

Expte. n° 8796/12 “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Legajo de requerimiento de elevación a juicio en autos Newbery Greve, Guillermo Eduardo s/ inf. art. 149 bis CP’”

Buenos Aires,

11

de septiembre de 2013

Vistos: los autos indicados en el epígrafe.

Resulta

1. El Defensor General de la Ciudad dedujo queja (fs. 65/72) contra la resolución de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo PCyF (fs. 59/60), a través de la cual se denegó el recurso de inconstitucionalidad incoado (fs. 46/56), a su vez, contra el pronunciamiento anterior (fs. 40/44) que confirmó la sentencia condenatoria dictada en primera instancia (fs. 8/16) respecto del imputado —a la pena de seis (6) meses de prisión en suspenso—, por haber sido encontrado responsable del delito de “amenazas” contra su ex pareja.

En el recurso de inconstitucionalidad, la defensora oficial del imputado inició su exposición argumentando que “la evidente e injustificada flexibilidad de los estándares probatorios de la que da cuenta el fallo (...), ha colocado en un plano de desigualdad al Sr. [N. G.] y ello implica una seria afectación a importantes mandatos constitucionales como ser, la igualdad ante la Ley, el derecho de defensa en juicio, la presunción de inocencia y el debido proceso legal” (fs. 46). En concreto, le agravia: **i) la arbitrariedad de la decisión**, pues se ha “tomado en cuenta para confirmar la condena el ‘contexto de violencia’ sostenido por el Ministerio público Fiscal sin siquiera exteriorizar un mínimo fundamento al respecto (...) [y además] se tuvo por acreditada la idoneidad de la amenaza que mi defendido supuestamente le propinó a la Sra. [G.] con una evidente orfandad probatoria” (fs. 49 vuelta); **ii) la violación del principio de igualdad**, porque “la amplitud probatoria basada en las previsiones de la ley 26.485 (...) no hace más que ablandar los estándares (...) exigidos por la Constitución Nacional en materia penal (...) con respecto a otros imputados” (fs. 50); **iii) la violación del principio de razonabilidad**, porque interpretar que cualquier “conflicto entre un hombre y una mujer es violencia de género (...) supone una discriminación negativa del varón, receptando un derecho penal

de autor frente al tradicional derecho penal de acto y ello es (...) inválido” (fs. 53 vuelta); **iv)** la violación del principio de inocencia, porque con el pretexto de aplicar o de remitir a “la Convención de Belem Do Pará (...) no se puede dejar de lado la existencia de otros instrumentos (...) como la [CADH] y [los] demás Tratados de jerarquía constitucional que resguardan las garantías de los imputados, máxime si [se advierte que] el art. 14 de la propia Convención [de] Belem Do Pará, estipula que ninguna de sus disposiciones debe ser interpretada como restricción a la CADH: arts. 8.2 estado de inocencia y 24, igualdad ante la Ley” (fs. 54 vuelta); y **v)** la lesión del derecho de defensa en juicio, en tanto “todas las cuestiones ajenas a la imputación formal del hecho objeto del presente proceso (...), constituyen una perturbación y un perjuicio para el consagrado derecho de defensa (...) [puesto que] con la excusa del ‘contexto’ se desgranaron distintas secuencias del devenir de la pareja de [G.] y [N. G.], las cuales no formaron parte de la imputación original y que se conocieron en el momento del juicio oral” (fs. 55 y vuelta).

La Sala III, a su turno, denegó el recurso de inconstitucionalidad pues, a criterio de sus integrantes, la defensora “sólo cuestiona la interpretación de normas infra constitucionales” y “no logra demostrar con su argumentación más que un mero desacuerdo con lo resuelto (...), sin poder conectarlo con las normas constitucionales que invoca” (fs. 59 vuelta).

2. El Fiscal General Adjunto, al tomar la intervención requerida, opinó que el Tribunal debía rechazar la queja toda vez que “los agravios invocados por la parte recurrente sólo dejan traslucir su desacuerdo con la valoración que los jueces de mérito hicieron respecto de los elementos de convicción vinculados a la participación y responsabilidad de su defendido (...), materia que excede la competencia del Tribunal Superior” (fs. 76/77).

Fundamentos:

Las juezas Ana María Conde e Inés M. Weinberg dijeron:

1. La queja interpuesta por el Ministerio Público de la Defensa cumple satisfactoriamente con los requisitos de tiempo y forma (art. 33, ley nº 402) y contiene una crítica concreta, suficiente y adecuada de los argumentos que expuso la Sala III del tribunal *a quo*, para declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad cuya procedencia promueve.

En tal sentido, cualquiera que sea el acierto o error de la controversia que la defensa pretendió proponer ante los jueces de este Tribunal y aun en el supuesto de que se observa un claro desacuerdo con la condena dictada, la discusión no se circunscribe exclusivamente a la interpretación de normas infraconstitucionales, ni se remite al simple cotejo de las cuestiones fácticas o probatorias que habilitaron su dictado, sino que ella se involucra de alguna manera con la interpretación de principios constitucionales y con su alegado

desconocimiento en el caso de marras. En efecto, no parecen desacertadas o incorrectas las conclusiones a las que arriba el quejoso en cuanto explica que el tribunal *a quo* al haber confirmado *“la condena de autos sobre la base de su singular interpretación de un tratado internacional* [concretamente: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —*“Convención de Belem do Pará”*— (ratificada a través de la ley nº 24.632)] (...) [le había dado] *a la cuestión rango constitucional, habida cuenta del relevamiento de garantías básicas que provoca*” (fs. 68 vuelta); o en cuanto afirma que está *“en juego el alcance de las garantías aludidas* [en el punto 1 de las resultas de esta sentencia] *que proscriben en materia penal la sustanciación del proceso sin prueba o prueba insuficiente aun tratándose de supuestos de pretendida relación desigual o violencia doméstica pues, en mi inteligencia, ni la ley 26.485 [de “Protección Integral a las Mujeres”] ni los tratados internacionales que son su fuente autorizan tal apartamiento de los principios constitucionales invocados*” (fs. 70 vuelta y 71).

Consecuentemente, frente a la índole de las cuestiones debatidas, es menester habilitar el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad, a fin de dejar expresada la postura del Tribunal respecto a la problemática que rodea al caso.

2. En consonancia con lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, este Tribunal tiene dicho que la admisibilidad y valoración de las pruebas producidas constituyen cuestiones que son ajenas a la instancia extraordinaria local y propias de las instancias de mérito, salvo supuestos de manifiesta arbitrariedad. En autos, los magistrados de la causa consideraron acreditado el hecho investigado y lo caracterizaron, fundadamente, como un muy desafortunado episodio que se desarrolló en el marco de una situación de *“violencia doméstica”*. En función de esta caracterización se consideraron enteramente exigibles las obligaciones asumidas por la República Argentina en la materia, a través de varios instrumentos internacionales, entre los que se destaca principalmente la *“Convención de Belem do Pará”* que describe a esa especie de violencia como constitutiva de *“una violación de los derechos humanos y libertades individuales”* de las mujeres y, por ello, se entendieron aplicables los principios rectores de *“orden público”* (ley nacional nº 26.485), que obligan a los operadores judiciales a analizar estos casos con prudencia garantizando *“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*” (arts. 1 y 16.i de la ley citada). A su vez, consideraron en orden a la valoración de las pruebas que resultaba necesario un abordaje desde una perspectiva de género y, por lo tanto, dieron entidad al particular *“contexto”* en el que había tenido lugar el hecho que fue ventilado en el juicio, es decir, en el marco de una conflictiva, dilatada y agotada relación sentimental que habría unido a los involucrados; *“contexto”* sobre el cual depusieron diferentes testigos de referencia y varios

profesionales que tuvieron contacto directo con la víctima desde el comienzo del proceso (cfr. las actas del debate obrantes en los autos principales).

Bajo estas premisas, para fundar la sentencia condenatoria los jueces de la causa reconocieron que el testimonio de la mujer víctima de “*violencia*” habría tenido en este caso un valor probatorio determinante para acreditar la ocurrencia de la amenaza concreta que fue llevada a juicio; declaración que fue analizada, minuciosa y detenidamente, a la luz de la sana crítica y de los principios de la recta razón, esto es, de las normas de la lógica, la psicología y de la experiencia común.

3. Sin pretender desconocer el cúmulo de planteos y argumentos que desarrolla la defensa, lo concreto es que —en realidad— la discusión puede sintetizarse del siguiente modo: no existe con relación al *delito puntual* por el que fue condenado el señor N. G. ninguna prueba distinta al testimonio de la denunciante —que no está desprovista de interés en el resultado del pleito— y con esa única prueba no basta para dictar un temperamento condenatorio, pues una condena así resuelta no supera el umbral mínimo de razonabilidad para su imposición. En tal sentido, aunque el recurrente invoca una multitud significativa de agravios todos ellos concretan manifestaciones o alternativas de esa misma cuestión.

Ahora bien, más allá del peso o el valor que pudo habersele dado a la evidencia que fue colectada durante el debate —aspecto que no suscita, *por regla*, la competencia de este Tribunal de excepción—, el recurrente intenta plantear una confrontación entre el modo como afirma que se ha llegado a la condena, por tratarse el presente de un supuesto de “*violencia doméstica*”, y los derechos, principios y garantías constitucionales que amparan a quienes revisten el carácter de imputados, en cualquier proceso de naturaleza penal. Resumidamente, el recurrente afirma que por tratarse de un hecho de estas características, bajo la excusa de aplicar la normativa internacional relativa a la temática de género y analizar la prueba desde esta novedosa perspectiva, los jueces de mérito intervinientes han relajado injustificada e indebidamente los “*estándares probatorios*”, que, en su opinión, resultaban invariablemente exigibles en la materia para imponer una condena.

4. Sin embargo, más allá del tipo de conflicto de que se trate, es decir, ya sea que se ventile un caso de “*violencia doméstica*” o de otra especie, es evidente que el recurrente sustenta su razonamiento a partir de un supuesto postulado axiomático que no reúne ese cariz. En concreto, el antiguo adagio “*testis unus, testis nullus*”, con arreglo al cual el testimonio de un solo testigo no constituye una prueba suficiente para tener por acreditada la materialidad del hecho o la autoría y participación de un sujeto respecto de ese hecho, no tiene gravitación actualmente en la normativa procesal vigente en la Ciudad, que adopta como reglas generales: i) la “*amplitud probatoria*” para demostrar los hechos y circunstancias de relevancia; y ii) el sistema de la “*sana crítica*”, como método para valorar la prueba producida (arts. 106 y 247, CPPCABA).

Consecuentemente, no existe ningún impedimento de naturaleza legal, en la materia, para que la fundamentación de una sentencia de condena se base en el testimonio de un solo testigo, ni una sentencia dictada de este modo es descalificable, sin más, bajo el fundamento de que desconoce los principios constitucionales que en autos se entienden vulnerados, toda vez que no hay regla alguna que imponga una manera determinada de probar los hechos de la acusación, ni un número mínimo de elementos probatorios de cargo para dictar un fallo de condena como el que aquí se recurre.

La convicción judicial para resolver en uno u otro sentido no depende naturalmente de la cantidad —en términos numéricos— de los elementos de prueba que se producen durante el juicio sino del valor y la fuerza probatoria que —fundada y racionalmente— se le asigne a la evidencia, incluso cuando ella principalmente se asiente en el relato de la víctima. La determinación de mérito, referida a la responsabilidad que pudo caberle a una persona por un hecho en concreto, no es el resultado de una mera operación matemática y, en esta causa, la prueba que a criterio de la defensa era insuficiente ha sido rigurosamente valorada por las instancias inferiores en el sentido que aquí le agravia, sin que haya logrado demostrar el absurdo de la conclusión a la que se ha arribado. Ello, a diferencia de lo que afirma el recurrente o pudo haber sostenido la alzada, no es solamente una consecuencia de los compromisos internacionales asumidos en materia de género, por la República Argentina, sino también una derivación racional del ordenamiento procesal vigente en nuestra Ciudad —que no fue cuestionado por el recurrente— y su aplicación a las constancias de la causa.

Dicho de otro modo, la discusión no pasa solamente por reconocer si el incidente por el cual ha sido condenado el encartado tuvo o no lugar en el marco de un conflicto de “*violencia doméstica*”, o de “*género*”, ni el hecho de que sí haya tenido lugar en ese especial marco conlleva automáticamente el debilitamiento o relajamiento de las garantías constitucionales del imputado, porque —según lo sostiene el recurrente— se habrían aplicado los principios que informan a la normativa referida a la materia de género en detrimento de lo que hubiera sucedido si el caso no se hubiera vinculado con esa temática. Por el contrario, la “*amplitud probatoria*” y la “*sana crítica*”, cuya aplicación al caso objeta la defensa en virtud de los principios de igualdad, razonabilidad, inocencia y de la garantía de la defensa en juicio, no son reglas exclusivas o excluyentes para el tratamiento o abordaje de tal temática, sino que aquellas campean en todos los procesos penales, sin distinción, que se juzgan en la Ciudad (arts. 106 y 247, CPPCABA).

En suma, no se observa que en el presente caso la defensa se haya preocupado por demostrar de manera concreta que la decisión condenatoria se encuentre fundada en base a afirmaciones dogmáticas o voluntaristas, se sustente en circunstancias inexactas o tendenciosamente forzadas, ni que la conclusión de certeza a la que arribaron las instancias de mérito —en virtud del análisis del hecho histórico relatado por la víctima— se enfrente de algún modo con una de las reglas que inspiran al sistema de la sana crítica. Por su

parte, aquí solo se percibe una diferente valoración, en cuanto a la cantidad de pruebas que a criterio de la defensa la acusación debió reunir para llevar adelante el juicio y en cuanto a la insuficiencia de pruebas que se valoraron para dictar la condena que se recurre; distinta valoración que es insuficiente para advertir algún defecto relevante en esta sentencia.

5. Lo expresado en el apartado anterior no intenta perder de vista que la denominada “*violencia doméstica*” o de “*género*” es considerada como un flagelo, que conmueve a la comunidad internacional en su conjunto —dentro de la cual, la nuestra no está al margen—. Ese tipo de violencia es causa de un importante índice de muertes y lesiones de naturaleza física, psicológica y sexual, que afecta a todas las clases sociales, culturales y económicas, y a personas de cualquier edad; razón más que suficiente para que aquella sea abordada como “*una violación de los derechos humanos*” y de las “*libertades individuales*”, en la medida en la cual ella cercena la igualdad, la seguridad, la dignidad y la autoestima de quienes las padecen, en su mayoría mujeres. Sin embargo, aunque este flagelo debe ser comprendido y examinado en la dimensión en la que se produce con toda prudencia, no es cierto que dichas particularidades debiliten o flexibilicen las garantías constitucionales —a las que debe subordinarse todo proceso penal—, sino que esas particularidades deben ser atendidas como sucedería en otros supuestos en los que también los jueces deben ponderar adecuadamente cuando fuera posible la carencia de huellas, rastros o vestigios materiales de la perpetración del delito.

En los procedimientos judiciales vinculados con la problemática de la “*violencia doméstica*” —caracterización cuya correspondencia con este caso no ha sido seriamente discutida—, la prueba de los hechos denunciados por la víctima no es una tarea simple y ello es así porque se trata de hechos que normalmente transcurren en la intimidad o en circunstancias en las que solo se encuentran presentes la víctima y el agresor. Es por ello que, en este tipo de supuestos, los testimonios de las personas directamente involucradas en el conflicto cobran mayor relevancia para analizar y confrontar las diferentes hipótesis en cuanto a las circunstancias en las que presumiblemente habría sucedido el hecho denunciado y, especialmente, reviste fundamental entidad el relato de la ofendida que tiene que ser recibido con las debidas garantías, para posibilitar su contradicción por el sujeto ofensor que es llevado a juicio.

Los delitos que tienen lugar, por lo general, sin la presencia directa de otros testigos diferentes a la víctima y al agresor no se limitan a los referidos exclusivamente con esta problemática como parece sostenerlo el recurrente, ni su persecución y condena es la consecuencia inmediata de la aplicación de la “*Convención de Belem do Pará*” o de las pautas que de ella se derivan. En efecto, es evidente que también reúnen estas “*características especiales*” cualquier agresión, abuso, acoso o privación, que, sin que importe el género del destinatario o el vínculo que exista entre sus protagonistas, se desarrolle en un ámbito de relativa reserva o privacidad y que le cause un perjuicio a la víctima en el goce o ejercicio integral de sus derechos. En todos estos casos

la credibilidad, coherencia, verosimilitud, persistencia y falta de mendacidad en la incriminación que se desprenda del testimonio de dicha víctima será un factor determinante y decisivo para la reconstrucción histórica de lo ocurrido, en la medida en la cual se concluya que dicho relato no presenta fisuras. Lo contrario importaría que estos hechos, que tienen lugar puertas adentro o en ámbitos de relativa invisibilidad, queden impunes por la particular modalidad unilateral y convenientemente escogida por su autor.

El testimonio de la víctima en estos supuestos tiene en sí mismo valor de prueba para enervar la presunción de inocencia, siempre que se efectúe con las debidas garantías de manera tal que el involucrado pueda desvirtuar el relato de la denunciante, si lo estima pertinente. A su turno, en atención al carácter especial de quien presta testimonio en estas condiciones, ese relato eventualmente puede ser reforzado —y resulta recomendable que así lo sea para otorgarle mayor verosimilitud y credibilidad a la situación relatada— con otros elementos probatorios de carácter objetivo, corroborantes o periféricos, tales como: a) los testimonios de diversos profesionales pertenecientes a los equipos interdisciplinarios (psicólogos, médicos o asistentes sociales), que toman intervención con respecto a tal situación de “*violencia doméstica*”, que tienen contacto directo con la damnificada desde el inicio del conflicto, que valoran la seriedad de dicha exposición con herramientas coadyuvantes a la actuación judicial y que realizan los informes técnicos de la “*evaluación del riesgo*” del conflicto existente entre la víctima y el agresor; o, b) el testimonio de testigos de referencia, que, aunque no hayan observado el hecho puntual por el que se sustancia el debate, puedan dar datos o referirse a situaciones concomitantes que permitan conferirle un mayor valor de convicción al relato de quien recurre al Poder Judicial, con todas las consecuencias que ello trae aparejado, invocando su calidad de víctima y describiendo la difícil situación que le ha tocado vivir.

En definitiva, la circunstancia de que el testimonio de la víctima sea el elemento de juicio determinante de la imputación dirigida no invalida sin más a la condena, puesto que la contingencia de que el hecho haya tenido lugar en solitario, justifica suficientemente que la fuente principal de comprobación remita a esa exposición.

Por lo tanto, a diferencia de todo cuanto sostiene el Ministerio Público de la Defensa, no es cierto que el peculiar “*contexto*” que se ha considerado relevante, en el presente caso, modifique o agrave la conducta concreta que se le atribuyó al imputado, ni tampoco es cierto que en este tipo de casos se analice un determinado patrón de comportamiento del autor o que se juzgue su forma particularmente agresiva de relacionarse con la víctima en general, sino que tal “*contexto*” —que pudo ser resistido por el imputado— sólo sirvió para que los jueces situaran, en un marco específico, la entidad e idoneidad que la amenaza proferida a la damnificada habría tenido para amedrentarla, en el pleno goce y ejercicio de sus derechos. Dicho de otra forma, no se ha juzgado lo que es, ni un rasgo de la personalidad del autor, sino lo que hizo en el ámbito de una concreta relación interpersonal con una persona con la

que tiene o tuvo un vínculo preexistente, a partir de una prudente ponderación de las circunstancias especiales en las cuales se insertaron los hechos que fueron denunciados por la víctima; prudente ponderación, que en el caso de autos no ha sido desacreditada con sustento en los principios mencionados por la defensa.

En consecuencia, al no haberse demostrado la arbitrariedad alegada, ni el desconocimiento de los principios constitucionales de igualdad —pues no hubo una declaración del imputado que pudiese ser analizada o cotejada, de manera rigurosa, con el relato de la víctima—, razonabilidad, inocencia o la garantía de defensa en juicio, el recurso de inconstitucionalidad debe ser rechazado por el Tribunal.

6. En mérito a lo expuesto, corresponde **admitir** la queja y **rechazar** el recurso de inconstitucionalidad.

Los jueces Luis Francisco Lozano y José Osvaldo Casás dijeron:

La recurrente presenta como cuestión susceptible de habilitar la jurisdicción del Tribunal la mitigación de garantías contenidas en la CADH por aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belem do Para”, aprobada por la ley 24.632) y la ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (ley 26.485) en que se apoyó la sentencia impugnada.

El voto conjunto de las juezas Ana María Conde e Inés M. Weinberg da cuenta ampliamente tanto del respaldo que encuentran en la ley adjetiva las conclusiones del fallo apelado como de la relación que hay entre ambas convenciones internacionales, de ellas con la mencionada ley nacional 26.485 y finalmente del conjunto con la ley local que regula la apreciación de la prueba, ley procesal cuya validez, por lo demás, no viene cuestionada por la apelante, y dio sustento a la conclusión de que no constituye razón suficiente para excluir el único testimonio brindado acerca del hecho imputado la circunstancia de que proviniese de la víctima.

Por ello, votamos por admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad en lo que pudo ser materia de tratamiento en esta instancia extraordinaria.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja obrante a fs. 65 cumple con los requisitos de admisibilidad (art. 33 de la ley n° 402). La defensa da fundamentos suficientes para

sustentar su crítica a la resolución en virtud de la cual la Cámara le denegara el recurso de inconstitucionalidad.

2. En el recurso de inconstitucionalidad, la Defensa afirma que “la evidente e injustificada flexibilidad de los estándares probatorios del que da cuenta el fallo que se pretende impugnar, ha colocado en un plano de desigualdad al Sr. Newbery y ello implica una seria afectación a importantes mandatos constitucionales como ser, la igualdad ante la Ley, el derecho de defensa en juicio, la presunción de inocencia y el debido proceso legal” (fs. 46).

A fs. 49 insiste en “que se ha violado el derecho de defensa en juicio a través de la condena a mi defendido en una causa en la que existió tan solo un testigo quien además supuestamente es la víctima, colocando, como ya se expuso, en un plano de desigualdad a mi defendido respecto a otros imputados, afectando de esta manera, el principio de igualdad ante la Ley y el debido proceso penal... lo alarmante es la postura que adopta la Cámara independientemente de los *preceptos constitucionales* que están en juego” (destacado en el original).

Para fundar tales afirmaciones sostiene que:

a) la sentencia de primera instancia convalidada por la Cámara es arbitraria porque “no importa una derivación razonada del derecho vigente, ya que en esta, la Juez *a quo* obvió determinadas garantías procesales y no valoró adecuadamente la prueba ofrecida y producida a lo largo del debate, sin perjuicio de la interpretación *in malam parte* de las declaraciones vertidas por los testigos de cargo... en ningún momento quedó acreditado fundadamente que Guillermo Newbery, en caso de haber sido autor de las amenazas... le haya expresado a Gresuk que ‘él no iba a disfrutar pero ella tampoco’ (hecho imputado), basándose en su condición de mujer... lógicamente desde la óptica del sentido común, no resulta rebuscado darse cuenta que las frases imputadas a mi asistido obedecen a una discusión respecto a los intereses de dos personas que en el pasado fueron pareja, sumándole a ello, un dato para nada menor, como es la vida en común que representa un hijo. Y quedando en claro el verdadero contexto, se ha descartado la abundante jurisprudencia que desincrimina tales supuestos de la figura de las amenazas” (fs. 49 vuelta/50);

b) se violó el principio de igualdad ante la Ley dado que “la Cámara admite la amplitud probatoria basada en las previsiones de la Ley 26.485 [Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contras las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales]. En ese sentido, no hace más que ablandar los estándares probatorios exigidos por la Constitución Nacional en materia penal... Ahí claramente se ve de nuevo la afectación al principio de igualdad que tiene la situación de Newbery respecto a otros imputados por el mismo delito... Si se pretende relacionar la mentada Ley con el art. 149 bis del Código de fondo, el contexto de violencia de género debe ser probado de manera autónoma e

independiente. Se debe probar que el hecho imputado se ejecutó basado en su género y en una relación desigual de poder... sin un testigo distinto a la supuesta víctima, no hay prueba independiente... porque está ampliamente demostrado que existen discursos coherentes y a su vez falsos” (fs. 50/51, destacado en el original).

c) se afectó el principio de razonabilidad. Bajo ese título la Defensa afirma que “no puede el juzgador omitir el tema de la discriminación inversa como lesiva de la igualdad aún en casos en los que se cumple con el mencionado control de razonabilidad. Medidas de este tipo, por más que tengan un fin igualitario, adolecen de discriminación y por ende, de desigualdad. Los cuestionamientos a la llamada discriminación inversa tienen que ver con la utilización de las llamadas categorías sospechosas — raza, sexo, etc.—para otorgar a unos lo que se quita a otros... en esa realidad virtual en la que todos somos iguales, se esconden rasgos de diferenciación evidentes. Se deben tener extremos cuidados a la hora de aplicar estas políticas, ya que el estigma de determinadas personas pertenecientes a grupos sociales ‘beneficiados’ con estas acciones positivas, puede verse seriamente afectado... lo cierto es que no todo conflicto entre un hombre y una mujer es violencia de género. Interpretar así las relaciones humanas no supera el aludido umbral mínimo de razonabilidad en sentido constitucional” (fs. 53).

d) se afectó la presunción de inocencia dada la “constante remisión a la Convención de Belem Do Pará por parte de los Jueces y Fiscales que intervinieron en la presente causa... máxime si el art. 14 de la propia Convención Belem Do Pará, estipula que ninguna de sus disposiciones debe ser interpretada como restricción a la CADH: arts. 8.2 estado de inocencia y 24, igualdad ante la ley” (fs. 54).

e) se vulneró el derecho de defensa ya “que con la excusa del ‘contexto’ se desgranaron distintas secuencias del devenir de la pareja de Gresuk y Newbery” (fs. 55).

3. Tal como se desprende de la extensa reseña realizada en el punto precedente, las argumentaciones ensayadas por la defensa tienen por propósito cuestionar el criterio utilizado por las instancias de mérito para evaluar la prueba.

Específicamente el eje central de su planteo es que los estándares probatorios propios de un proceso de tipo penal (que se derivan de la Constitución Nacional y de la Convención Americana), fueron soslayados bajo la excusa de la aplicación de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará) y de la Ley n° 26.485 de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contras las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales.

4. Adelanto que, a mi juicio, la Defensa no ha logrado demostrar que lo decidido en autos afectó las garantías constitucionales de su defendido. Su recurso de inconstitucionalidad, denuncia que “lo alarmante es la postura que adopta la Cámara independientemente de los *preceptos constitucionales* que están en juego”, pero omite explicar las razones por las que debería quedar excluida del plexo de derechos y garantías constitucionales aplicables al caso la Convención de Belem do Pará.

5. Para fundar su planteo, la defensa niega que los hechos se hayan desarrollado en un contexto de violencia de género porque a su entender “desde *la óptica del sentido común*, no resulta rebuscado darse cuenta que las frases imputadas a mi asistido obedecen a una discusión respecto a los intereses de dos personas que en el pasado fueron pareja, sumándole a ello, un dato para nada menor, como es la vida en común que representa un hijo” (el destacado me pertenece).

El “sentido común” al que recurre la Defensa no sólo es insuficiente a efectos de fundar un reclamo en términos constitucionales, sino que además es improponible por remitir a prejuicios y estereotipos prohibidos por los estándares internacionales vigentes en la materia.

Ese planteo evoca la falsa dicotomía entre la esfera pública y la esfera privada según la cual, a la justicia penal no le correspondería inmiscuirse en los “asuntos de pareja”. La caracterización de la violencia como un rasgo propio de los vínculos familiares disfuncionales, desconoce la interpretación consagrada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos según la cual, la violencia de género constituye una violación de derechos humanos derivada de una desigualdad social de tipo estructural.

En el informe sobre “Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, la Comisión Interamericana sostuvo que: “la CIDH ha establecido en sus precedentes que la obligación de garantizar la igualdad y la no discriminación, está íntimamente vinculada con la prevención de la violencia contras las mujeres. Por ello ha procurado examinar el contexto social que determina la violación de derechos de las víctimas, considerando el caso particular como exponente de prácticas reiteradas o como evidencia de una situación estructural de subordinación y desigualdad que afecta a las mujeres en una sociedad determinada... En sus precedentes María Eugenia Morales de Sierra y María Da Penha Fernandes, la CIDH hizo mención expresa a la relación de poder históricamente desigual entre los sexos, que determinó y determina que las mujeres tengan un papel inferior al hombre en las sociedades. Asimismo, la Comisión sugirió una revisión de la dicotomía tradicional entre la esfera privada y el espacio público, en función de la cual los asuntos privados, domésticos, particulares o íntimos, están al margen de la intervención estatal. En dicha esfera, se predica erróneamente que el Estado debería abstenerse de cualquier intromisión en resguardo de la autonomía personal. Los casos mencionados reconocen la falencia del concepto tradicional sobre

el papel del Estado en el ámbito familiar, al reconocer las jerarquías sexuales y la existencia de la opresión de las mujeres que existen de hecho en ese ámbito, en gran medida generadas por la supuesta neutralidad de las normas y de las políticas públicas y la inacción del Estado... La CIDH observa en consecuencia que el sistema interamericano, en base a los claros términos de la Convención de Belém do Pará, ha reconocido que la violencia por razones de género es ‘una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres’” (OEA/Ser.L/V/II., Doc.68).

6. El amplio desarrollo que tuvo en el derecho internacional de los derechos humanos, el principio de no discriminación y el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, transformaron las pautas que rigen en la materia a nivel local. Un ejemplo de ello es la sanción de la Ley n°26.485, norma de orden público, cuya constitucionalidad no fue impugnada en autos.

No obstante ello, la Defensa alega que la aplicación del principio de amplitud probatoria consagrado en el art. 16 de la norma —cuya constitucionalidad, insisto, no ha sido planteada— “ablanda los estándares probatorios exigidos por la Constitución Nacional en materia penal” y viola el principio de igualdad y la presunción de inocencia.

En particular destaca que “sin un testigo distinto a la supuesta víctima, no hay prueba independiente porque está ampliamente demostrado que existen discursos coherentes y a su vez falsos” y que “con la excusa del ‘contexto’ se desgranaron distintas secuencias del devenir de la pareja” en detrimento del derecho de defensa.

La Defensa en lugar de explicar en términos constitucionales el agravio planteado, insiste en la utilización de estereotipos —“mujer mentirosa” y la ya referida falsa dicotomía entre los espacios públicos y privados—. Al respecto cabe destacar que en el informe citado *supra*, la Comisión Interamericana señaló que no sólo debe prestarse atención al testimonio de la víctima sino que las investigaciones deben estar orientadas a la investigación del contexto (conf. párr. 51).

En especial, respecto del testimonio de la víctima sostuvo que “la influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor... esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales” (conf. párr. 155).

A su vez, la Corte Interamericana en los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú* estableció el valor probatorio fundamental del testimonio de

las víctimas, en aquellas situaciones que por su modalidad carecen de testigos u otras pruebas. Sostuvo que: “a la Corte le resulta evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se *caracteriza por producirse en ausencia de otras personas* más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho” (conf. párr. 100 y 89 respectivamente).

Por lo tanto el valor probatorio del testimonio de la víctima en casos donde por su especial modo de comisión no puedan ser corroborados por otros medios, no puede ser soslayado o descalificado dado que ello constituiría una forma de violencia institucional revictimizante contraria a los parámetros internacionales en la materia.

El valor probatorio del testimonio de la víctima de violaciones de derechos humanos, tuvo a su vez un amplio desarrollo en nuestra jurisprudencia desde que en la causa 13/84 se reconociera la figura del “testigo necesario”. Allí se sostuvo que: “la declaración testimonial es un medio de prueba que se privilegia frente a modos particulares de ejecución en los que deliberadamente se borran las huellas, o bien se trata de delitos que no dejen rastros de su perpetración, o se cometen al amparo de la privacidad. En tales supuestos a los testigos se los llama necesarios. En la especie, la manera clandestina en que se encaró la represión, la deliberada destrucción de documentos y de huellas, el anonimato en que procuraron escudarse sus autores, avala el aserto. No debe extrañar, entonces, que la mayoría de quienes actuaron como órganos de prueba revistan la calidad de parientes o de víctimas. Son testigos necesarios” (Fallos 309: 319).

7. La alegada violación del principio de igualdad a través de la utilización de lo que la Defensa llama “discriminación inversa”, tampoco puede prosperar. La afirmación según la cual “medidas de este tipo, por más que tengan un fin igualitario, adolecen de discriminación” no pasa de afirmaciones prejuiciosas respecto del valor de las medidas especiales de promoción de la igualdad como una de las formas en la que se materializa el deber estatal de la debida diligencia (conf. Informe CIDH sobre “Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas” del 20/01/2007, p. 44-47).

8. Voto en consecuencia por admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad.

Por ello,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

1. Admitir el recurso de queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad.

2. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.