiento de la cuestión federal concreta. Es decir, aparece un nivel de revisión más escueto que aquel al que daría lugar la declaración de inconstitucionalidad de los límites. El recurso de casación, en estos casos, sería la "forma" de introducir la cuestión federal, pero habilitaría la jurisdicción del tribunal solamente en relación con esa cuestión.

Aún así, podría decirse que la diferencia entre la elección de una u otra vía es tan solo aparente. Muchas veces, las cuestiones federales coinciden en lo sustantivo con los motivos de procedencia del recurso de casación. Y si la cuestión federal es la arbitrariedad, la jurisdicción queda habilitada para una amplia revisión de cuestiones de hecho y prueba. La doctrina de "Martino", en este sentido, puede conducir

a que, en los hechos, los topes recursivos del Ministerio Público Fiscal queden desdibujados y en última instancia, eliminados, como si hubieran sido declarados inconstitucionales.

En "Ortega", el Ministerio Público había encauzado su planteo en esta segunda vía. Por lo tanto, la primera cuestión en la que la Corte se concentró fue si en el recurso de casación había alguna cuestión federal.

§ 3. La decisión de la Corte I¹⁷: la cuestión federal y los derechos de las mujeres víctimas de violencia en los procedimientos judiciales y administrativos

La Corte se centró en la disputa interpretativa que había entre el Ministerio Público Fiscal y el tribunal de mérito en torno al art. 16, inc. i) de la ley 26.485. Esta ley está compuesta de dos partes.

En la primera (arts. 1° a 18), define la "violencia contra las mujeres", describe los tipos y modalidades de esa violencia y prescribe las políticas públicas que deberán implementar los distintos organismos estatales. Además, enumera una serie de derechos que gozan las mujeres víctimas de esos tipos de violencia (art. 16). Esta parte de la ley es de "orden público" y de aplicación en todo el territorio de la República (art. 1°).

En la segunda parte (arts. 19 a 40), regula un procedimiento cautelar de protección. Esta parte de la ley quedó expresamente exceptuada de los alcances del art. 1°—es decir ni es "de orden público" ni de aplicación en todo el país— aunque las jurisdicciones locales podrán, en el ámbito de sus competencias, dictar sus normas de procedimiento o adherir a ese régimen procesal (art. 19)¹⁸.

El art. 16, inc. i) está en la primera parte de la ley y consagra el derecho de las mujeres víctimas de violencia, en cualquier procedimiento administrativo o judicial, a "*... la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos*"¹⁹.

¹⁷ La Corte compartió los fundamentos y conclusiones del dictamen del procurador fiscal del 27/2/15.

¹⁸ De acuerdo con el informe confeccionado por Perla Prigoshin, al 14/3/13 la mayoría de las provincias adhirió a la ley, con excepción de Catamarca, Misiones, San Juan y Córdoba. <http://perlaprigoshin.com.ar/2013/03/14/estado-de-situacion-adhesion-provincial-a-ley-nacional-26-485/>. Misiones finalmente adhirió mediante ley IV, n° 68, del 24/9/15 y Catamarca el 14/12/14 (ley 5434). Más allá de esa ratificación, la mayoría de las provincias ha regulado su propio procedimiento cautelar de medidas de protección.

¹⁹ Esta no es la única disposición sobre la prueba que aparece en la ley en la cuestión. En la segunda parte de la ley, hay una norma parecida, que dispone que: "*Regirá el principio de amplia li-*

Para la Corte, el planteo del Ministerio Público Fiscal suscitaba una cuestión federal en los términos del inc. 3° del art. 14 de la ley 48²⁰, lo que importa afirmar que se trataba de un cuestionamiento de la "inteligencia" dada a alguna cláusula de derecho federal, en este caso, el art. 16, inc. i) de la ley 26.485. Al encuadrar de esta forma la cuestión federal, entonces, la Corte, dejando a un lado su doctrina sobre el carácter no federal las disposiciones procesales contenidas en leyes federales²¹, asignó el carácter de federal al art. 16 de la ley 26.485.

§ 4. La decisión de la Corte II: límites a las facultades recursivas del Ministerio Público Fiscal y el deber de debida diligencia

Luego de afirmar que el Ministerio Público Fiscal, efectivamente, había planteado un caso federal, la cuestión sobre la admisibilidad del recurso de casación se resolvía sin demasiado esfuerzo con la jurisprudencia previa. Efectivamente, la Corte sostuvo que era obligatoria la intervención de la CFCP y que el recurso había sido mal denegado, con referencia a "Di Nunzio" y "Martino".

Pero la Corte no se limitó a reprochar el apartamiento de su doctrina, sino que afirmó también que la decisión de negarse a tratar el recurso de la fiscalía se había debido a un "rigor formalista" y estaba en tensión con la obligación internacional de prevenir, sancionar e investigar con debida diligencia la violencia contra las mujeres.

La Corte trajo a colación la interpretación de la Corte IDH, de acuerdo con la cual la debida diligencia obliga a asegurar que los procedimientos donde se ventilan ataques discriminatorios sean conducidos de modo que no se socave la confianza de los miembros del grupo discriminado en la capacidad y disposición de las auto-

bertad probatoria para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes" (art. 31).

²⁰ En sus presentaciones anteriores el Ministerio Público Fiscal había invocado arbitrariedad. Más aún, en otra parte del dictamen, el procurador fiscal alude a que la decisión del tribunal de mérito había sido impugnada por un "vicio de arbitrariedad". Sin embargo, ambos encuadres de la cuestión federal están inescindiblemente unidos, ya que en definitiva el Ministerio Público Fiscal cuestionaba, por arbitraria, la interpretación que había hecho el tribunal de juicio de la ley 26.485.

²¹ Por el hecho de estar en una ley federal, las disposiciones procesales no adquieren necesariamente ese carácter y por lo tanto, las divergencias en su interpretación no configuran una cuestión federal a los fines del recurso extraordinario. Véase CSJN, 25/6/96, "Hilandería Fueguina S.A. c. A. N. A.", CSJN-Fallos, 319:1057; ídem, 17/3/92, "Partido Obrero", CSJN-Fallos, 315:380; ídem, 10/8/89, "Peralta", CSJN-Fallos, 312:1332.

ridades de protegerlos de la amenaza de ese tipo de violencia. De aquí, la Corte derivó que, cuando en un caso de violencia contra la mujer la parte acusadora impugna una sentencia absolutoria alegando arbitrariedad—y no un mero error en la valoración de la prueba—, los órganos jurisdiccionales deben evaluar los méritos de la petición y no negarse a oír el planteo aplicando automáticamente los límites formales del Código de procedimientos. En consecuencia, la decisión del tribunal de casación de declarar, con “rigor formalista”, improcedente el planteo del Ministerio Público Fiscal, había incumplido la debida diligencia.

Este análisis de compatibilidad—o incompatibilidad— entre los límites objetivos del art. 458 del *CPPN* y el deber de debida diligencia, no puede pasarnos desapercibido. Ese deber de debida diligencia, en tanto integra la *CADH*²², tiene jerarquía constitucional, y en tanto integra la Convención de Belém do Pará tiene jerarquía superior a leyes (art. 75, inc. 22, *CN*). La afirmación de que una norma de jerarquía legal como el art. 458 del Código Procesal Penal pone en tensión una norma de carácter superior—en particular, tratados internacionales de derechos humanos—, no es otra cosa que lo que corrientemente llamamos “control de constitucionalidad” y “control de convencionalidad”.

“Ortega”, sin embargo, había llegado a la Corte como un caso donde se discutía si la fiscalía había introducido o no una cuestión federal en su recurso de casación y no donde se discutía la constitucionalidad del art. 458 del *CPPN*. Es decir, era un caso sobre los contornos de la doctrina de “Di Nunzio” y “Martino”—y no los de “Arce” o “Garrafa”—. Aún así, si bien en lo formal su decisión se ajustó a los términos en los que venía planteado el caso, la Corte tácitamente cambió el eje de la discusión y controló la convencionalidad y constitucionalidad de los límites objetivos del art. 458 del *CPPN* en su aplicación al caso concreto, a la luz de dos tratados internacionales de derechos humanos.

Y así el Ministerio Público en “Ortega” finalmente logró lo que no había logrado en “Arce”: que esos límites sean considerados inconstitucionales y anticonvencionales, al menos respecto de aquellos casos de violencia de género en los que tilda de arbitraria una sentencia absolutoria.

§ 5. «Ortega» y sus posibles derivaciones

El fallo de la Corte en “Ortega” abre la puerta a una serie de interrogantes y discusiones que muy probablemente sean objeto de litigio en casos venideros, particularmente en lo que atañe a tres cuestiones: los derechos de las víctimas en el procedimiento, el significado y alcance del llamado “principio de amplitud probato-

²² De acuerdo con la interpretación hecha por la Corte Interamericana del deber de garantía del art. 1º.1 en el caso “Velásquez Rodríguez”. Sobre esto volveré más adelante.

ria" y la compatibilidad del deber de debida diligencia con los límites objetivos al recurso de casación del Ministerio Fiscal ante sentencias absolutorias en casos de violencia contra las mujeres.

Analizaré cada cuestión por separado.

**a) Los derechos de las víctimas
en los procedimientos**

La afirmación de que el art. 16, inc. *í*) tiene carácter federal puede repercutir de forma muy significativa en el contacto de las mujeres víctimas de violencia con el sistema de administración de justicia.

Esto es así porque una primera derivación consiste en que el derecho a la "amplitud probatoria" podrá ser oponible por cualquier mujer víctima de violencia, no solo en "cualquier procedimiento judicial o administrativo" sino también en cualquier jurisdicción del territorio argentino, incluso en aquellas provincias que no hayan adherido a la ley o que hayan establecido procedimientos (de cualquier carácter) que desconozcan ese derecho²³.

Pero además, esta conclusión puede extenderse un poco más todavía, de modo tal de que abarque a los demás derechos contemplados en el art. 16, ya que no habría razones válidas para trazar distinciones entre uno y otros.

Entre los demás derechos de las víctimas consagrados en el art. 16, se encuentran la gratuidad de las actuaciones judiciales y del patrocinio jurídico preferentemente especializado, la obtención de una respuesta oportuna y efectiva, ser oída personalmente por el juez y por la autoridad administrativa competente, que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte, la protección judicial urgente y preventiva, la protección de su intimidad y la confidencialidad de las actuaciones, participar y ser informada del procedimiento, el trato humanizado y no revictimizante, oponerse a la realización de inspecciones sobre su cuerpo por fuera del estricto marco de la orden judicial y a ser acompañada durante los peritajes por alguien de su confianza y a que esos peritajes sean realizados por personal profesional especializado y formado con perspectiva de género, y a contar con mecanismos eficientes para denunciar a los funcionarios por el incumplimiento de los plazos y otras irregularidades.

²³ Esta idea, por cierto, ya venía sugerida en el primer y único caso donde se había discutido el alcance del principio de amplitud probatoria del art. 16, inc. *í*), "Leiva", específicamente en el voto de las juezas Highton y Argibay, quienes lo invocaron incluso cuando el caso había tramitado en la provincia de Catamarca, que en ese momento ni siquiera había adherido a la ley 26.485 y que no involucraba un procedimiento cautelar sino la validez de una sentencia condenatoria dictada contra una mujer por el homicidio de su pareja en un contexto que indicaba una posible situación de legítima defensa en el marco de violencia intrafamiliar.

La Corte, en consecuencia, y tal vez sin proponérselo, con el fallo "Ortega" produjo un enorme avance en materia de derechos de las víctimas de violencia de género en los procedimientos judiciales en general y el proceso penal en particular.

*b) El alcance del principio
de amplitud probatoria*

En "Ortega" no estaba en discusión que el hecho objeto del proceso configurara violencia de género. El propio tribunal de mérito así lo había afirmado. La discusión que sobrevolaba todo el caso era, en esencia, el alcance del principio de amplitud probatoria y su aplicación, o no, a los casos de violencia de género que, como "Ortega", no ocurren en la "intimidación del hogar".

La Corte no se pronunció sobre el fondo del asunto, sino que delegó esta tarea hermenéutica en la CFCP. Sin embargo, a fin de evaluar esta distinción, es importante tener en cuenta cuáles son las características que hacen que un hecho pueda ser considerado como "violencia de género" —a fin de evaluar si la distinción según el lugar en donde ocurren tiene alguna justificación— y cuál fue el sentido de la incorporación del principio de amplitud probatoria en el art. 16, inc. i) de la ley 26.485.

A la hora de caracterizar un acto de violencia contra una mujer como "violencia de género" la localización geográfica de un hecho es una cuestión periférica. La variable relevante es que ese acto haya estado "... basado en una relación desigual de poder ..." (art. 4º, ley 26.485) o en el género de la mujer (art. 1º, Convención de Belém do Pará) o "especialmente dirigido" contra una mujer en su condición de tal²⁴.

Ciertamente, la violencia doméstica o intrafamiliar, es decir, la violencia que ocurre en el marco de relaciones afectivas (fundamental aunque no exclusivamente, cónyuges y excónyuges, parejas y exparejas mediere o no convivencia), tiende a ocurrir en el interior de los hogares dado el vínculo entre el agresor y la víctima y las dinámicas propias de los vínculos interpersonales en general. Pero esa no es la propiedad definitoria de ese tipo de violencia.

Como explica Copelon, la violencia doméstica es un fenómeno "sistémico y estructural, un mecanismo de control patriarcal sobre las mujeres que se construye sobre la superioridad masculina y la inferioridad femenina, sobre papeles y expectativas estereotipados según el sexo, y la predominancia económica, social y política del hombre y la dependencia de la mujer (...). A través de la violencia el hombre busca tanto negar como destruir el poder de la mujer. A través de la violencia el

²⁴ Corte IDH, caso "Perozo y otros v. Venezuela", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 295 y caso "Ríos y otros v. Venezuela", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 279, ambos del 28/1/09.

hombre busca y confirma la devaluación y deshumanización de la mujer”²⁵. Este tipo de violencia es un “deber o signo de masculinidad” que atraviesa profundamente nuestra cultura, y que es ampliamente practicado, negado y muchas veces inmune a la sanción legal²⁶.

Lo relevante, entonces, a la hora de caracterizar un acto violento contra una mujer como violencia de género en el ámbito intrafamiliar es el vínculo que une al agresor y la víctima, vínculo que a su vez se inscribe en este contexto de asimetría, control patriarcal y roles estereotipados. En ese aspecto, estos hechos efectivamente ocurren en el “hogar” o en la “intimidación”, aunque no en sentido literal. Aquí, “hogar” e “intimidación” aluden a ese marco o contexto. La propia ley 26.485, al definir “violencia doméstica” establece que es aquella “... ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, *independientemente del espacio físico donde ésta ocurra...*” (art. 6º, inc. a —el destacado es propio—).

Pero más allá de que la localización del hecho no incide en la caracterización de un acto como violencia contra la mujer, resta analizar si esto sí podría incidir en la aplicación o no del principio de amplitud probatoria. De acuerdo con el criterio que se deriva de la sentencia cuestionada, este quedaría acotado a un conjunto específico de casos (aquellos que ocurrieran en el hogar en sentido literal o a “puertas cerradas”).

Esta interpretación, sin embargo, no parece responder al sentido ni a las razones que llevaron a la incorporación del principio de amplitud probatoria en el art. 16, inc. 1). Más aún, podría promover la idea —a mi modo de ver, inexacta— de que el principio no es otra cosa que una suerte de herramienta dirigida a facilitar condenas en casos difíciles de probar.

El principio de amplitud probatoria proviene del derecho civil. De acuerdo con este principio, en un proceso judicial las circunstancias fácticas pueden acreditarse por cualquier medio de prueba. Está contemplado de forma general en la legislación procesal²⁷, aunque la legislación de fondo también lo prevé en relación con la prueba de determinadas circunstancias fácticas en particular²⁸. Si bien es un prin-

²⁵ Copelon, “Terror íntimo: la violencia doméstica entendida como tortura”, en *Derechos humanos de la mujer. Perspectivas nacionales e internacionales*, 1997, p. 114.

²⁶ Copelon, “Terror íntimo: la violencia doméstica entendida como tortura”, en *Derechos humanos de la mujer. Perspectivas nacionales e internacionales*, 1997, p. 125.

²⁷ En el ámbito federal, el art. 378 del CPCCN dispone que “La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso...” (el destacado me pertenece).

²⁸ Por ejemplo, de acuerdo con el art. 98 del CCCN, ante la falta de registro del nacimiento y fallecimiento de una persona o también la nulidad del asiento respectivo por diversas razones, es-

cipio general que rige en todos los procedimientos civiles, cobra particular relevancia en aquellos que presentan dificultades probatorias, donde la aplicación del principio implica que “habrá de estarse por un criterio amplio a favor de la producción, admisión y eficacia de las pruebas”²⁹.

Esta pauta de recolección y valoración de la prueba no es extraña u ajena al proceso penal, donde tampoco existen limitaciones en la recolección de medios de prueba—en tanto sean lícitos—. A su vez, y al igual que en el derecho civil, esos medios de prueba deben ser valoradas de acuerdo con la sana crítica, es decir, de acuerdo con las reglas de la lógica y la experiencia (arts. 206, 382 y 398, *CPPN* y 106 y 247, *CPPCABA*).

Sin embargo, en los procedimientos judiciales que involucran hechos de violencia contra las mujeres basada en el género, estas reglas generales no siempre son plenamente aplicadas. Por el contrario, la recolección de la prueba no suele ser exhaustiva y su valoración no suele ser, parafraseando a Di Corleto, ni sana, ni crítica, ni racional³⁰.

Los motivos por los cuales esto ocurre, son varios.

Para empezar, estos hechos son, como suele decirse, “difíciles de probar”, ya que por lo general transcurren en espacios cerrados, sin espectadores.

En el ámbito penal, esa dificultad se presenta sobre todo en los casos de violencia intrafamiliar (sea del tipo sexual, física o psicológica) y en los que involucran violencia del tipo sexual entre desconocidos. Típicamente, esta clase de hechos ocurre en escenarios predispuestos especialmente por el autor para no ser observado³¹.

tas circunstancias pueden acreditarse por cualquier medio de prueba, lo cual ha sido interpretado como una de las maneras en que el texto legal incorpora el principio de “amplitud probatoria”. Véase Herrera, Marisa, et al. (dir.) *Código Civil y Comercial comentado*, t. I, 2015, comentario al art. 98, disponible en [www.infojus.gob.ar/docs-fl/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.infojus.gob.ar/docs-fl/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf). Algo similar ocurre con la ejecución simultánea de la liquidación de dos o más comunidades contraídas por una misma persona—se admite toda clase de pruebas, a falta de inventarios, para determinar la participación de cada una (art. 503)—, de la prueba de la unión convivencial (art. 512), y de la acreditación del pago (art. 895). Todas estas normas son aplicaciones en el derecho civil del principio de “amplitud probatoria”, tal como surge de los respectivos comentarios a estos artículos. Véase www.saij.gob.ar/docs-fl/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf. En el comentario al art. 895, se alude a un “principio amplio ya que el pago puede ser probado por cualquier medio”. Véase www.saij.gob.ar/docs-fl/codigo-comentado/CCyC_TOMO_3_FINAL_completo_digital.pdf.

²⁹ Kielmanovich, *Procesos de familia*, cit. por Medina y otros, *Violencia de género y violencia doméstica. Responsabilidad por daños*, 2013, p. 205.

³⁰ Di Corleto, *Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: Estándares probatorios en casos de violencia de género*, 2016 (en prensa).

³¹ *Ibídem*.

En consecuencia, la única prueba directa de carácter testimonial con la que suele contarse, es el testimonio de la propia víctima.

Sumado a ello, ese (único) testimonio directo no siempre permanece indemne. El carácter traumático de estos hechos puede provocar imprecisiones en la memoria de la víctima³². Y en los hechos que ocurren en contextos de relaciones afectivas, o de dominación, a ello se le añade el aislamiento de la víctima de todas las fuentes potenciales de ayuda y las estrategias de silenciamiento por parte del agresor mediante amenazas o vergüenza, lo cual anula la voluntad de la mujer para resistirse, cuestionar, denunciar y atestiguar³³.

Estas dificultades no son exclusivas de estos hechos, sino que afectan a buena parte de los delitos que involucran altos grados de violencia interpersonal, y en particular, a aquellos que configuran violaciones a los derechos humanos³⁴. En nuestro país, tal como lo recuerda la jueza Alicia Ruiz en su voto en los casos "Newbery" y "Taranco", ha habido un importante desarrollo en materia del valor del testimonio de las víctimas de violaciones a los derechos humanos ante las dificultades de obtener otras pruebas testimoniales directas. Estos desarrollos han influido en el denominado "Juicio a las Juntas" de 1985 (CSJN-Fallos, 309:319), donde la Cámara Federal reconoció que respecto de cierto tipo de hechos —en los que deliberadamente se borran las huellas, o que no dejan rastros, o que se cometen al amparo de la privacidad— la declaración testimonial de la víctima es un medio de prueba privilegiado. Y llamó a estos testigos "necesarios" porque la mayoría de quienes habían actuado como órganos de prueba revestían la calidad de parientes o de víctimas³⁵.

³² Ibídem. Véase Di Corleto, "Valoración de la prueba en casos de violencia de género", en *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal. Nuevos estudios críticos de la jurisprudencia*, Plazas - Hazan (comps.), 2015. Esto también ha sido reconocido por la propia Corte IDH, véase caso "J. v. Perú", del 27/11/13, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 325; caso "Fernández Ortega y otros v. México", del 30/8/10, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 105; caso "Rosendo Cantú v. México", del 31/8/10, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 91.

³³ Copelon, "Terror íntimo: la violencia doméstica entendida como tortura", en *Derechos humanos de la mujer. Perspectivas nacionales e internacionales*, 1997, p. 129.

³⁴ Explica Di Corleto que justamente a propósito de ello, respecto de esa clase de delitos se han elaborado protocolos que orientan la investigación como el *Manual de investigación y documentación efectiva sobre tortura, castigos y tratamientos crueles, inhumanos o degradantes* (Protocolo de Estambul) y el *Manual sobre la prevención y la investigación de ejecuciones sumarias, extrajudiciales y arbitrarias* (Protocolo de Minnesota) —"Valoración de la prueba en casos de violencia de género", en *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal. Nuevos estudios críticos de la jurisprudencia*, Plazas - Hazan (comps.), 2015—.

³⁵ Véase voto de Alicia Ruiz, en expte. n° 8796/12, "Ministerio Público - Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/Queja por recurso de inconstitucionalidad delegado en

Pero en los procedimientos judiciales que involucran violencia de género se advierten dificultades probatorias adicionales, ya no tan vinculadas con las características de los hechos, sino más bien con la discriminación de género que todavía atraviesa nuestro sistema de administración de justicia.

En primer lugar, estos hechos tienden a ocurrir en un ámbito vinculado con la vida familiar y sexual. Históricamente, el Estado se abstuvo de intervenir porque se suponía que era un ámbito "privado". Además, de acuerdo con esta visión, las expresiones de violencia que allí ocurren no son un problema sistémico sino individual, que se explican por la disfunción de ciertos vínculos o por patologías psiquiátricas o un pobre manejo emocional de una o de las dos partes involucradas.

Esta retórica de lo privado, que permitió, alentó y reforzó la violencia contra las mujeres sobre todo en el ámbito de las relaciones afectivas³⁶, ha devenido incompatible con nuestro sistema jurídico actual, de acuerdo con el cual la desigualdad y la violencia contra las mujeres son una violación a los derechos humanos y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres³⁷. Sin embargo, todavía permea nuestro sistema de administración de justicia y produce investigaciones penales incompletas y sesgadas³⁸.

En segundo lugar, las reglas que rigen la recolección, admisión y valoración de la prueba en los procedimientos penales también forman parte de estas dificultades. Estas reglas, al haber sido formuladas de forma (aparentemente) neutral, es decir, a la medida de un sujeto universal y sin género, omiten tomar en cuenta la perspectiva y la experiencia de las mujeres. Por lo tanto, cuando son aplicadas a casos que involucran violencia contra las mujeres, pueden tener efectos discriminatorios. Por ejemplo, una regla según la cual para tener por acreditado un hecho se requiere cierta cantidad tasada de testigos—independientemente del testimonio de la víctima—, que además sean absolutamente ajenos a las partes. Una regla semejante impactaría de forma desproporcionada en las mujeres víctimas de violencia, dado que estos hechos tienden a ocurrir en espacios donde no suele haber espectadores, y si los hubiera, suelen ser personas del núcleo cercano de la víctima o el agresor. En palabras de Di Corleto, "En la práctica judicial se ha probado que el

Legajo de requerimiento de elevación a juicio en autos Newbery Greve, Guillermo Eduardo s/Infr. art. 149 bis, CP", y en expte. n° 9510/13, "Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Este de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Taranco, Juan José s/Inf. arts. 149 bis. Amenazas, CP", del 22/4/14.

³⁶ Schneider, *Battered Women and Feminist Lawmaking*, 2000, p. 87.

³⁷ Véase el preámbulo de la Convención de Belém do Pará.

³⁸ Para un análisis cualitativo de cómo esta retórica sigue influyendo en decisiones judiciales, véase MPD—Comisión sobre Temáticas de Género—, *Discriminación de género en las decisiones judiciales. Justicia penal y violencia de género*, 2010.

manejo de normas neutrales puede tener importantes consecuencias en la vigencia de los derechos de las mujeres, y más cuando su aplicación irreflexiva lleva a exigir la presencia de testigos allí donde solo se pueden encontrar víctimas”³⁹.

En tercer lugar, los prejuicios y estereotipos discriminatorios —por ejemplo, que las mujeres fabulan o fantasean, que utilizan el proceso penal para obtener ventajas o que son co-responsables de los hechos de violencia—⁴⁰ también obstaculizan la recolección y valoración de la prueba. Al trasladar la culpa de lo acontecido a la víctima y cuestionar su credibilidad (por su estilo de vida, la ropa que usa, las horas en las que está en la calle o sus relaciones sentimentales anteriores, etcétera⁴¹) y minimizar el significado de los hechos (por considerarlos una cuestión “privada” o “pasional”), lleva a fiscales, policías y jueces a la inacción ante denuncias de hechos violentos y a la clausura de ciertas líneas posibles de investigación⁴².

La valoración de la prueba y la decisión final del caso también pueden verse marcadas por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales⁴³ (por ejemplo, que una agresión sexual solamente es tal en la medida que la mujer se haya resistido) o por afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas —por ejemplo, la falta de credibilidad sobre la victimización en mujeres a quienes se les imputa haber cometido un delito—⁴⁴ o tener una vida social o sexual “reprochable”.

Finalmente, las normas y prácticas revictimizantes y discriminatorias con las que se topan las mujeres durante el procedimiento judicial también socavan la activi-

³⁹ Di Corleto, “Valoración de la prueba en casos de violencia de género”, cit. en nota 34.

⁴⁰ Ministerio Público de la Defensa, *Discriminación de género en las decisiones judiciales. Justicia penal y violencia de género*, 2010.

⁴¹ Véanse, de la Com. IDH, los informes *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica*, OEA/Ser.LV/II. Doc. 63, 9 diciembre 2011, párrs. 13 y 170, y *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser.LV/II. Doc. 68, 20 enero 2007, con cita de Com.IDH, Comunicado de Prensa, N° 20/04, “La Relatoría Especial de la Com.IDH evalúa la vigencia del derecho de la mujer guatemalteca a vivir libre de violencia y discriminación”, Washington D.C., 18 de septiembre de 2004, párr. 26.

⁴² Por ejemplo, tanto la Comisión como la Corte IDH destacaron en relación con los feminicidios de Ciudad Juárez, México, que las autoridades del sistema de justicia penal habían actuado sobre la base de estereotipos, lo cual las había llevado a abordar los casos de forma indiferente al comienzo de la investigación. Corte IDH, caso “Campo Algodonero”, cit.; Com.IDH, Relatoría para los Derechos de las Mujeres. Informe sobre la Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación. OEA/Ser.LV/II.117, Doc. 44 (2003), párr. 4.

⁴³ Com.IDH, Informe 2007, cit., párr. 155.

⁴⁴ Corte IDH, “Espinoza González v. Perú”, del 20/11/14, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 272.

dad probatoria. Entre esas normas y prácticas, puede mencionarse la poca influencia que tienen sus opiniones y puntos de vista en relación con las decisiones trascendentales, el sometimiento a estudios, peritajes, indagaciones y prácticas que las obligan a ventilar su vida íntima, las múltiples citaciones a declarar por los mismos hechos, la falta de espacios adecuados para recibir esas declaraciones, la escasa formación en género de muchos operadores, los obstáculos para acceder a una interrupción no punible del embarazo en casos de violencia sexual, el aumento del riesgo a sufrir nuevas victimizaciones por parte del agresor, la prolongada duración de los procedimientos, etcétera⁴⁵.

Estas normas y prácticas convierten al procedimiento judicial en una ordalía, difícil de sostener en el tiempo, y termina llevando a que muchas mujeres se retracten, dejen sin efecto sus denuncias, o se nieguen a cooperar con la acusación⁴⁶. Esto conspira contra la prueba más importante —el testimonio de la víctima—.

El art. 16, inc. i) vino entonces a reforzar la vigencia de las reglas generales de amplitud probatoria y sana crítica, en un contexto de desatención y/o incumplimiento generalizados. Pero además, vino también a especificar cuál es la aplicación concreta de estas reglas en los casos que involucran violencia de género. Es decir, sin modificarlas, adaptó estas reglas generales a la experiencia de las mujeres víctimas de violencia basada en el género. De ahí el mandato de que, tanto en la recolección como en la valoración de la prueba, se tengan en cuenta las "circunstancias especiales" en las que se desarrollan los actos de violencia y "quiénes son sus naturales testigos".

Las "circunstancias especiales" que la ley manda a tener en cuenta, y que repercuten tanto en la recolección de la prueba como en su valoración, son las dinámicas y características propias de estos hechos.

Tener en cuenta estas "circunstancias especiales", por ejemplo, significa tener una mirada amplia sobre el hecho. La violencia de género, sobre todo la intrafamiliar, no es una sucesión de actos puntuales, sino un *continuum* que se prolonga en el tiempo y que se expresa a través de distintos actos —o, en palabras de la ley, "tipos de violencia" (sexual, física, psicológica, económica y simbólica)— donde tal vez solo algunos de los episodios en particular configuren un tipo penal y sean, por lo tanto, pasibles de reproche. En otras palabras, "la violencia contra la mujer, en importante cantidad de casos, no está constituida por un hecho aislado que se resume en los elementos de la tipicidad, sino por una situación dinámica y más o menos perdurable, multiforme, y no necesariamente típica, que debe ser aprehendida de modo contextual como un *continuum*, aunque para la punibilidad solo sea

⁴⁵ Me he ocupado de esta cuestión en Piqué, *Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional*, 2016 (en prensa).

⁴⁶ Com.IDH, Informe 2011, cit., párrs. 13 y 170.

lícito tomar en cuenta los hechos aislados que satisfacen una figura legal determinada”⁴⁷.

Por eso, y más allá de cuáles sean los hechos significativos en términos penales, el art. 16 inc. i) nos manda a recolectar prueba vinculada con ese contexto y a valorar el testimonio de la víctima con ese trasfondo. Como bien lo explica la Cámara del Crimen, “en virtud de que existe un criterio de amplitud probatoria para acreditar los hechos de este tipo, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus testigos naturales (art. 16, ap. i, ley 26.485), entendemos que el análisis del caso no puede hacerse como intenta la defensa, esto es, en la cantidad de prueba que hay en el sumario o en la inexistencia de testigos, sino en una pauta inobjetable que es la conducta metódica y violenta que habría practicado el acusado hacia la denunciante durante un plazo que se extiende por años”⁴⁸.

Otro ejemplo de lo que significa tener en cuenta las “circunstancias especiales”, se vincula con la necesidad de considerar las dificultades que muchas víctimas encuentran para denunciar (por miedo o vergüenza), el trauma que producen estos hechos y el impacto de ese trauma en la memoria, las dificultades para sostenerse en el proceso y, en los casos de violencia intrafamiliar, la existencia de un vínculo afectivo entre el agresor y la víctima, la dinámica circular de la violencia, la dependencia emocional y económica, etcétera. Estos aspectos de los hechos pueden explicar, por ejemplo, ciertas imprecisiones del testimonio de la víctima, o por qué se tomó cierto tiempo antes de denunciar o por qué se retracta.

El mandato de tener en cuenta quiénes son los “naturales testigos” apunta, por un lado, a que es probable que el único testimonio directo (que no es sinónimo de “única prueba”), sea el de la propia víctima.

Pero esta cláusula también llama la atención sobre la necesidad de escuchar a ciertas personas cuyos testimonios, en otros contextos, no serían tenidos en cuenta por ser consideradas “parciales” o testigos “de oídas”. En casos como estos, los testigos “naturales” suelen ser o bien personas que tienen vínculos afectivos, personales y familiares con las partes (precisamente porque son quienes comparten su vida íntima y cotidiana) o testigos “de oídas” —por ejemplo, personas que atendieron a la víctima como profesionales de la salud o de organismos de asistencia a víc-

⁴⁷ TOCN° 9 Cap. Fed., causa n° 3.674, “J. C. W.”, del 23/8/12, publicado en *Hacia una igualdad de género. Compendio normativo, jurisprudencial y doctrinario 2013*. Programa sobre Políticas de Género. Ministerio Público Fiscal, en www.mpf.gob.ar/ufem/files/2014/06/HIG-Programa_Politicas_Genero-versi%C3%B3n-DESPROTEGIDA.pdf.

⁴⁸ CNCC, Sala V, causa n° 41.259, “R. B., J. s/Amenazas y otros”, publicado en *Hacia una igualdad de género. Compendio normativo, jurisprudencial y doctrinario 2013*. Programa sobre Políticas de Género. Ministerio Público Fiscal, en www.mpf.gob.ar/ufem/files/2014/06/HIG-Programa_Politicas_Genero-versi%C3%B3n-DESPROTEGIDA.pdf.

timas, o personas a quienes la víctima acudió inmediatamente después del hecho, o quienes presenciaron situaciones de violencia entre la víctima y el agresor, aunque no necesariamente el hecho puntual objeto de la acusación—. Dadas las “circunstancias especiales” de estos casos, estos testimonios pueden ser relevantes para acreditar el contexto y para reforzar con prueba indiciaria el testimonio de la víctima respecto de los episodios puntuales que sean objeto del proceso.

En definitiva, el art. 16, inc. i) es un derecho de la víctima a que su declaración sea valorada sin discriminación, pero también a que los hechos se investiguen con debida diligencia, esto es, se realicen investigaciones exhaustivas que agoten todas las medidas de prueba relevantes para determinar tanto el hecho como su contexto, pruebas que, por las circunstancias especiales en las que estos hechos ocurren, seguramente sean diferentes de aquellas que se recolectan en la investigación de otro tipo de hechos.

A la luz de esta concepción del principio de amplitud probatoria, no parece haber razones para condicionar su aplicación al lugar físico en donde ocurran los hechos. Porque incluso aquellos hechos de violencia de género en el ámbito intrafamiliar que ocurren en lugares diferentes del hogar, se ven afectados por las dificultades probatorias que el principio —aplicado con perspectiva de género— pretende abordar.

c) El futuro de las limitaciones a las facultades recursivas del Ministerio Público Fiscal en los casos de violencia de género

Otro de los interrogantes que introduce “Ortega” tiene que ver con los límites objetivos al recurso de casación de la Fiscalía.

En su fallo, la Corte sostuvo que, en razón del deber internacional de debida diligencia, “cuando en un caso de violencia contra la mujer la parte acusadora impugna la sentencia de absolució alegando, no un mero error en la valoración de la prueba, sino el vicio de arbitrariedad, no es posible desoír el planteo —como lo ha hecho el *a quo*— mediante la sola aplicación de los límites formales del art. 458 del CPPN, sin evaluar el mérito de la petición”.

Esta afirmación en principio no tendría impacto en los casos como “Ortega”, donde el Ministerio Público Fiscal pretenda superar los límites objetivos al recurso de casación con el argumento de que se ha planteado un caso federal. En definitiva, la arbitrariedad de sentencia es una cuestión federal. Por lo tanto, si el Ministerio Público Fiscal cuestiona una sentencia absolutoria sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad, la CFCP está obligada a intervenir para tratarla en virtud de “Di Mascio”, “Di Nunzio” y “Martino”, independientemente de si se trata o no de un caso de violencia de género.

Sin embargo, la doctrina que sentó la Corte en “Ortega” allana el camino para que, en casos sucesivos, el Ministerio Público Fiscal estrene la otra vía para sortear

los topes recursivos ante sentencias absolutorias que considera arbitrarias: aquella sugerida expresamente en "Arce" y "Garrafa", y tácitamente en "Ortega", que es la declaración de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad de esos límites a la luz del deber de debida diligencia. Dada la amplitud que ha adquirido la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, la fiscalía podría lograr esto con poco esfuerzo. Y este es el aspecto inquietante de la doctrina de "Ortega".

Por más aclaración que haga la Corte en "Ortega" de que la intervención del tribunal de casación se tornaría obligatoria cuando se invoca arbitrariedad y no un "mero error en la valoración de la prueba", lo cierto es que la propia Corte, en su desarrollo sobre la doctrina de la arbitrariedad, ha convertido esa distinción en una ficción. A pesar de las múltiples clasificaciones y caracterizaciones de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, y los desarrollos doctrinarios que intentan racionalizarla y diferenciar las sentencias erróneas de las arbitrarias (lo cual excedería los límites de este trabajo), lo que es incuestionable es que, como ya hace tiempo se lamentaba Carrió, "sentencia arbitraria es aquella decisión que la Corte llama arbitraria"⁴⁹.

Esto a su vez ha llevado a que la invocación de la doctrina de la arbitrariedad sea un recurso muy común en el litigio actual. Como explica Urteaga respecto del recurso extraordinario federal, la expansión de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia ha llevado a que los abogados tengan enormes incentivos para inscribir sus agravios echando mano de esa doctrina, lo cual a su vez produce como consecuencia que, en la práctica, la mayoría de los recursos se funden en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias⁵⁰. Estas conclusiones bien pueden trasladarse al ámbito del recurso de casación, donde la parte acusadora, a la hora de impugnar una sentencia absolutoria, además de invocar alguno de los dos motivos del art. 456 del CPPN, tiene enormes incentivos —sobre todo a partir de "Martino"— para introducir la arbitrariedad.

Por lo demás, la doctrina que sentó la Corte es de amplio espectro, ya que alcanza con que la parte acusadora invoque arbitrariedad, cualquiera sea la solidez o fundamentación de ese planteo. Nótese que el fallo "Ortega" no gira en torno a las particulares circunstancias de ese caso, ni se limita a él, ni toma como variable relevante cuán manifiesta o no era la arbitrariedad invocada, ni repara en qué sentido la sentencia era arbitraria. Antes bien, es una declamación que por su generalidad abarca todos aquellos casos de violencia contra una mujer donde la parte acusadora impugne una absolución alegando arbitrariedad.

Pero las posibles derivaciones de "Ortega" no terminan aquí, sino que esta doctrina podría expandirse de modo tal de abarcar casos que involucren otras violacio-

⁴⁹ Carrió, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, 1967, p. 44.

⁵⁰ Urteaga, *La doctrina de la arbitrariedad de sentencias: una crítica*, JA, ejemplar del 7/6/06; JA, 2006-II-1394.

nes a los derechos humanos, ya que, en definitiva, el deber de debida diligencia, además de estar expresamente consagrado en la Convención de Belém do Pará (art. 7º, inc. b), es un deber general del Estado ante cualquier violación a los derechos humanos⁵¹, que se deriva del deber de garantía del art. 1º.1 de la CADH y de la interpretación que hizo la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la CADH en el caso "Velasquez Rodríguez" y en los que lo sucedieron⁵².

En relación con este aspecto del fallo, es todavía un poco temprano para evaluar sus efectos. Pero sí estamos en condiciones de entrever que se trata de un paso más en esta sucesión de ampliaciones jurisprudenciales de los recursos de la acusación y de la jurisdicción de los órganos de revisión. Y que como toda teoría que habilita excepciones, sabemos en dónde comienza, pero no dónde termina.

§ 6. ¿Debida diligencia?

Con independencia de las discusiones jurídicas que "Ortega" involucraba, es inevitable que nos preguntemos sobre el destino del caso concreto.

La Corte en "Ortega" resolvió dejar sin efecto la sentencia de la CFCP que había declarado improcedente el recurso de casación de la fiscalía. Esto a su vez suscita toda una nueva gama de interrogantes vinculados con cuáles son —o deberían ser— los pasos a seguir. En caso de que la CFCP casara la sentencia ¿Debe eventualmente dictar una sentencia diferente? ¿O reenviarla al tribunal de mérito? En el primero de los casos ¿Cómo garantizamos el derecho a la doble instancia del imputado? En el segundo de los casos ¿El reenvío debe ser al mismo tribunal? o ¿Debe mandarse a que se haga un nuevo juicio?

Como sea que se resuelva, más allá de los diferentes criterios jurisprudenciales y doctrinarios sobre todas estas cuestiones, a esta altura ya son conocidos los conflictos que cada una de estas decisiones puede aparejar en materia de garantías de la persona imputada.

También es innegable que los procedimientos judiciales, cuando recorren todo el arco del sistema de administración de justicia penal hasta llegar a la Corte Suprema por algún recurso extraordinario, insumen mucho tiempo, incluso cuando los operadores judiciales pongan el máximo empeño en evitar dilaciones innecesarias. Ciertas cuestiones jurídicas exigen ser estudiadas con detenimiento, y ciertas decisiones exigen meditación antes de ser adoptadas. Además, cuando los tribunales

⁵¹ El hecho de que en la Convención de Belém do Pará esté consagrado expresamente ha llevado a que la Corte IDH sostuviera que, en los casos de violencia contra las mujeres, la obligación de debida diligencia es "reforzada". Corte IDH, caso "González y otras ('Campo Algodonero') v. México", del 16/11/09, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 258.

⁵² Corte IDH, 29/7/88, caso "Velásquez Rodríguez v. Honduras", Fondo, párr. 172.

son colegiados, la necesaria deliberación entre sus miembros también puede incidir en la prolongación del proceso. Y finalmente, muchas veces las demoras se producen por las propias falencias de los códigos de procedimiento, que tienden a formalizar la instrucción y las distintas etapas recursivas.

En el caso que nos ocupa, la sentencia condenatoria se dictó el 17/6/13. La resolución de la CFCP de rechazar el recurso de casación que dio lugar a la actividad recursiva posterior, fue del 28/2/14. De acuerdo con la información que surge de la página de la CSJN, el caso llegó a la Corte el 22/5/14. La sentencia del Máximo Tribunal es del 15/10/15⁵³. Es decir, a más de dos años de absuelto el imputado, y seguramente tres o más de ocurridos los hechos, el caso sigue recorriendo oficinas judiciales en búsqueda de una solución definitiva.

Las personas de carne y hueso involucradas en estos procedimientos permanecen ajenas a nuestras discusiones jurídicas y doctrinarias. Desde su punto de vista, años después de que los presuntos hechos ocurrieran y de que el juicio tuviera lugar, este procedimiento sigue abierto, con todas las consecuencias que esta incertidumbre genera, tanto para el imputado como para la víctima. Porque si de debida diligencia se trata, este deber también obliga a que los procedimientos que involucran violaciones a los derechos humanos se diriman en un plazo razonable y es una garantía tanto para las personas imputadas de algún delito, como para las víctimas⁵⁴.

"Ortega" no solo no nos da una pauta sobre cómo resolver estas tensiones, sino que es un fiel reflejo de ellas.

§ 7. Algunas conclusiones

La violencia contra las mujeres basada en el género tiene especificidades y dinámicas propias, que muchas veces desafían ciertas normas y principios que fueron pensados en términos generales y a imagen y semejanza de otro tipo de casos. En este sentido, un legado importante de "Ortega" es que las reglas de recolección y valoración de la prueba, los derechos de las víctimas en el procedimiento y las facultades recursivas del Ministerio Público Fiscal, merecen algunos ajustes cuando

⁵³ A mayo de 2016, al menos de la información del CIJ, no surge que la CFCP haya dictado una nueva sentencia con arreglo a lo resuelto por la Corte.

⁵⁴ Véanse casos "García Ibarra v. Ecuador", del 17/4/15, Excepciones Preliminares Fondo Reparaciones y Costas, párrs. 132, 158 y ss.; "Palamara Iribarne v. Chile", del 22/11/05, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 188; "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña v. Bolivia", del 1/9/10, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 152, 172, 190 y 191, y sus citas; "Bulacio v. Argentina", del 18/9/03, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 114; "Masacre de las Dos Erres v. Guatemala", del 24/11/09, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 235, entre otros.

son aplicados a estos casos, a fin de evitar que esa aplicación tenga resultados discriminatorios.

En cuanto a las repercusiones concretas del fallo, estas irán apareciendo en los casos que se sucedan, ya que las cuestiones que involucra son una constante en el litigio penal de la violencia contra las mujeres. Aún así, es posible anticipar algunas derivaciones.

Una tiene que ver con el carácter federal del derecho a la amplitud probatoria del inc. i) del art. 16 de la ley 26.485, y, en consecuencia, de los demás derechos previstos por esa norma.

"Ortega" nos permite defender que todos estos derechos son oponibles por cualquier mujer víctima de violencia en cualquier procedimiento judicial o administrativo, cualquiera sea la jurisdicción territorial en donde tramite. Por lo tanto, aunque restringe en cierta medida las facultades de las provincias en materia procesal (arts. 5º, 75, inc. 12, y 121, CN), tiene un enorme potencial para promover procedimientos judiciales y administrativos en los que el contacto de las mujeres con el sistema de administración de justicia no sea revictimizante.

Otra repercusión que puede tener "Ortega" tiene que ver con la recolección y valoración de la prueba. La Corte no analizó cómo había sido interpretado el principio de amplitud probatoria en el caso concreto. Se limitó a afirmar que el Ministerio Público había introducido una cuestión federal y delegó esa tarea en el tribunal de casación. Aún así, y más allá de que es posible intuir su disconformidad con esa interpretación, lo cierto es que este fallo enriquece las discusiones en torno a lo que ese principio es, pero también —y fundamentalmente— a lo que ese principio, no es.

Finalmente, la cuestión más saliente del caso: los límites objetivos del recurso de casación de la fiscalía. Aquí, podemos negar cualquier tipo de repercusión, y seguir utilizando la vía de "Martino" para superar los límites objetivos, o podemos hacernos cargo de la incompatibilidad de estos límites con el deber de debida diligencia que tiene jerarquía constitucional cuando se dicta alguna absolucón en casos de violencia de género donde la parte acusadora invoca arbitrariedad. Y si digo que se puede elegir, es porque la propia Corte habilita esa opción, en tanto se hizo cargo de la tensión constitucional, pero no encauzó el caso en consecuencia.

Pero es este también el aspecto de "Ortega" que más reflexión crítica y discusión amerita.

El control de las decisiones judiciales dictadas por jueces profesionales siempre debe ser bienvenido en un sistema republicano de gobierno, sobre todo cuando se está ante un órgano unipersonal, y sobre todo cuando la decisión puede poner en tensión con obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Sin embargo, es válido preguntarnos si esta intervención de un tribunal de revisión no debería estar regulada por ley. Porque para lograr este control, la Corte terminó creando un recurso no previsto y ampliando las facultades a los órganos de per-

secución penal y a los tribunales de revisión, todo ello en contra de la persona imputada.

Primero fue la cuestión federal, y ahora es la arbitrariedad en casos de violencia de género. Habrá que ver si este proceso termina aquí, o si seguimos en la pendiente resbaladiza. Y de ser así, hasta dónde nos lleva —y hasta dónde queremos que nos lleve—.