

"GALARZA, NAHIR MARIANA -Homicidio calificado por ser una persona con la cual mantenía o ha mantenido relación de pareja- S/ RECURSO DE CASACION" - Expte.Nº 31/18

SENTENCIA Nº 66

En la Ciudad de Concordia, Provincia de Entre Ríos, a los tres días del mes de julio de dos mil diecinueve, se reunieron los Sres. Vocales de la Sala II de la Cámara de Casación, **Dra. SILVINA GALLO y Dres. DARIO PERROUD y ANIBAL LAFOURCADE**, a los fines de deliberar y dictar sentencia en la causa Nº 31/18, caratulada **"GALARZA, NAHIR MARIANA -Homicidio calificado por ser una persona con la cual mantenía o ha mantenido relación de pareja- S/ RECURSO DE CASACION".-**

Habiendo sido oportunamente realizado el sorteo de ley, resultó que los vocales debían emitir su voto en el siguiente orden: **PERROUD, GALLO y LAFOURCADE.**

Durante la deliberación se plantearon las siguientes cuestiones: ¿Qué corresponde resolver respecto del recurso de casación interpuesto por la Defensa? y ¿Cómo deben imponerse las costas?

El Sr. Vocal, Dr. DARIO PERROUD dijo:

I- Recurrieron en Casación, los Sres. Defensores, Dres. José Esteban Ostolaza y Horacio José Dargainz (en fecha 9 de agosto de 2018; cfr. fs. 149/182 vta.).

II- Por Sentencia de fecha 24 de julio de 2018, emitida por el Tribunal de Juicio y Apelaciones de Gualeguaychú e Islas del Ibicuy (integrado por los Dres. Mauricio Daniel Derudi, Arturo Exequiel Dumon y Alicia Cristina Vivian -cfr. fs. 48/125 vta.) se resolvió **"I.- CONDENAR a NAHIR MARIANA GALARZA, de las demás condiciones personales obrantes en autos, como autora penalmente responsable del delito de HOMICIDIO CALIFICADO POR SER DE UNA PERSONA CON LA CUAL MANTENIA O HA MANTENIDO RELACION DE PAREJA, a la pena de PRISION PERPETUA y ACCESORIAS LEGALES -arts. 5,**

12, 45 y 80, inc. 1º del Código Penal de la Nación";

Se había imputado a la encartada el siguiente hecho: *"que el día 29 de diciembre del año 2017, en un horario indeterminado pero antes de las 05:18 hs, al encontrarse circulando en el ciclomotor marca brava color gris Dominio 542 JKF, el cual era conducida por el Sr. Pastorizzo Fernando Gabriel, siendo su acompañante en la parte trasera Nahir Galarza, es cuando al llegar Calle General Paz alrededor del Numeral 515 de esta ciudad, la encartada, procede a extraer de entre sus prendas un arma de fuego tipo pistola calibre 9 mm y dispararle contra la humanidad de su pareja con quien ha mantenido una relación por más de 4 años no conviviente, más concretamente desde la espalda, generando con este accionar que la víctima caiga al piso y en esta posición y de frente la encartada le efectúe un segundo disparo contra el mismo, denotando con dicho accionar claras intenciones de menoscabar la vida de Pastorizzo, porque dichas balas, conforme informe autopsico preliminar tuvieron orificio de entrada y salida produciendo una lesión bronco-pulmonar derecha, produciéndole el deceso momentos después de los disparos mortales".*

III- En el escrito recursivo, los Dres. Ostolaza y Dargainz expusieron diversos agravios, los cuales, sin perjuicio del tratamiento que haré posteriormente, se pueden sintetizar del siguiente modo: **a).**-Nulidad de la Sentencia por modificación de fundamentos en aclaratoria de fecha 26 de julio de 2018, fs.127/128; **b).**-Violación del Debido Proceso Legal por afectación del derecho de defensa, en relación a prueba denegada; **c).**-Vicios de motivación sentencial que llevan a desestimar un ilícito imprudente; **d).**-Inconstitucionalidad del art.80 inc.1 -relación de pareja-; **e).**-Juzgamiento sin perspectiva de género y **f).**-Inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, art.80 del CPA.-

Peticionaron se revoque la resolución en crisis y se mande a producir otro pronunciamiento de acuerdo a derecho, por planteada cuestión federal y se haga lugar a los planteos de inconstitucionalidad.-

IV-a). En la audiencia fijada oportunamente intervinieron por la Defensa Técnica, los Dres. José Esteban Ostolaza y Pablo Sotelo, por los

querellantes particulares, Dr. Rubén María Virué (abogado de la Sra. Silvia Mabel Mantegazza) y Dres. Sebastián Rodrigo Arrechea y Juan Carlos Peragallo (abogados del Sr. Gustavo Pastorizzo), en tanto por el Ministerio Público Fiscal, compareció el Sr. Fiscal Coordinador, Dr. Lisandro Beherán.-

IV-b). Durante el trámite de audiencia en esta instancia, el Dr. Ostolaza mantuvo el recurso interpuesto y manifestó que en el contexto probado no ha sido analizada la posibilidad de aplicar una perspectiva de género.-

Ratifica en un todo su memorial en cuanto al pedido de nulidad de la integración de la sentencia -porque no es una aclaratoria-, por la imposibilidad de probar determinados extremos, cuando era una mujer la que estaba denunciando violencia; en orden a que se trató de un homicidio culposo, la aplicación de las causales extraordinarias de atenuación (art. 80 C.P.), en la denuncia a lo que no se les dejó probar -violando la normativa internacional y nacional-, la inconstitucionalidad de la cadena perpetua de una menor de diecinueve años -contradictorio al Estatuto de Roma- y la solicitud de inconstitucionalidad del tipo abierto que reprime el artículo 80 inc. 1 C.P.-

Asevera que los Tribunales de Gualguaychú no tuvieron perspectiva de género e hizo mención a cómo se encuentra posicionada la provincia en relación a ese tema.-

Disiente con el fallo respecto a la valoración de la pericial psicológica realizada por la Lic. Paday a quien solo se le concedió una hora en la policía para la realización de la misma. Critica al Tribunal porque dejó que la agredieran verbalmente durante la audiencia.-

Denuncia la afectación al derecho de defensa, porque no se hizo lugar a la pericial de autopsia psicológica de Fernando Pastorizzo -la que expresa, es válida y científica-, sin fundamento, con motivo de que se extendería por mucho la investigación.-

Marca como hecho violatorio de la Convención de Belem do Pará que pese el fiscal haber tenido acceso a todas las redes sociales de Pastorizzo, a la defensa, el Juez de Garantías no se lo permitió; que sin

embargo todos los mensajes de texto que hoy se analizan y se juzgan fueron obtenidos porque la detenida los brindó.-

Señala que asimismo le fue negada la prueba del dinamómetro, pericia respecto del arma para saber si la misma era celosa o no y pese a ello la Sentencia la trató con base en la teoría de un testigo.-

Alega la imprescriptibilidad de los delitos de violencia de género declarados como de lesa humanidad en el preámbulo de la Convención de Belem do Pará -y en la ley Nº 26.485 en su art. 1 y 16 inc. i), que la complementa-; y deja planteada la violación a las mismas por afectación del derecho de defensa de Nahir Galarza.-

Explica que la fuerza probatoria y el cúmulo de pruebas que existe no fueron analizada a la luz de la ley 26.485 y que el Tribunal -en línea con el Ministerio Público Fiscal- ordenó no hacer lugar al art. 80 C.P. (causales extraordinarias de atenuación) lo que es insustancial y contradictorio.-

Procede a resaltar lo que entiende como contradicciones en la Sentencia, relata situaciones de violencia ocurridas en la relación de pareja y las confronta con las declaraciones testimoniales de Martínez y Vega a las que el Tribunal descarta sin aplicar un criterio de género.-

Critica a la Sentencia en cuanto declara que la defensa "*tambalea en su argumento*", porque postula en primer lugar el homicidio culposo y posteriormente solicita la aplicación de la causal extraordinaria de atenuación del tipo doloso. Sostiene que el mismo es un planteo subsidiario. En el mismo sentido, que no niega la relación entre Pastorizzo y Galarza, sino que la misma no se encuentra comprendida en las previsiones del art. 80 inc. 1 C.P. Afirma que el Tribunal hizo un análisis patriarcal, misógino.-

Puso énfasis en que el Tribunal no cree el testimonio de la víctima -soslayando la perspectiva de género- y porque de la valoración entre las dos declaraciones, primero dice ser culpable y posteriormente introduce hechos de violencia. Solicita que el Tribunal observe, que las mujeres víctimas de violencia de género están naturalizadas, y es por ello que, al momento del disparo, ella no tenía conciencia de que estaba inmersa en

el delito de violencia de género. Cita doctrina y jurisprudencia.-

Hace referencia a cómo era la relación entre ellos los meses anteriores al hecho, lee mensajes de texto, señala cantidad de llamadas, relata tres situaciones de violencia, señala las fojas correspondientes a informes médicos y fotografías que acreditan lesiones, remarca las testimoniales de Pereyra, Martínez y Viera.-

Solicita al Tribunal analice los testimonios de la Sra. Duarte, de los Dres. Benedetti y García, la Sra. Gálvez, Basaldúa, ya que no fueron revisados en base a la perspectiva de género. Cita jurisprudencia.-

Peticiona el falso testimonio del Dr. Ghiglione de fecha 14/06/18 que alega varios episodios de violencia pero que uno solo fue un hecho traumático y que por ello, no se encuentra acreditada la violencia de género.-

Sostiene que existió violencia física, psicológica y de género, que no se analizó bajo una perspectiva de género, y que la conducta claramente encuadra dentro de las causas extraordinarias del art. 80 C.P., solicita así se lo declare, ratificando en un todo el memorial recursivo.-

IV-c). Por su parte, el Sr. Fiscal, Dr. Lisandro Beherán solicita se ratifique la Sentencia del Tribunal de Juicio y Apelación de Gualeguaychú por ser una derivación razonada del derecho vigente conforme a las circunstancias de la causa y al derecho aplicable al caso.-

Sostiene que las alegaciones del Dr. Ostolaza no son más que una disconformidad con la fundamentación del Tribunal, a la vez que son reiteraciones de planteos ya vertidos a lo largo del juicio y que fueron contestados con sólidos argumentos, en base a un tratamiento conglobado, en conjunto y pormenorizado de los elementos que consta en la causa.-

Explica que la para la aplicación del pretendido art. 80 C.P. -circunstancia extraordinaria de atenuación- es necesario que se configure el tipo doloso y agravado; lo que resulta contradictorio con las teorías -homicidio culposo y negación del vínculo- enarboladas por la defensa.-

Remarca que el hecho, es la muerte del joven Fernando y que la

víctima es él, no Nahir; que se utiliza la violencia de género para tratar de atenuar el hecho doloso.-

Disiente con la defensa respecto a que el Tribunal nunca valoró el testimonio de "la víctima", porque valoró el descargo del imputada y lo confrontó con el restante material probatorio. Que los fallos y doctrina que se cita no son aplicables al caso.-

Aclara que, la defensa material, técnica y mediática que ha tenido esta causa provocó que el Dr. Ostolaza incurriera en una confusión en la audiencia al hablar de la declaración de imputada de Galarza cuando la misma era una declaración testimonial.-

Respecto a la aclaratoria del Tribunal de Gualguaychú atacada, explica el error involuntario en el que incurrió en la redacción al momento de valorar la entrevista con el Dr. Ghiglione. Que la misma no se trata de una cuestión sustancial.-

En otro orden despejó, en cuanto a las pruebas que la defensa alega no se le dejaron realizar, que el tema ya fue resuelto en Garantías, reeditado en el juicio oral y el Tribunal desmenuzó pormenorizadamente cada uno de los elementos de prueba y la falta de correspondencia y pertinencia con la causa.-

Que con relación a la prueba de la sensibilidad del arma declararon tres peritos sobre su correcto funcionamiento, con más testigos y expertos. Que el padre al declarar que el arma era celosa lo hizo para no inculpar a su hija, además que tampoco había dado cuenta a la autoridad sobre un mal funcionamiento.-

Asegura que es imposible que los dos disparos se efectuaran involuntariamente, explicando para ello, las declaraciones de los peritos. Que las mismas resultaron racionales y el Tribunal tuvo mérito de eso, descartó la crítica de la defensa.-

En cuanto a la tenencia del arma, lee la declaración de Galarza.-

Refiere a que de las pruebas no surge que existió una situación de violencia de género palpable.-

Descarta el planteo de inconstitucionalidad del art. 80 inc. 1 C.P., cita doctrina y expresa que se encuentra ampliamente probada la

relación de pareja, que hay elementos que lo demuestran -mensajes, chats, cartas, dedicatorias por redes sociales, viajes, fotos, declaraciones de los amigos- el tiempo transcurrido (más de cuatro años) y la habitualidad de trato frecuente. Cita jurisprudencia.-

Considera asimismo que debe desecharse la petición de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, la que solo podría aplicarse en casos en que se vulnerara por completo el principio de culpabilidad. Sostiene que en este caso la pena es perfectamente proporcional, conforme a las reglas constitucionales -art. 18 C.N.- y la culpabilidad del acto, y que la razón del agravante, es el menosprecio del respeto que se deben mutuamente las personas que mantienen o han mantenido una relación.-

Solicita se rechace el planteo de la defensa y confirme la sentencia.-

IV-d). A su turno, el Dr. Rubén María Virué -querellante particular en representación de la Sra. Silvia Mabel Mantegazza- alegó que lo expresado por el Ministerio Público Fiscal representa en su integridad la visión que tiene la querrela de la prueba rendida en la investigación y la que se realizó en el debate.-

Profundiza sobre la nulidad articulada por la denegatoria a realizar una autopsia psicológica de Fernando, desestima los planteos contra la pericia que informa la celosidad del gatillo y considera ajena a la lógica elemental la hipótesis de los disparos accidentales. Solicitó se confirme la Sentencia en todas sus partes.-

IV-e). A su turno, contestan agravios los abogados a cargo de la querrela en representación del Sr. Gustavo Pastorizzo. Con la palabra el Dr. Sebastián Rodrigo Arrechea adhirió a los dichos del Fiscal y del Dr. Virué.-

Introduce razonamientos valorativos de la prueba en relación a la violencia de género y afirma que no se detectaron indicadores clínicos que la demuestre.-

Sostiene que la sentencia es completa y elocuente, que explica todas las pruebas de corte subjetivo y objetivo, argumenta con certeza

la posición del tirador, que los disparos fueron intencionales y con dolo, la trayectoria de los mismos, y así fue demostrado.-

Que se está en presencia de una situación de marcada razonabilidad y por ello debe confirmarse la Sentencia, rechazando el recurso de casación.-

Luego, el Dr. Juan Carlos Peragallo, refiere a cuestiones puntuales para aclarar dichos de la defensa que no coinciden con la prueba obrante en el expediente y adhiere a los dichos de sus colegas solicitando el rechazo del recurso.-

Considera que corresponde la desestimación de plano de los videos ofrecidos por resultar hechos posteriores, como así también los planteos respecto a la cuestión de balística cuyo dictamen no fue cuestionado por la defensa al momento de ser realizado en el debate por lo cual deviene improcedente su argumento al respecto.-

Señala como prueba contundente de la relación de pareja la publicación que hace la imputada a redes sociales a horas de cometer el delito y descarta la violencia de género.-

IV-f). Por último el Dr. Ostalaza solicita la palabra para aclarar puntos específicos referidos a la perspectiva de género, afirma que la mayoría de las mujeres víctimas de violencia no hacen la denuncia, y se pregunta: *"¿cuál era el motivo de Nahir para matarlo?"* a lo que se contesta: *"que la deje en paz"*.-

V- Analizados los agravios planteados, escuchadas las partes en audiencia y evaluadas que fueran las constancias de la causa corresponde emitir resolución al respecto.-

Como he sostenido en diferentes pronunciamientos anteriores, sabido es que a partir de "Casal" se amplió de modo considerable el ámbito de revisión que a este Tribunal compete, no limitado a la evaluación de las cuestiones jurídicas sino posibilitando el ingreso al análisis del factum, ello de la mano del reconocimiento de las dificultades que se presentan al tratar de distinguir cuestiones de hecho de aquellas que nominábamos "de derecho".- De tal modo, fruto de la doctrina de la Suprema Corte, se deben extremar los recaudos para agotar las

posibilidades de examen a la luz de la teoría del máximo rendimiento, revisando todo lo que sea posible, con el límite impuesto por la inmediación, y aún con respecto a esta -sin desmerecer sus ventajas- siendo conscientes a la vez que otrora fue convertida en una suerte de cheque en blanco -como lo sostuviera algún autor- para motivar menos, aportar menos información y por demás evitar el control de partes y de los órganos jurisdiccionales.- Por demás, teniendo en cuenta que calificada doctrina acierta en afirmar la escasa acogida doctrinaria y jurisprudencial en Alemania de la Teoría invocada por la Corte, queda igualmente claro cuál es el mensaje que el Tribunal deja como doctrina, sobre todo a partir de la cita del precedente de la CIDH, "Herrera Ulloa", y de las expresiones que de modo propio utiliza el máximo tribunal en torno al alcance de la revisión, esto es, realizar el máximo esfuerzo posible en tanto revisar todo lo que esté al alcance de la Alzada, sin magnificar la inmediación.-

Aún así y dentro de tal marco de amplitud de lo revisable, es del caso aclarar y recordar que de cualquier manera *"los jueces no están obligados a considerar todos y cada uno de los argumentos propuestos por las partes, sino sólo aquellos que estiman conducentes para la correcta solución del caso* -Fallos: 305:1886, 310:267, 322:270, 324:3421, 327:525, entre otros, ver además: "GUERRERO", Sala Penal, STJER.-

Con miras a dar satisfacción a los estándares de revisión mencionados y que a mi criterio hoy día forman parte del debido proceso legal, como derecho a un recurso amplio, completando las formas sustanciales referidas a la acusación, defensa, prueba y sentencia, comenzaré el abordaje de los distintos agravios que planteara la defensa, haciendo mención -a riesgo de alongar el presente- a los argumentos de la parte, como así también a lo que sobre la cuestión hubiere manifestado el Tribunal -si es que fue materia de tratamiento- para luego sí, efectuar las consideraciones que entienda pertinentes para decidir la cuestión.-

V.-A).-Nulidad de la Sentencia -por modificación de

fundamentos en aclaratoria de fecha 26 de julio de 2018, fs.127/128;

Como primer punto de agravio, la defensa solicita la nulidad de la Sentencia, en tanto sostiene que la aclaratoria producida en fecha 26 de julio de 2018, implica una alteración de una cuestión principal que a la vez modifica sustancialmente la ponderación realizada por el Tribunal al punto en tratamiento y que de tal modo nos encontramos ante una nulidad manifiesta, debido a que el artículo 154 de nuestro código de rito establece que este remedio procesal *procede "siempre que ello no importe una modificación esencial".-*

Efectivamente, a fs.127/128, por resolución de fecha 26 de julio de 2018 se dispuso *"RECTIFICAR el primer párrafo de fs.118 vta.de la Sentencia dictada en autos, que expresa "Aclarado ello, debemos recordar que las entrevistas practicadas por el Dr.Ghiglione se llevaron a cabo con anterioridad a la segunda declaración de imputada rendida en sede del MPF, en la cual, vale reiterarlo, la encausada varía su relato introduciendo la cuestión relativa a las presuntas agresiones sufridas, lo cual deja en evidencia que los episodios de violencia relatados en su declaración de imputada, han sido un invento realizado con el propósito de mejorar su comprometida situación, puesto que resulta insólito que en las exhaustivas entrevistas llevadas a cabo por el médico psiquiatra, no se haya hecho mención a esos eventos por Nahir Galarza, sino solamente a situaciones de insultos y gritos por parte de Fernando Pastorizzo", el que quedará redactado de la siguiente manera: "Aclarado ello, debemos recordar que las entrevistas practicadas por el Dr.Ghiglione se llevaron a cabo con posterioridad a la segunda declaración de imputada rendida en sede del MPF, en la cual, vale reiterarlo, la encausada varía su relato introduciendo la cuestión relativa a las presuntas agresiones sufridas, lo cual deja en evidencia que los episodios de violencia relatados en su declaración de imputada, han sido un invento realizado con el propósito de mejorar su comprometida situación, puesto que resulta insólito que en las exhaustivas entrevistas llevadas a cabo por el médico psiquiatra, no se haya hecho mención a*

esos eventos por Nahir Galarza, sino solamente a situaciones de insultos y gritos por parte de Fernando Pastorizzo.".-

Tal cual se observa a simple lectura de lo antes transcrito, a la par que expresamente mencionado en los considerandos de la resolución criticada, la única variación o modificación corresponde a la palabra "*anterioridad*", la cual se suplanta por "*posterioridad*", lo cual indudablemente obedece a un error de corte inesencial, puramente material, y que en manera alguna perjudica a la parte, sino más bien a evitar que una cita equivocada temporalmente -anterior/posterior a tal cosa- genere una convicción errada, o confusión, tanto a las partes como al Tribunal que eventualmente revise la pieza.- Bajo ningún aspecto el proceder de los sentenciantes puede acarrear el efecto que pretende el recurrente y debe descartarse de plano, sin ahondar en mayores consideraciones atento lo precario del señalamiento defensivo, la aclaratoria emitida por el Tribunal en modo alguno alteró la esencia del decisorio sino que se limitó a corregir una expresión desacertada, referida al tiempo en que se realizaron entrevistas y su comparación con la declaración -segunda- de la imputada, que por demás era comprobable fácilmente de las constancias del expediente.-

V.-B).-Violación del Debido Proceso Legal por afectación del derecho de defensa, en relación a prueba denegada;

Expuso a modo de agravios la defensa que se vio afectado el debido proceso legal a partir de la imposibilidad de producir prueba pertinente con miras a resolver el litigio.-

Así se refiere al impedimento de producción de una Autopsia Psicológica de Fernando Pastorizzo -tendiente a determinar aspectos de su personalidad, en la hipótesis de la defensa, relacionadas con conductas adquiridas de violencia de género- también denuncian obstaculización al pedido de apertura de cuenta de Facebook de Pastorizzo -prueba relacionada a las constantes denuncias de la defensa acerca de la violencia psicológica ejercida por Pastorizzo- asimismo prueba acerca de la sensibilidad del arma, y el haberse denegado una Inspección Judicial para constatar los dichos de la testigo Correa.-

Algunas de estas cuestiones fueron materia de decisión y así luce expresado en la Sentencia, la cual ha de ser transcrita en los aspectos que hacen a esta cuestión, para evaluar luego la corrección o incorrección de lo resuelto.-

Luce a fs. 54 vta./57 el abordaje que hiciera del tema el Tribunal, como previo a emitir opinión acerca de la acreditación del suceso material y autoría.- Advirtiendo las implicancias que la cuestión podría traer aparejado, el Vocal comienza refiriendo que *"Corresponde inicialmente de manera obligada, dar tratamiento al planteo formulado por la Defensa Técnica en su alegato final, en relación a la afectación a la garantía del debido proceso, ya que, de verificarse un perjuicio como el invocado, se generarían consecuencias invalidantes sobre el trámite del proceso, que tornaría inoficioso el tratamiento del resto de las cuestiones planteadas"*.- Expresa el sentenciante que *"Previo a su abordaje, no he de pasar por alto que la introducción de esta cuestión, recién en la etapa de la discusión final, importa una ampliación relevante de la hipótesis del caso de la Defensa Técnica -expuesto en el alegato de apertura-, que deviene inconciliable con las reglas de juego que inspiran el proceso adversarial, al haberse impedido a las contrapartes su contradicción, a través de la confrontación de las pruebas rendidas e incorporadas en el debate. Lo cual sería justificable, si las irregularidades denunciadas hubieran tenido lugar en el curso del debate, situación que no se da en el presente ya que ha quedado claramente evidenciado en las alegaciones defensivas, que el presunto ataque al debido proceso legal, se habría producido durante el trámite investigativo, de manera que la introducción del tema en el momento de la discusión final, como ya se expuso, importa desprestigiar elementales reglas que rigen la disputa dialéctica y argumental entre las partes, al haberse restringido la posibilidad de refutación y contradicción de la prueba producida, lo cual impediría su tratamiento en la presente instancia"*.- Aún así, y luego de efectuar estas aclaraciones, se afirma que *"Sin embargo, en razón de la gravedad que el tema conlleva, y en pos de garantizar el ejercicio pleno del derecho de defensa de la*

acusada, tendré en cuenta la alegación a modo de "denuncia", ya que la mentada violación a la garantía del debido proceso se ha cimentado en la presunta imposibilidad que habría tenido la Defensa, para producir prueba considerada determinante para probar su teoría del caso".-

De tales manifestaciones se extrae claramente que el Tribunal, más allá de advertir la inadmisibilidad de la pretensión, de igual modo se adentró al análisis de las críticas puntuales que desarrollaran los defensores.-

En primer término cabe consignar que la denegatoria del Ministerio Público Fiscal a la pretendida realización de "autopsia psicológica" habría sido revisada por el Juez de Garantías, confirmando tal proceder en el entendimiento de la impertinencia de tal medida, habiéndose de tal modo dado una respuesta jurisdiccional -y así lo señala la propia Sentencia- acerca de la improponibilidad de esa prueba.- Tanto el ingreso al perfil de Facebook, cuanto la autopsia psicológica pretendida, mal pueden considerarse de relevancia tal que su falta de producción derive en la nulidad del proceso o la Sentencia, se trata -en ambos casos- de evidencia que no es clave ni decisiva para sellar la suerte de lo debatido, máxime, como en el caso -y será desarrollado más adelante- se contaba con sobrados elementos, que las partes propusieron -y pudieron controlar debidamente- con miras a dar respuesta a la alegada cuestión de género.-

Acerca de la pericia relativa a sensibilidad del arma, si bien no se llevó a cabo un estudio puntual a ese respecto -prueba de dinamómetro- sí se pudo contar en el ámbito del juicio con la presencia tanto del perito que procedió al estudio de aptitud del arma, como también compareció a debate el dueño de la pistola.- En la hipótesis de la defensa, referida a un hecho accidental, la celosidad del arma aparece como un dato que pudiera jugar a su favor, vale decir, puede ser que por un uso intenso, falta de mantenimiento o alteración de alguna pieza se produzca una variación en la mecánica del arma que lleve a disminuir la fuerza que deba aplicarse a la cola del disparador para que se accione y produzca el disparo (en nuestro caso, dos disparos).- Concretamente esto es lo que

aspira contestar eventualmente la prueba aludida, mediante empleo de tensiómetro o dinamómetro, para definir si el arma en cuestión puede ser accionada mediante aplicación de fuerza disminuida, ello en comparación con los valores que al respecto se fijan de fábrica.- Ahora bien, como señalé, la información y explicaciones brindadas por el perito Ascuez y el propio Galarza padre -"alguien puede decir que es normal"(Galarza, 21 de junio 2019 12:19:18 aud de juicio)- llevan a tener por acreditado que el arma utilizada en el hecho no presentaba ninguna alteración, modificación o desgaste que nos determinen a sostener la posibilidad siquiera de un mecanismo sensible, de un arma "celosa", tras lo cual se confirma que bien se puede afirmar -sin afectación a garantía alguna- la innecesariedad de producir prueba que luce super abundante.- Además, mal puede afirmar la defensa violación a sus derechos cuando a pesar de estar debidamente notificados de la fecha, hora y lugar de realización de la pericial sobre el arma, no concurrieron a verificar su desarrollo, a contrario de lo acontecido con el representante de la querrela, según constancias de fs.243 del cuadernillo n°2.- Asimismo, la presencia del perito en la sala de audiencias, prestando declaración en el debate, manipulando el arma secuestrada y contestando todas las preguntas que le fueron formuladas por las partes permite aseverar sin dudas que llevar a cabo una pericia como la que reclama la defensa en nada modifica el resultado del asunto ya que quedó claro en qué condiciones debía encontrarse el arma para que ocurriera un disparo -accidental y/ involuntario- y la fuerza que se requería oprimir sobre la cola del disparador para producir el disparo.-

En orden a la Inspección Judicial con miras a confirmar o descartar la versión de la testigo Correa es posible señalar que mal puede ser considerada una prueba de inevitable producción y con relevancia para la decisión y resolución del caso.- Si bien esto será analizado ut supra en ocasión de evaluar los razonamientos que llevaron a sostener la hipótesis de la Fiscalía, de momento sólo cabe destacar que el Tribunal contó con sobrados elementos para apreciar el testimonio de la aludida, tras lo cual, no llevar a cabo una inspección como la que pidiera la

defensa en nada opaca la validez de los razonamientos que el a quo efectuara respecto de la credibilidad que cabe asignar a los aportes de la testigo.-

Por demás y en línea con la supuesta violación al debido proceso legal, la defensa había cuestionado otros aspectos referidos a evidencia sin producción, a saber, relacionados con testigos de identidad reservada y práctica pericial sobre vísceras, que no han sido actualizados en el recurso, pero sí tratados de modo claro en la Sentencia ante aquellas críticas defensasistas, lo cual pone de resalto que -como bien destaca el Tribunal- lejos de avisarse afectación al derecho de defensa de Nahir Galarza, podemos afirmar sin temor a yerro alguno que desde el principio y hasta el juicio, tanto la encartada como sus abogados han podido desarrollar de cabal modo la defensa, desde el punto de vista material prestando declaración en sucesivas oportunidades y desde la perspectiva técnica, con multiplicidad de intervenciones, contando con medios y tiempo necesario para preparar y presentar su defensa, controlando la evidencia colectada durante el trámite de investigación y luego producida en juicio, ofreciendo pruebas de refutación, interrogando y conainterrogando testigos, tanto antes como durante el debate, proponiendo puntos de pericia y ampliaciones, como también contando con peritos de parte y asesores técnicos, entre otras actividades que permiten desestimar cualquier trámite reñido con la garantía de acceso a un juicio justo.-

V.-C).-Vicios de motivación sentencial que llevan a desestimar un ilícito imprudente;

En el debate se planteó si la conducta de Nahir Galarza debía ser tipificada como Homicidio Culposo -en contexto de violencia de género- tal la posición de la defensa, o como Homicidio Agravado conforme la postura de la acusación.- La Sentencia receptó la hipótesis del hecho doloso.-

Resulta fundamental entonces, establecer si la Sentencia resulta un constructo lógico y debidamente fundado y en el caso, estando disponible otra hipótesis a la propuesta por la acusación si ha sido

debidamente refutada mediante la producción de prueba suficiente, vale decir, corroborar la hipótesis de culpabilidad exige refutar las hipótesis alternativas compatibles con la inocencia.(Ferrer Beltrán - 2007).-

La defensa, en un extenso desarrollo apunta contra la Sentencia afirmando se violaron los principios lógicos de contradicción, razón suficiente y tercero excluido, sostiene que la argumentación sentencial es contradictoria y no contestó lo alegado por su parte.- Veremos en qué consisten estos agravios.-

No se discutió en el juicio que el día 29 de diciembre de 2017, en un horario indeterminado pero con anterioridad a las 05:18 hs., en la vía pública sobre calle General Paz a la altura del numeral 515 de la ciudad de Guleguaychú, Fernando Gabriel Pastorizzo recibió dos disparos de arma de fuego con una pistola calibre 9 mm, que le produjeron una lesión bronco-pulmonar derecha que provocó su deceso. No medió controversia acerca de la intervención de la imputada Nahir Mariana Galarza como autora del hecho.- Tampoco cuestionó la defensa la secuencia de los disparos, vale decir, que el primero de ellos fue por la espalda.- Sí fue debatido quién portaba el arma hasta ese momento -alegando la defensa que su asistida no pudo hacerlo- y cómo se produjeron ambos disparos, según la postura de esa parte, involuntariamente.-

En el recurso, la defensa afirma que la Sentencia viola los principios lógicos antes aludidos por la forma en que concluye cómo aconteció el hecho y quién portaba el arma hasta el lugar donde se dio el desenlace fatal.-

En la Sentencia se afirma que sin dudas fue Nahir Galarza quien llevó el arma consigo hasta el lugar del hecho, no Fernando Pastorizo, descartando el planteo de la defensa que pretendía establecer que, dada la vestimenta de Galarza, mal pudo esconder la pistola.- Para tal afirmación el sentenciante tuvo en consideración que independientemente de la ropa que pudo llevar puesta Nahir, en razón del testimonio de Osorio Cadot se podía aseverar que el arma debió ser ocultada en un "buzo" que el testigo afirma haber visto llevar en la mano

a la imputada, aquella noche, al llegar a su casa.-

Estas conclusiones son cuestionadas por el defensor, poniendo énfasis para ello en lo declarado por el testigo Otero quien a pesar de haber visto a la encartada después del hecho no advirtió que llevara nada, y de tal modo, sostiene la defensa "*conforme estaba vestida Galarza nunca pudo ocultar un arma de fuego entre sus prendas, ni antes, ni después del hecho*".-

Ahora bien, sin perjuicio que entiendo correcto el razonamiento llevado a cabo en la Sentencia, hay un dato que no podemos desconocer y que da por tierra con la posición de la defensa sobre el punto y es que a partir de los dichos de la propia imputada se puede afirmar que fue ella y no otra persona, inmediatamente de ocurrido el hecho y no en otro momento, que llevó el arma hasta su casa y la dejó donde se encontraba primeramente, sobre la heladera.- Además, indudablemente Otero no observó que Nahir Galarza tuviera algo en sus manos y recuerda sí cómo estaba vestida, pero ello no autoriza descartar que llevara un buzo, lo que sí fue observado por Osorio Cadot. No es extraño que dos personas perciban distintos detalles frente a una misma situación, pero como antes señalé esto se compadece con la circunstancia de que fuera la imputada, según sus propios dichos, quien "devolviera" la pistola a su lugar, donde al día siguiente fue habida por su padre -Marcelo Galarza- tomándola para concurrir al trabajo.- En síntesis, el Tribunal no viola el principio de razón suficiente sino que apoya su postura en la testimonial desinteresada y confiable de Osorio Cadot.- La crítica centrada en que el Tribunal no contestó a la pregunta de qué hacía la víctima en diciembre con un buzo, dando pie de esta manera a sostener que más creible resulta que fuera él quien llevara el arma, tampoco devalúa en nada el razonamiento apuntado, ya que independientemente de la fecha y las temperaturas que pudieren darse entonces, no luce irrazonable que alguien lleve un abrigo, para la noche -horas en que desciende la temperatura- y con más razón si se desplaza en un motovehículo.-

Argumenta la defensa que la Sentencia, al momento de la reconstrucción de cómo acontecieron los hechos, viola el principio de no

contradicción e in dubio pro reo.- En esa senda señala de modo crítico la manera en que el sentenciante valoró el testimonio de varios policías que prestaron declaración respecto de disparos accidentales o involuntarios, no dando buenas razones acerca de porqué se toma del perito Azcués las conclusiones acerca de la intencionalidad de los disparos, siendo que el mismo hizo referencia a un cincuenta por ciento de posibilidades de un primer disparo involuntario.- Es así, sostiene el defensor, que si se afirma un primer disparo involuntario no se puede luego afirmar que el segundo sea intencional.- Ahora bien, el perito Azcués refirió a la "probabilidad" de un primer disparo accidental, pero dando luego por descartado que el disparo en el pecho, de frente, el segundo, haya sido involuntario, de lo cual el Tribunal, interpreta -junto a otras tantas consideraciones- que si este último disparo es intencional, es irrazonable sostener que el primero no lo sea.- No refiere el Tribunal que frente a la hipótesis de un primer disparo accidental luego se produzca un segundo de "remate".- La correcta interpretación efectuada por los jueces de la prueba pericial lleva al terreno de la valoración global del episodio. La defensa parcializa de modo arbitrario el suceso y pretende arrimar agua para su molino a partir de expresiones vertidas por los expertos, pero que puestas bajo análisis de todo el contexto no indican lo que sugiere el Defensor.- Los peritos afirman la probabilidad de un disparo accidental, dadas determinadas condiciones, a saber, que el arma estuviera en condiciones de eyectar un proyectil con solo oprimir la cola del disparador, afirmación que aparece obvia y negarlo hubiera sido una necesidad.- Ahora, hecha esta aclaración, y teniendo en cuenta las características que ofrece el segundo disparo -que ingresa por el pecho- afirman los peritos que las probabilidades de un disparo accidental en este caso se reducen notoriamente y dan sus razones al respecto.- El Tribunal entonces, valora esas manifestaciones en conjunto con el resto de la prueba y la confronta con los dichos de la imputada. La versión que brinda la Srta.Galarza en el marco del juicio oral, el día 25 de junio de 2018, en la parte medular indica que "*Cuando llegamos a la calle que empezó a acelerar venía la calle cortada así que*

yo empecé a gritar que parara, porque nos íbamos a chocar contra la pared, y entonces de repente dobló rápido y se empezó a reír y yo le dije obviamente que no me había dado risa, que no me causaba gracia lo que estaba haciendo, y enseguida llegamos a la calle de mi abuela, es una calle de tierra, así que él venía bajando la velocidad cuando dobló y en un momento pierde el equilibrio, venía con una sola mano manejando, se empezó a tambalear la moto, casi nos caímos y ahí tuvo que agarrar la moto con las dos manos, y yo en ese momento que él agarró la moto con las dos manos, me agarré de él y le saqué el arma, y se la saqué solamente, no tengo idea como la agarré, y en el momento que se la saqué, él se dio cuenta y frenó la moto, y cuando la freno yo me hice, los dos, no sé, yo de repente me había quedado aturdida, y nos caímos los dos para el costado, y enseguida cuando yo me alcanzó a levantar, y me fue de nuevo, que esto que dije que me quedé aturdida, esos fueron los dos disparos, pero fueron dos segundos nada más, fue todo rápido". Se advierte con claridad que el momento cúlmine es relatado de modo vago e indefinido por Nahir Galarza, haciendo imposible una reconstrucción de lo acontecido incluso desde su perspectiva.- Además no es coincidente en algunos aspectos con la declaración que prestara durante el trámite de la IPP.- Ahora bien, se comprobó certeramente las distancias que existieron entre la pistola y el cuerpo de Pastorizzo al momento de los disparos: el que ingresa por la espalda con contacto débil, y el que se da desde el frente entre 20 y 50 centímetros.- De igual modo, la prueba producida permite sostener con seguridad las trayectorias que llevaron los disparos, lo cual se obtiene de las pericias realizadas, complementadas con la autopsia y los testimonios que prestaron los expertos en el juicio.- En este sentido, el disparo que recibiera la víctima por la espalda es de izquierda a derecha, de abajo hacia arriba, y el que ingresara por el frente, en el pecho, de izquierda a derecha y de abajo hacia arriba.- El orden de los disparos ha sido también acreditado fehacientemente, y la reconstrucción que hicieran los peritos en el marco del debate se compadece con la evidencia reunida, sobre todo teniendo en cuenta que hay una solución de continuidad entre el orificio

de entrada en el pecho, de salida en espalda e ingreso al piso, a la tierra, lo cual permite sostener que este fue el segundo disparo, producido cuando la víctima ya estaba en el suelo -en la posición en que fue encontrado- y con su pierna aprisionada por la moto. De esta manera, descartando que se haya levantado luego de ese disparo, recibido otro por la espalda y vuelto a caer en el mismo sitio, la única explicación plausible de secuencia de disparos es la expuesta por los peritos y receptada por la Sentencia: primer disparo por la espalda, segundo de frente.- Asimismo y a la luz de la propia declaración de la imputada -transcripta antes en la parte medular- ese sería el orden de los disparos.-

Argumenta la defensa que la Sentencia no se hace cargo de la imposibilidad señalada por los peritos de determinar la posición del tirador, de lo cual concluye se puede aseverar que el segundo disparo es involuntario al caer Galarza de la moto.- Para ello se afirma el defensor en la inexistencia de rastros relevados en la escena del crimen que permitan avalar que el tirador se desplazara.- Claro que no hay "rastros" de desplazamiento corporal si por tal entendemos un sendero de pisadas u otro tipo de pistas.- De lo que no cabe dudas es que acreditado que el primer disparo se produce estando Pastorizo sobre la moto -sentado o parado- ya que de esta forma se explica la caída de la motocicleta sobre el cuerpo, aprisionando la pierna, también por el surco lateral dejado por el pedal de apoyo en la tierra, y la inexistencia de frenadas, derrape e fracciones u otros rastros que denotan que el vehículo circulaba a escasísima velocidad o estaba detenido.- Esta posición de la víctima, sobre la moto, atendiendo a las características de ingreso y egreso de proyectil -de atrás hacia adelante- se compadece además con la impronta relevada en un domicilio cercano -de restos de plomo y pintura negra- compatibles con la dirección recta desde donde se produjo el hecho.- Ese primer disparo, independientemente de la probabilidad de causación involuntaria admitida por los peritos, debe ser analizado en relación a las reglas de sana crítica racional tal cual lo hizo el juzgador.- Para que ocurra de la manera en que lo narra Galarza -en su última

versión- debió tomar el arma de entre las piernas de Pastorizzo, pasarlo por el costado del cuerpo, lograr un espacio suficiente entre ambos para que -pistola de por medio y sin estar apoyada- se produzca y compadezca con la distancias de tiro acreditada -contacto débil- hacerlo en tanto se produce el frenado de la moto o detenida recientemente -según a cual versión de la imputada nos atengamos- tras lo cual se produciría la caída, de ambos según Galarza, y aún así, el arma, disparada de modo "involuntario", permanecer en sus manos para, al reincorporarse, producir un segundo disparo "involuntario".- La hipótesis de ocurrencia del hecho propuesta por la defensa es inverosímil, roza el absurdo.- Pero además, en concreto y en mi opinión, el desplazamiento o traslado del tirador ha dejado un rastro objetivo -si bien no huellas de pisadas pretendidas por la defensa- y es el constatado y acreditado ingreso de cada uno de los proyectiles (dos) en el cuerpo de Pastorizzo, lo que indefectiblemente por la trayectoria y distancia -también acreditadas- provienen de una posición diferente de disparo, lo que refleja indubitadamente desplazamiento de quien los efectuó.

Las valoraciones de la defensa en cuanto sostiene que bien pudo estar el arma situada entre los cuerpos a la luz de datos de la vida cotidiana que nos muestran cómo circulan varias personas en una moto no tienen entidad alguna. Ciertamente es que a diario se advierten estas situaciones pero se dan por obrar voluntario de las personas que así se conducen, y más aún, si deliberadamente pretendemos situar dos personas sobre una moto, con un arma de por medio, y apuntarla en el sentido en que ingresara el disparo en Pastorizo también podríamos lograrlo, ello así porque se estaría haciendo una suerte de experimento en búsqueda de esa factibilidad espacial.- Pues bien, de lo que se trata aquí es de establecer si tal posibilidad puede darse del modo en que lo plantea la defensa, es decir, que tras un "manoteo" el arma "aparezca" de modo fortuito entre ambos cuerpos, en la posición sabida, casualmente con el cañón dirigido al cuerpo de la víctima y darse luego un accionamiento involuntario del gatillo, pero además, a esta hipótesis debería agregarse que tras caer al suelo y pretender incorporarse, se

produciría un segundo disparo involuntario, para lo cual va de suyo se debió accionar otra vez -e involuntariamente- la cola del disparador, estando el cañón de nuevo y extrañamente apuntando la humanidad de la víctima, solo que ahora, a su pecho.- En esta versión la imputada habría tomado la pistola casi sin saber cómo -"no tengo idea como la agarré", según sus dichos- en extrañas circunstancias se produjo un disparo, y a pesar del estruendo, el retroceso del arma -que debió estar empuñada deficitariamente- sumado a que se habría producido la caída de la motocicleta, y no obstante ello, con el arma en la mano se incorpora y se vuelve a disparar espontánea e involuntariamente.- Esta secuencia, así explicada, tratando de entender los dichos de la encartada -aún tomándolos sin verificar las contradicciones internas y sin contrastarlos con sus otras versiones anteriores- no resiste el menor análisis bajo reglas de la lógica, la experiencia común y como hipótesis de ocurrencia de los hechos tiene cero plausibilidad.-

A ello debemos sumar la actitud posterior al hecho, asumida por la encartada, alejándose del lugar, sin requerir auxilio.- La defensa critica en este aspecto la Sentencia, haciendo mención a que la huida o el abandono no crea el dolo. Cita lo que acontece en casos de accidentes de tránsito, donde tras conductas que nadie discute como imprudentes -no dolosas- los autores se alejan del lugar.- En este punto cabe dar razón a la defensa en cuanto a que huir no transforma en doloso aquello accidental o culposos, y es tal vez válido el ejemplo que da de los accidentes, pero no le asiste razón en la conclusión que pretende obtener de su aseveración.- Verdad que ocurren casos como el que plantea -abandono tras accidentes- pero rara vez -por no decir nunca- se verá que huye el que accidentalmente atropella a su hijo, amigo, o a cualquier persona con la que lo una algún tipo de relación.- Esos actos insolidarios a que alude la defensa se dan en situaciones diferentes a la que aquí se plantea.- Pero no es solo alejarse del lugar del hecho lo que como actitud posterior nos lleva a sostenerlo, sino que ya en su casa, Galarza, genera dos mensajes de Washapp al celular de Pastorizzo.- Resalto: la pistola del padre estaba nuevamente en su lugar -puesta allí

por la propia imputada- y no cabe presumir por entonces un estado de bloqueo o de shock, había caminado desde el lugar del crimen hasta su casa y transcurrido varios minutos.- Claramente, con miras a desorientar la investigación y con frialdad calculada remite mensajes por washapp al celular de Fernando, diciendo "*¿la podés cortar?, iya te dije que no me vi con nadie!*", lo que indica indudablemente que pretendía no se sospeche de cualquier responsabilidad suya en el evento y esta actitud aleja a quien la tenga de un obrar anterior meramente culposo.-

Aún cuando resulta improcedente afirmar algún desperfecto en la pistola de autos, como tampoco se pueda afirmar que fuere un arma celosa o sensible, sino de condición normal, el defensor alegó e hizo hincapié en el hecho de que si es posible que a personas avezadas en el uso de armas, en circunstancias normales, se les dispare involuntariamente, sería aún más factible en atención al contexto que sugiere respecto de su pupila.- Pues bien, en la Sentencia no se reniega de la posibilidad de disparos accidentales, obviamente, sino que establece a mi modo de ver acertadamente que los funcionarios que en ese sentido declararon lo hicieron sobre la base de circunstancias fácticas distintas al caso concreto, lo cual es una aseveración absolutamente correcta. El Tribunal no descartó la versión de la imputada sólo sobre esa base, sino teniendo en cuenta una valoración global del plexo probatorio producido tal cual se ha reseñado previamente.- Vale tener presente que un experto en armas como Azcues -ratificado además por dichos de otros testigos que manipulan habitualmente y conocen de armas de fuego- refirió que un disparo involuntario genera sorpresa, por lo que el estruendo y fuerza inesperada generalmente produce que el arma se escape de la mano, es decir no se la mantiene empuñada.-

En definitiva y para concluir el tratamiento del presente agravio, la hipótesis planteada por la defensa fue desestimada correctamente por la sentencia, sobre la base de la prueba producida en el juicio y los razonamientos en que se asienta no merecen crítica ni reserva alguna, el respaldo a la acusación en este sentido está debidamente fundado, y

permite sostener que el hecho que cometiera Nahir Galarza es doloso.-

V.-D).-Inconstitucionalidad del art.80 inc.1 -relación de pareja-- En relación a este agravio, dos son las cuestiones que plantea la defensa, por un lado la falta de acreditación de una relación de pareja entre Galarza y Pastorizzo y por otro la contraposición de la agravante con la Constitución.-

En lo concerniente a la pedida declaración de inconstitucionalidad, a modo de introducción y conforme me expresara en autos "Moran, N.J. Sentencia N° 30/19, del 4/04/19)" es necesario *"En primer lugar, recordar que la CSJN ha sostenido reiteradamente que la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un Tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico.- Va de suyo que esta primer aproximación lleva implícito el reconocimiento de la potestad judicial de decidir acerca de la constitucionalidad de la ley o no.- La función del Juez es aplicar el derecho y siendo que la Constitución es Ley Suprema, de ello se sigue que los jueces aplican la Constitución, y así entonces, de advertir que una ley contradice la carta Magna debe ser declarada inconstitucional.- Cobra vigencia el lema que indica que cuando una ley contradice la Constitución, el Juez debe aplicar la Constitución y dejar de lado la ley.- En definitiva esto significa que el control de constitucionalidad es parte de la misión institucional del Poder Judicial de resolver el caso aplicando las normas jurídicas.- (este razonamiento que se atribuye al Juez Marshall, es en parte lógico pero a la vez fundado en valoraciones políticas que tienen que ver con el diseño constitucional que tenga la función institucional cumplida por los jueces).- De cualquier manera, lo que debe quedar claro es que la facultad de control constitucional no implica una potestad de imposición sobre la voluntad del legislador.- En nuestro país es el legislador el que a partir de diferentes valoraciones elabora las leyes que obtienen sanción, es quien define qué conductas han de ser sancionadas y la medida de la pena.- Para que algo de esto colisione con la Constitución*

ha de ser de modo tal que su irrazonabilidad sea palpable, se constituya en absurdo y violente los principios básicos que aquella sustenta.- No se trata de hacer un test correctivo de técnica legislativa, ni tampoco de derogar -vía pretoriana- las leyes que nos disgusten, sea por aquello que las fundamente u otro motivo.-En esa misma línea sostengo que si la facultad de legislar corresponde al Congreso, la medida debe extremarse al evaluar el producido de la actividad para la que es competente ese cuerpo.- Claro que a veces las leyes surgen al pulso de acontecimientos que nos llevan a preguntar si han sido fruto realmente de la reflexión y el estudio de los fenómenos que se pretende normativizar o sólo producto de coyunturas aprovechables en términos menos loables que la implicada en la noble tarea de hacer leyes.- De cualquier modo, y aún conciente de la visión crítica que tengo respecto de muchas normas -desde diferentes perspectivas, ya por los montos de pena elegidos o la manera en que las conductas se incriminan, entre otros- cierto es que mi tarea no consiste en afirmar el acierto o el desacierto, sino en verificar si aquellas se han dictado conforme a Constitución o no, porque en este último caso, correspondería declarar su inaplicabilidad al caso concreto, su inconstitucionalidad".-

Bajo esos lineamientos es que corresponde ingresar a evaluar la petición y para ello, voy a intentar primariamente delinear la posición de la defensa, ya que si bien a modo de título y conclusión del punto IV del memorial se plantea la inconstitucionalidad del agravante de marras, luego, de la lectura de los fallos y doctrina citados se advierte más bien un esfuerzo por plantear el verdadero alcance de la expresión "relación de pareja" y su inadecuación al caso concreto.-

Sostiene el defensor que *"Resulta, pues, una necesidad que se apoya en el mandato de certeza que surge del nullum crimen sine lege (art. 18. CN), alcanzar una definición de "relación de pareja" que supere la multiplicidad de vínculos a los que se podría estar haciendo referencia. Hablar de pareja, de manera global e indeterminada, afecta el principio de máxima taxatividad legal, y puede permitir ampliar o reducir la gama de situaciones incluidas en la agravante, de acuerdo a la interpretación*

que los juzgadores efectúen a partir de su propia valoración cultural", para concluir, que "Surge sin hesitación tanto la doctrina como la jurisprudencia con contestes en afirmar la inconstitucionalidad del art. 80 inc. 1ero. en torno al concepto de "pareja", sabemos a la vez que no se puede plantear la inconstitucionalidad si no referido a un hecho concreto sometido a estudio, en el caso dos personas como en el caso de Pastorizzo, y Galarza, de 21 años y 19 años respectivamente que no convivían, se veían de noche a los efectos de tener relaciones sexuales, incluso los amigos son contestes en decir que no se veía juntos más que en los Boliches, y como consecuencia de ello se le aplique una condena perpetua, la cual debe cumplir más años en prisión más que aquellos que fueron condenados por las causas de Lesa Humanidad, en los Tribunales Argentinos, afecta el principio de legalidad, igualdad e irretroactividad de la Ley, y por lo tanto inconstitucional".-

Así las cosas, primero corresponde determinar si el agravante tal cual ha sido expresada en la ley -relación de pareja- supera el test de constitucionalidad, y luego si así fuera, analizar si es aplicable o no al caso que nos ocupa.-

Cierto es que por ley 26791 se amplió el contenido del art.80 inc. 1º del CPA, considerándose circunstancia agravatoria el matar "*a la persona con quien se mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia*".- Del texto legal surge que se califica el homicidio dada una relación de pareja, sin distinción de sexo o género de los intervinientes, pudiendo de tal forma ser víctima o victimario, varón o mujer.-

Se puede coincidir en que la expresión "relación de pareja" no es absolutamente clara, y en cierta medida podría incidir el principio de ley stricta, pero a la par, no podemos sino aceptar que justamente es tarea del juzgador interpretar el alcance del elemento normativo. Si bien está proscripta la analogía o la aplicación extensiva de la ley penal, de ello no se sigue que no se pueda y deba interpretar el precepto legal para determinar su sentido jurídico.- Ello en modo alguno hace mella en el principio de legalidad.

En esa senda, al momento de interpretar la ley debemos ajustarnos primeramente a su letra, lo cual en el caso es insuficiente a raíz de que la mentada expresión puede ser entendida de diversa manera y con distinto alcance según el contexto en que se utilice.- Acudir al resto del ordenamiento jurídico luce un paso acertado, tal cual lo hiciera el Tribunal, yendo a evaluar el art.509 del CC. No obstante ello, a tenor de los requisitos que la figura de Unión Convivencial requiere y el propio texto del art.80 debemos descartar que se trate de tal situación la que se pretende tipificar como agravante bajo el rótulo "relación de pareja", y ello así por cuanto el artículo 80 expresamente regula "*mediare o no convivencia*", en tanto el 509 de la ley civil justamente, dentro de las notas definitorias exige la convivencia.- De ello se sigue que si bien la unión convivencial en estos términos está comprendida en la agravante, no se confunden ni identifican, siendo necesario dotar de un sentido más amplio a la calificante bajo análisis.- El Juzgador optó por tomar en consideración además la voluntad del legislador, basándose para ello en las constancias de los debates parlamentarios -que fueron citados, en lo pertinente, en la Sentencia- y de las intervenciones de algunos legisladores se advierte claramente que ha sido intención abarcar situaciones interpersonales que estén o no reguladas en la legislación civil.- Tal tesitura abona la idea que quien mata una persona con quien ha mantenido o mantiene una relación afectiva comete un injusto más intenso que da pie al agravamiento punitivo, quien así quita la vida viola deberes -luego veremos de qué naturaleza- que se derivan de aquella relación, se aprovecha de la relación de confianza que se genera por tal vínculo.- En esa línea, es correcto considerar que la norma en cuestión tutela diferentes relaciones interpersonales, claro que las uniones convivenciales están incluidas, pero también y además otro tipo de vínculos, que sin tener reconocimiento en la legislación civil aparecen mereciendo un plus de protección, y aquí deben incluirse los noviazgos, si por tal entendemos al vínculo que une a dos personas y que supera la relación de amistad.-

Descartado entonces una interpretación puramente literal, como

así también la remisión al ámbito normativo civil -509- y teniendo en cuenta los antecedentes parlamentarios aludidos, en los que se mencionan las relaciones de noviazgo, cabe preguntarse si puede encontrarse razón de ser de la agravante en el quebrantamiento de deberes positivos derivados de una institución, y la respuesta es negativa, ya que no existe regulación legal alguna que consagre a la "relación de pareja" como tal, ni por consiguiente, deberes derivados de ella.- Ergo no se puede quebrantar obligaciones que la ley no impone.- Es que respecto de "una relación de pareja", en la cual "mediare o no convivencia" (conf. art. 80, inciso 1º in fine, del Código Penal), no es posible siquiera encontrar como fundamento un supuesto en el que "el legislador se esfuerza en la regulación jurídica de uniones similares o análogas al matrimonio" (conf. Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, traducción de Diego Manuel Luzón Peña y otros, Ed. Civitas, Pamplona, 2014, p. 865). Esto sólo sería admisible si la ley penal se hubiese referido estrictamente, por ejemplo, a la "unión convivencial", receptada en el citado artículo 509 del Código Civil y Comercial de la Nación, siendo que tal como refiriera antes, no es plausible ni acertado llevar a cabo tal identificación.- De tal modo, y como sostuviera anteriormente, el ámbito de protección que consagra el artículo 80 inciso 1º del Código Penal es más amplio que aquel que se establece en función de los deberes especiales derivados de las relaciones institucionales consagradas por la ley civil.-

Es así que atendiendo la voluntad del legislador y el fin de protección de la norma nos lleva a tener en cuenta que la ley pretende abarcar un tipo de relación que, aun cuando no se encuentre definida y consagrada en la ley civil -y por esa razón no suponga la imposición de deberes especiales- implique, sin embargo, un más acentuado contenido disvalioso, derivado de una ejecución del comportamiento ilícito, facilitada por aquello que en la voz de los legisladores fuera aludido como un "abuso de confianza", que es consecuencia de la existencia de esa relación, vigente o no al momento del hecho, entre autor y víctima. La existencia de un vínculo de pareja implica un obrar más disvalioso en

tanto proporciona al comportamiento delictivo mayor eficacia, la víctima está en una posición de mayor vulnerabilidad justamente a partir de aquella relación porque implica que de la misma se puede colegir la generación de confianza, se puede tener un mejor conocimiento de la persona, de costumbres, hábitos, etc que hacen para el autor más fácil el aprovechamiento de circunstancias para el crimen, tiene ventaja sobre cualquier otra persona y la víctima está en situación de mayor indefensión.-

Ahora es posible, tal cual lo entendió el Tribunal, que la ley civil aporte pautas para la elaboración de la expresión aquí analizada, sin identificarlas, y entonces es dable aseverar que cuando la ley penal refiere a "relación de pareja" está considerando a dos personas que se mantienen o han mantenido unidas, sean de igual o diferente sexo, con relativa estabilidad y permanencia temporal, con vínculos sentimentales y que han compartido espacios de intimidad en común, todo lo cual de darse en el caso concreto lleva a considerar aplicable la agravante cuya respuesta sancionatoria es la prisión perpetua.-

Así las cosas, más allá de los cuestionamientos referidos a la expresión "relación de pareja", a partir de lo antes considerado, a la luz de una interpretación respetuosa de los términos de la ley penal, no advierto que sea imposible encontrar un justo alcance a la agravante, tal cual se sostuviera en la Sentencia y aquí se confirma, descartando entonces que colida de algún modo con la carta Magna.- Así, la crítica constitucional debe considerarse errada y en tal sentido desecharse.-

Resta evaluar, claro, si la relación que pudieron tener Nahir Galarza y Fernando Pastorizzo, es del tipo que se definiera anteriormente, o si por el contrario no ha sido tal.- En este aspecto, la Sentencia ha sido absolutamente clara en establecer que entre imputada y víctima existía una relación de pareja en los términos de la ley penal. Para ello, el sentenciante evaluó una serie de pruebas que lo llevaron a decidir de esa manera. En tal sentido, computó el inicio de aquella relación a partir de expresiones atribuidas a la propia Galarza, quien indicó que había tenido su primera relación sexual con Fernando a los 16 años de edad. Computó

además los numerosos mensajes enviados recíprocamente entre los nombrados a través de whatsapp, citando algunos correspondientes a enero, abril y junio de 2017.- Valoró además el testimonio de la madre de Fernando, la Sra. Mantegazza quien refirió conocer la relación de su hijo con Nahir, desde tiempo atrás, haciendo mención a distintas situaciones que permiten dar crédito a sus manifestaciones.- Tuvo en cuenta el Tribunal la información aportada por testigos, a saber, Marianela Basaldúa, Juan Ignacio Jara, Juan Manuel Cabrera, Agustín Nicolás Ladner, Lucas Gustavo Ladner, Elio Sebastián Pereyra, Kevin Leonel Eckerdt, Joaquín Osorio Cadot, Marianela Martínez, Guillermina Salva, a partir de los cuales es posible aseverar la relación existente entre Nahir y Fernando, más allá del mote "novios" o no que le adjudiquen quienes depusieron y de que cada uno brindó información desde su conocimiento.- El Tribunal también llevó a cabo un análisis de las conversaciones vía whatsapp incorporadas al proceso, resaltando algunos mensajes que permiten aseverar -a partir de su contenido- la relación que unía a Nahir Galarza y Fernando Pastorizzo, así, expresiones de amor, de celos, de reclamaciones, etc, para señalar luego, como fundamental, el mensaje publicado por Galarza en Instagram, el día del hecho y que rezaba "*5 años juntos, peleados, yendo y viniendo pero siempre con el mismo amor. Te amo para siempre mi ángel*".- Se ponderó además que la existencia de otras relaciones que pudo tener Nahir Galarza con terceras personas no empaña en nada las conclusiones, ya que aquellas no eran más que ocasionales, a diferencia de la que mantuvo con Pastorizzo, duradera en el tiempo, y a la que la Sentencia caracteriza como singular.- Afirmó el sentenciante que la relación de ambos era pública y notoria a partir de los dichos de testigos que prestaron declaración en el juicio, la madre de Fernando, círculo de amigos y amigas de ambos, terceras personas y también los padres de Nahir, aún cuando estos últimos han negado tener ese conocimiento cierto es que la demás evidencia refuta claramente tal posición.- En tal sentido computó el Vocal la acreditada circunstancia de que Fernando acompañara a los Galarza en un viaje de vacaciones, la

testimonial de Sol Marianela Martínez -que señaló que los padres de Nahir conocían a Fernando y lo aceptaban porque no les quedaba otra- y también se tuvo en consideración el expte. agregado -Denuncia de Galarza- que documenta un hecho que fue investigado previamente pero del que se extrae que la Sra.Kroh conocía ya a Fernando y la relación -aunque no oficializada- que lo unía con su hija Nahir, eso a fines del 2014.- Quedó acreditado en el juicio -y así lo sostiene la sentencia- que además de los encuentros nocturnos en los domicilios, la pareja se mostraba en público, en sitios como pubs, discotecas y pizzerías, entre otros lugares.- También valoró la Sentencia que el vínculo no era ocasional, casual, sino que lo caracterizó con notas de estabilidad y permanencia.- Para ello computó el testimonio de varias personas que comparecieron al debate y que refirieron que la relación llevaba mucho tiempo, desde tres años a seis, lo que nos indica que esta prueba no puede servir para tener un parámetro cierto del tiempo de la relación pero sí que efectivamente se trató de algo duradero, tomando asimismo como base para determinar un lapso temporal los dichos de la propia imputada en el aludido mensaje de Instagram mencionado más arriba. En orden a la estabilidad de la relación, también fue valorado que más allá de las interrupciones que el noviazgo tenía -y con cierta frecuencia- cierto es que luego se recomponía y continuaba: iban y venían según los testigos.- El Tribunal, luego de valorar la evidencia relevante para la acreditación del extremo bajo análisis, concluye: *"Queda entonces corroborado que la relación entre Fernando y Nahir, iniciada aproximadamente en el año 2013 a estar a la leyenda impresa por la misma encartada a la foto de fs. 176, perduró hasta al menos el día 25 de diciembre de 2017, desarrollándose durante todo ese lapso con algunos desencuentros propios de cualquier pareja, pero que en modo alguno han significado una interrupción seria de la vinculación, de manera tal que puede considerarse a la misma como estable y permanente.- A la luz de lo expuesto, se puede concluir de modo categórico y con absoluta certeza, que la relación afectiva existente entre Nahir Galarza y Fernando Pastorizzo, reúne las notas*

características propias de una "relación de pareja" en el sentido jurídico que debe asignarse a tal expresión, absolutamente respetuosa y en consonancia con la finalidad que ha tenido el legislador al sancionarla.- Es que resulta por demás claro que una relación afectiva e íntima, singular, pública, notoria, estable y permanente como la existente entre aquéllos, es el grupo de casos que el legislador ha querido comprender dentro de la norma a los fines de brindarle una especial protección, por revelar la conducta un plus de antijuridicidad material al quebrantar los fundamentales deberes de respeto y la singular confianza que genera esa clase de relaciones.- Se añade a lo expuesto, que a la luz de los hechos comprobados, la acusada se ha valido de la confianza que existía con Pastorizzo para concretar su ataque a la vida de éste, puesto que es indudable que la víctima condujo su motocicleta desde la casa de Galarza hasta el lugar donde fuera ultimado, transportando detrás suyo a su pareja, sin tener conocimiento de lo que le ocurriría, y sin esperar o sospechar siquiera un comportamiento como el acontecido.- Y esa confianza es la que pone a la víctima en una particular situación de indefensión, puesto que un obrar como el sucedido no es esperable de parte de quien está obligado moralmente a respetarlo, fundamentalmente a no atentar contra su integridad física o su vida, circunstancia aprovechada por la acusada para llevar a cabo su ataque y concretar su propósito homicida, incrementando de ese modo el disvalor de su actuar que lo torna merecedora de la mayor penalidad prevista en el art. 80, inc. 1º CPN".-

Así, resulta claro que como consecuencia de lo hasta aquí expuesto y de las circunstancias que fueron acreditadas debidamente en el proceso que el Tribunal llevó adelante una acertada tipificación de la conducta atribuída a Nahir Galarza en el marco del artículo 80 inc.1º.- Como fue señalado, la evidencia permite sostener acabadamente que Fernando y Nahir habían mantenido una relación de corte sentimental durante varios años, vínculo que tuvo interrupciones temporales pero que se pudo mantener largamente hasta escasos días antes del crimen.- De igual manera quedó establecido durante el plenario oral, y así lo

sostiene la Sentencia, que indudablemente la autora vio facilitada la comisión del hecho, en atención a las circunstancias comprobadas, justamente por la vinculación previa que entre ellos existía, esa relación le permitió ejecutar la conducta homicida del modo señalado siendo así procedente calificar el hecho como homicidio agravado, rechazando el agravio defensivo en tal aspecto.-

V.-E).-Juzgamiento sin perspectiva de género.- La defensa ha señalado como agravio que el presente proceso se ha desarrollado sin perspectiva de género, apuntando que los operadores judiciales han desatendido la cuestión, generando de tal modo un perjuicio en los intereses de su asistida.-

Los embates en torno a la cuestión han sido enfáticos.- Desde la defensa se pretende establecer que quienes en un modo u otro han sido parte de este caso han violentado reglas elementales que debieron ser observadas para así juzgar el caso con mirada de género.-

Es que la teoría del caso de la defensa parte de considerar a Nahir Galarza víctima de violencia de género, alegando en el punto que Fernando Pastorizzo agredía psíquica y físicamente a la encartada, lo cual surgiría de la prueba producida durante el juicio oral, y que a pesar de ello el Tribunal descartó.

La defensa sostiene que se llevó a cabo un análisis sexista, requiriendo comprobaciones que no se compadecen con la normativa aplicable a casos de violencia de género, y que aún reunida evidencia sobre la cuestión no se la tuvo en cuenta, poniendo en crisis el decisorio desde esta óptica.-

Ingresando en el análisis de esta cuestión no puedo sino destacar que la Sentencia ha dedicado extensas consideraciones acerca de la alegada cuestión de género, referenciando el marco normativo local e internacional que guía la resolución de casos en que se invoque tal situación y efectuando valoraciones respecto de la prueba en ese contexto, luego sí, descartando la teoría del caso de la defensa al respecto pero sin que ello obedezca a un juzgamiento arbitrario, ni a una mirada conservadora, tampoco sexista, ni mucho menos misógina.-

Ninguna duda cabe que la Justicia debe hacerse cargo de cuestiones tan caras como las propuestas, problemáticas profundas y enraizadas por cierto, que fueron invisibilizadas por mucho tiempo y que imponen la obligación de administrar justicia contemplándolas, lo cual por otra parte y como fue señalado está establecido en leyes provinciales, nacionales y tratados internacionales.

Ahora bien, juzgar con perspectiva de género no exime de juzgar y alegar violencia de género no implica per se afirmar su existencia.- Y a mi juicio el Tribunal no desatendió la cuestión ni tampoco falló del modo en que la defensa expresa.-

Cuando referimos al principio de amplitud probatoria aplicable no expresamos que un hecho no deba ser probado, implicamos que al menos frente a determinados casos es necesario una especial mirada de la evidencia, y en materia de violencia -pero no exclusivamente- el testimonio de quien se supone "víctima" cobra una vital relevancia sin lugar a dudas.- Ahora bien, que debamos aplicar una perspectiva de género en la valoración de la evidencia en torno a estos casos tampoco exime de llevar a cabo una labor crítica acerca de lo que propongan las partes como prueba de los hechos alegados. Se debe partir sí, de la base que episodios de violencia suelen ocurrir en la intimidad, que las víctimas no siempre sostienen un discurso preciso e invariable en el tiempo y otras circunstancias especiales que connotan estos casos, pero insisto, ello no releva al Juez de hacer su trabajo: valorar correctamente la evidencia para decidir qué acredita y qué no.- A esa tarea se avocó con absoluta lucidez el Tribunal de juicio, tomando como marco normativo el que corresponde y teniendo en cuenta que debía decidir -amén del hecho materia de juzgamiento- si el caso presentaba aristas de violencia de género como las que se denunciaran por la imputada y su defensa para evaluar, en su caso, qué incidencia tenía en la solución final del asunto.-

En esa senda el Vocal que comandara el acuerdo sentencial -fs.112/123- procedió primeramente a analizar los dichos de Nahir Galarza -en relación con la violencia de género alegada- y para ello se

ajustó a criterios de valoración ampliamente reconocidos, partiendo de una aseveración hasta obvia cual es que el "testimonio" lo prestaba la persona acusada, y esto no prejuzga lógicamente en contra de lo que ella afirme, pero indica que no se trata de información aportada bajo juramento por un lado, y por otro, puede ver afectada su imparcialidad desde esa posición.- Además de ello, afirmó el sentenciante que los dichos de la imputada, no resultaban lógicos ni coherentes, haciendo en este caso remisión a lo que fuera evaluado al momento de dar tratamiento a la primera cuestión (lo cual ya fue avalado también por esta sentencia).- Se expresó también que el relato prestado en juicio no lucía espontáneo sino adaptado a un guión mejorado conforme las distintas probanzas se fueron produciendo en el proceso.- La persistencia -o mejor dicho la impersistencia- fue evaluada en tanto la imputada fue variando sus manifestaciones, y esto no puede ser analizado según pretende la defensa. Cierto es que los testimonios de "víctimas" no siempre se mantienen invariables en el tiempo y es admisible -a veces hasta obligatorio- tener en consideración dentro de las pautas o criterios para considerar verosimilitud que eso puede ocurrir, es decir, en muchos casos las "víctimas" van aportando diferentes datos durante el transcurso del proceso, producto de recuerdos que afloran tras una mayor reflexión o a partir de autovisibilizar determinado contexto o en razón de encontrar sentido a tal o cual cosa que antes no lo tenía. La Corte ha sentado bases para entender estas variables de cambio fundamentalmente en casos de menores abusados pero son de aplicación también a otros supuestos. Ahora bien, no es esta la situación de Nahir Galarza, cuyo aporte fue mutando desde la negativa a saber nada de su novio -expresada a la madre de Fernando- pasando por el relato de asunción de responsabilidad plena en el hecho, a la variante del suceso accidental en sus diversas versiones, condimentado en el interín con la denuncia de violencia de género.- Esto es lo que evaluó el Tribunal, y entiéndase, no sanciona a la imputada por faltar a una verdad a que por otra parte no estaba obligada legalmente, pero tiene el Juez la obligación de analizar

sus manifestaciones tal cual se dieron, y sin lugar a dudas el enfoque que se tuvo en cuenta es acertado, no hizo el Tribunal una interpretación del "testimonio" con omisión de perspectiva de género, lo llevó a cabo con esa perspectiva, pero a la par teniendo en consideración las otras variables que indefectiblemente debía evaluar.-

La defensa señaló que no era imprescindible contrastar el "testimonio" prestado por Nahir -al menos en lo que a la violencia de género refiere- ya que por sí solo probaba el contexto denunciado -era "víctima"- no obstante lo cual sostenía que la prueba producida acreditaba sobradamente y lo complementaba. Ello llevó al Tribunal a merituar puntual y acabadamente cada una de las evidencias que se podían relacionar con el contexto violento reseñado.- Es así que evaluó una serie de episodios que fueron señalados e intentó una verificación de los mismos, concluyendo que no se podían tener por acreditados, resaltando qué aspectos de las pruebas no resultaban convincentes para apoyar la versión, pero además, teniendo especial consideración y apoyatura en datos absolutamente objetivos: las incontables comunicaciones -por diversas vías- entre Nahir y Fernando, de las cuales se apreciaban reclamos de diversa índole, pero nunca de violencia física.- Estos "chats" suman años de relación, pero analizando puntual y temporalmente los que se dieron en épocas en que se dice ocurrieron esos episodios violentos ni uno solo tiene el contenido que pudiere dar pie a sostener la versión de la imputada.- Los testimonios de familiares y allegados a Nahir, a tenor de lo expuesto y según he podido confirmar en esta revisión, han sido analizados y valorados correctamente, y no permiten en medida alguna sostener tampoco la versión de la encartada.- Las llamadas -cantidad e insistencia- puestas en el tapete por la defensa como violencia psicológica también fue materia de análisis por parte del Tribunal, llegando a la acertada conclusión que esa manera de comunicación -y a veces de incomunicación por los recíprocos bloqueos- era la habitual entre ambos.- La Sentencia determina claramente que no es del caso admitir que la relación entre Fernando y Nahir se basara en una que pueda catalogarse como

"desigual de poder", lo cual surge prístino de los mensajes agregados como prueba, en los que se aprecia que la imputada no estaba ni por lejos bajo los designios de la víctima, no se encontraba bajo subordinación ni con su libertad de actuación acotada, lo cual surge además de los testimonios prestados por allegados a la pareja.- Tampoco los profesionales que prestaron su informe -Ghiglione, Horane Bulit, De Battista- abonaron la hipótesis de la defensa, con excepción de la Lic.Paday, cuyas conclusiones fueron descartadas acertivamente atento la falta de rigor científico, al igual que lo informado por Tobar -consultora técnica de la defensa- que no diera razón suficiente de sus conclusiones.- Las alegaciones de la defensa en cuanto a la falta de tiempo para entrevistas de parte de la "experta" a Nahir Galarza aparecen ahora tras haber sufrido la descalificación de su perito, pero ello no impidió que esta compareciera a juicio afirmando sus llamativas e infundadas conclusiones.-

Sin ingresar en la adjetivación de la relación que sostuvieran Nahir y Fernando, de lo que no caben dudas es acerca de la inexistencia de un contexto de violencia de género en cuyo ámbito pueda ser señalada la imputada como víctima, y descartando de tal modo esas alegaciones, no hay ningún motivo que permita decantar la situación típica en lo dispuesto por el artículo 80 in fine del CPA.-

En esa senda, estimo pertinente efectuar un somero análisis del dispositivo previsto en la parte final del art.80 del Código Penal, aún cuando ya adelanté corresponde desestimar su aplicación al caso concreto.-

Resulta claro que los supuestos subsumibles en la norma citada deben presentar un cariz muy particular, al punto de resultar contrarrestada, por así decirlo, la presencia de la agravante de pareja, por la concurrencia de circunstancias decisivas que lleven a considerar que aquello tenido en miras por el legislador para agravar se ha debilitado en el caso concreto a punto tal de merecer se aplique una figura privilegiada con penalidad especial. Al decir de Jiménez de Asúa allí la justicia de la serie no coincide con la justicia del caso concreto. Y si

el legislador utilizó una fórmula amplia y librada a la justa valoración de los magistrados, fue en razón de que resulta más apropiado para abarcar los distintos matices y riqueza que en lo cotidiano presentan las relaciones interpersonales más estrechas.- Y ello por cuanto justamente en el ámbito de relaciones interpersonales estrechas -familiares o de otra índole- a raíz de la intensidad de los vínculos y su permanencia, se producen las más variadas situaciones.- De eso se sigue que es dificultoso conformar un catálogo cerrado de situaciones que lleven a excusar un homicidio y a raíz de ello es necesario extremar los recaudos para establecer si las circunstancias excepcionales de atenuación previstas al final del art. 80 concurren en un caso concreto.- Para ello es menester definir su contenido y alcance, es decir, qué puede ser caracterizado como extraordinario para atenuar hechos de la gravedad a que se asocian.- Señalo en primer término que no cualquier suceso o circunstancia, lógicamente, sino aquella de tan relevante entidad que haga ver al hecho punible con otro matiz , de modo diferente, que sea valorado de otra manera.

Los tribunales fueron delineando el contenido en función de casos que se dieron, y ha sostenido la procedencia en supuestos de móviles piadosos, antecedentes de maltrato físico y agresiones por parte de la víctima, vejaciones, patologías grupales de la familia, agresiones sexuales, entre otros.- La doctrina por su parte las definió como un conjunto de aspectos que generan una situación vital de excepción en el relacionamiento entre víctima y victimario, haciendo decaer las consideraciones que han llevado al codificador a agravar la conducta en orden a los vínculos existentes, provocando en el sujeto activo una reacción, sin que se den los requisitos de la emoción violenta excusable (Breglia Arias, Omar; "Los homicidios calificados, artículo 80 del Código Penal Argentino". La Ley 1999-A.727).-

Así las cosas, aún cuando se pudiere afirmar alguna "toxicidad" en la relación que uniera a Galarza con Pastorizo, y por más que se admita un trato verbal incorrecto, bajo ningún aspecto nos lleva a la consecuencia ineludible de aplicación de la figura privilegiada del art. 80

último párrafo del Código de fondo.- La Sentencia de grado, en lo que aquí respecta, ha dado un adecuado tratamiento también a esta cuestión, estimando inaplicable la atenuante, habiendo descartado la violencia de género alegada y no advirtiendo que sobre el gravísimo hecho hubiera tenido incidencia alguna situación previa que amerite el aminoramiento de la responsabilidad.- El contexto fue debidamente evaluado por el Tribunal y descartó acertadamente beneficiar a la autora, ya que sin duda alguna, no surgió durante el trámite del juicio algo que revele que estemos en presencia de las circunstancias extraordinarias a que refiere la ley.-

V.-F).-Inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, art.80 del CPA;.-

La defensa ha propuesto declarar la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, a la par que se intitula el agravio bajo el rótulo de Violación a las Convenciones.-

Sostuvo la defensa que una pena de estas características importa agotar la expectativa de vida de una persona, tratándose de un equivalente a la pena de muerte.- Se refirió al Estatuto de Roma, la posibilidad de liberación tras cumplir 25 años en caso de condenas a perpetua y a las consecuencias que en materia interna tiene su incorporación por vía de la ley 26.200, explayándose al respecto.-

En el punto V.E) del presente ya he tenido oportunidad de expresar algunas consideraciones respecto de lo que implica declarar inconstitucional una norma y cuáles son los presupuestos que viabilizan tal excepcional resolutorio.-

No es del caso considerar la opinión que en lo personal me merece la pena de prisión perpetua, sino limitarme a establecer si es acorde a Constitución y no contraviene las convenciones de DDHH que son también ley suprema.- Previo a ello conviene recordar que vigente un sistema Republicano de Gobierno, con clara división de poderes, incumbe al Congreso la facultad de emitir las leyes, y en tal sentido definir las conductas que merecen reproche y establecer las penas para cada delito, limitándose el Juez a su aplicación al caso concreto, siempre

y cuando superen el control de legitimidad constitucional y convencional, función delicada en tanto a la tacha se debe echar mano como último ratio: las normas que fueran sancionadas conforme el procedimiento establecido gozan de presunción de validez.-

En otras palabras el Juez no puede imponer su perspectiva sin más, sus puntos de vista sobre la ley. Desde antaño la Corte se ha expedido afirmando que no corresponde a los jueces sustituir al legislador, sino aplicar la norma tal como éste la concibió, ya que está vedado a los tribunales el juicio del mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por los otros poderes en el ejercicio de sus propias facultades. (Fallos: 300:700; 321:92; 327:3597, entre tantos otros).- Lo contrario sin dudas desequilibraría el sistema institucional de los tres Poderes, fundado en que cada uno de ellos actúe con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y un Poder encargado de asegurar ese cumplimiento con el respeto de la esfera que la Constitución asigna, con carácter privativo, a los otros Poderes. (CSJN., Fallos: 226:688; 242:73; 285:369; 314:424).-

Al legislador incumbe entonces el juicio de proporcionalidad de la sanción punitiva, vale decir la asignación de dosificación punitiva conforme al ilícito, siendo impropio de los jueces imponer graduaciones o distinciones que la ley no contempla, desde que instituye iguales sanciones a todos los que incurran en la infracción que se incrimina como una suerte de salvaguarda de la garantía de igualdad.- (CSJN Fallos: 322:2346).-

La culpabilidad, como principio que determina la magnitud del injusto y opera como límite a la vez lleva a sostener la necesidad de que el legislador, tras evaluar la afectación o puesta en peligro del bien jurídico de que se trate, establezca claramente la pena.-

En el caso que nos convoca, la pena que establece la ley como sanción para quien mata en las circunstancias que fueran apuntadas resulta proporcionada con la gravedad del suceso y la culpabilidad de su autora, de tal modo que no se advierte irrazonabilidad alguna en su

imposición, máxime cuando -más allá de su alegada "perpetuidad"- la persona tiene expectativa de recuero de su libertad a futuro, en caso de darse las condiciones que la propia ley establece en ese sentido.- El fin resocializador que invocan las Convenciones no resulta tampoco incompatible con la duración que en el caso ha de tener la condena, puesto que a la luz de la regulación, el sistema de ejecución pondrá a disposición de la interna herramientas con el objetivo de adquirir una plena capacidad de comprensión y respeto a la ley, para reinsertarse de modo adecuado a la sociedad, y así las cosas la perspectiva del recuero de la libertad perdida.-

La ley estipula en qué momento se darán las condiciones objetivas para ello, desde el punto de vista temporal, no siendo del caso analizar normas que pudieran llegar a colisionar con esta chance ya que hacerlo ahora, apenas al inicio de la condena, significaría pura y exclusivamente conjeturar acerca de la validez o no de tales enunciados. Me refiero a las normas que impiden el acceso a determinados beneficios para autores de delitos particulares, tras lo cual mal puede sostenerse ahora que se vea afectado los fines de readaptación social del 5 inc. 6 del Pacto de San José de Costa Rica y art. 10 inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.-

Tampoco la pena en cuestión puede ser entendida como cruel, inhumana o degradante, sólo por su extensión.- De hecho la propia ley establece cuál ha de ser el trato que merece quien cumple pena, sancionado severamente conductas que pudieren implicar un menoscabo en la integridad psíquica y/o física de los internos, y ello así, se trate de una pena larga o corta. La pena de prisión perpetua no contiene intrínsecamente aquellos atributos -"inhumana", "cruel" o "degradante"- ni vulnera *per se* la Constitución Nacional ni los instrumentos internacionales de la misma jerarquía normativa, sino que, por el contrario, se encuentra expresamente admitida.- Por lo demás, el artículo 2º de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, aprobada por ley 23.652, dispone *"a los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado*

intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena, o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica", agregando: "No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos de aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo", con lo que, excluye de ese concepto a los padecimientos inherentes a la ejecución de penas legalmente impuestas.- Los organismos del sistema interamericano se han expresado en numerosos casos acerca de qué debe ser entendido como un trato de tales características -cruel....- no aludiendo en ninguno a la cuestión de extensión de la pena como asimilable a ello.- Desde el punto de vista de los compromisos asumidos, el Estado Argentino sólo tiene restringido imponer estas penas a menores sin posibilidad de excarcelación, conforme art.37 de la CDN.- Pero con relación a las personas mayores, no surge ni expresa ni implícitamente de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos -con la jerarquía que hoy le asignamos- que sus previsiones colisionen o mejor aún propongan de alguna manera inadmitir la aplicación de la prisión perpetua, siempre que se respete la integridad física y espiritual de la persona y en la medida en que pueda recuperar en algún momento la libertad, vale decir, en tanto el condenado no deba agotar su vida en la cárcel, lo cual será debidamente garantizado en tanto se de un permanente control judicial de la instancia ejecutiva, cuyas resoluciones por imperio de la ley son además revisables por instancias superiores.- Por último y si bien con un marco normativo distinto al actual, tanto la Sala I de esta Cámara -en la causa "LEIMAN PATT" 12/09/14-, como también la Sala Penal del STJER, han desestimando planteos de inconstitucionalidad de la pena

(Vgr. "Cuevas", del año 1998, "Alvarez - Zapata" de marzo de 2014.-

Por estas consideraciones, corresponde el rechazo de la pretensión impugnativa acerca de la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua.-

En definitiva, siendo que la Sentencia recurrida exhibe un adecuado apego a las pautas de valoración probatoria derivadas de la regla fundamental del estado jurídico de inocencia y de la regla legal de la sana crítica racional, se ajustó a los estándares del juzgamiento con perspectiva de género, luego de una revisión de carácter amplio de la condena, en función de lo dispuesto en el artículo 8.2h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entiendo que los jueces han arribado a una decisión válida, respetuosa de los límites definidos por aquellos principios normativos propios de la tarea de reconstrucción del suceso objeto de la sentencia.-

Desde nuestro ámbito, se ha procedido al análisis no sólo de la Sentencia sino del trámite del juicio, con acceso a la evidencia producida, todo lo que debidamente documentado fue puesto a nuestra disposición.- Hemos establecido también que el trámite seguido en su contra ha sido un debido proceso legal, con respeto de sus garantías, conforme lo requiere el bloque de constitucionalidad.-

Hemos ido más lejos que lo propuesto por la teoría de la posibilidad de control casatorio o máximo rendimiento posible, haciendo un control conforme lo indica Casal, con cita de Herrera Ulloa, y efectuado una revisión integral, que nos ha permitido verificar que la condena a Nahir Galarza debe ser confirmada.- Claro que el hecho que motivara la presente causa deja un triste saldo: la prematura muerte de un joven y el largo encierro de otra, pero en función de la prueba producida, confirmada la responsabilidad penal de la encartada, rechazados los agravios expuestos por la defensa y evaluada que fuera la constitucionalidad de normas aplicables, propicio el rechazo íntegro del Recurso de Casación interpuesto por la Defensa

En relación a las costas y atento al resultado al que se arriba, luego del tratamiento de la cuestión, corresponde sean declaradas a cargo del

recurrente vencido -Art. 584 y 585 C.P.P.E.R.-

ASI VOTO.-

A la misma cuestión propuesta, **el Sr.Vocal Dr. ANIBAL LAFOURCADE y la Sra. Vocal Dra.SILVINA GALLO** expresaron que adhieren al voto precedente.

A mérito de lo expuesto, y por Acuerdo de todos sus integrantes, la Sala II de la Cámara de Casación resolvió dictar la siguiente

S E N T E N C I A:

I. RECHAZAR el Recurso de Casación interpuesto por los Sres. Defensores, Dres.José Esteban Ostolaza y Horacio José Dargainz -en representación de la Srta.Nahir Mariana Galarza- contra la Sentencia que resolvió **CONDENAR a NAHIR MARIANA GALARZA, como autora penalmente responsable del delito de HOMICIDIO CALIFICADO POR SER DE UNA PERSONA CON LA CUAL MANTENIA O HA MANTENIDO RELACION DE PAREJA, a la pena de PRISION PERPETUA y ACCESORIAS LEGALES** -arts. 5, 12, 45 y 80, inc. 1º del Código Penal de la Nación;

II.TENER PRESENTE la reserva del CASO FEDERAL;

III.-DECLARAR las costas a cargo del recurrente vencido -arts. 584, 585 y cctes. del C.P.P.E.R.-

IV.- Protocolícese, notifíquese, regístrese y en estado, bajen.-

**DARIO G.PERROUD
LAFOURCADE**

SILVINA GALLO

ANIBAL

Ante mi:

LILIANA BUSTO

-Secretaria-

Se protocolizó. Conste.-

Liliana Busto

-Secretaria-