

RECURSO DE CASACIÓN
RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
INFORME ORAL
RESERVA DE CASACIÓN FEDERAL

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1:

PABLO LIVIO CAZABÁN, JOANA ANDREA MONTERO y SUSANA SÁNCHEZ por la Defensa de **ABEL ARNALDO VAZQUEZ CORREA**, en autos N°P2-75.479/13, caratulados “F. c/VAZQUEZ CORREA Abel Arnaldo p/Homicidio Agravado en Razón de la Violencia de Género”, se presentan ante V.S. y respetuosamente expresan:

a.- RECURSO DE CASACIÓN

I. OBJETO

Que, en legal forma y tiempo, venimos por el presente a interponer recurso de casación contra **sentencia 1597 y sus fundamentos**, dictada por el Tribunal Penal colegiado N°1 de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza, integrado en esta oportunidad por los jueces Néstor Ariel Murcia, Jorge Alejandro Yapur Meca y Sergio Gustavo González, bajo la presidencia del primero, por la cual se condena a **ABEL ARNALDO VAZQUEZ CORREA** ya filiado, a la pena de **PRISIÓN PERPETUA** con más las costas, como autor penalmente responsable del delito de **AUTOR DE HOMICIDIO AGRAVADO POR EL VÍNCULO Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO** que se le atribuye en los autos n° P2-75.479/13 previsto y penado por el art. 80 inc. 1 y 11 del Código Penal.

II. INFORME ORAL

De conformidad con prerrogativas acordadas por el ritual al recurrente, en tiempo y forma, manifestamos nuestra expresa voluntad de informar el presente recurso en forma oral en la audiencia que a tal efecto se designe.

III. PROCEDENCIA FORMAL

a. Procedencia

En este sentido, el recurso elegido fue planteado en virtud de los arts. 474 inc. 2° C.P.P., 14, 1° párrafo, 5° del PIDCP, 8.2, inc. h) de la CADH y 75 inc. 22° y 28 de la Constitución Nacional.

El art 475 CPP Mza específicamente expresa que podrá deducirse este recurso contra las **sentencias definitivas** y los **autos** que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen las actuaciones o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena.

En el presente caso, claramente la resolución puesta en crisis es una sentencia definitiva, por lo que es pasible de ser revisada por la vía casatoria.

IV. VICIOS DE LA SENTENCIA: “Donde quiera que se encuentre el prejuicio, siempre nubla la verdad”.

1. ERROR EN LA DETERMINACIÓN DE LA AUTORÍA.

A. Determinación de la *autoría*. Motivación, aparente, parcial, ilógica y arbitraria. Falta de motivación:

Entendemos que la sentencia que se impugna es de motivación meramente **aparente**, porque **jurídicamente falta** cuando hay **ilogicidad en la apreciación o valoración** de los elementos probatorios legítimamente introducidos en el debate (ilogicidad de meditación) y porque también es **falsa**, en el sentido de reposar en una interpretación o utilización **arbitraria** de la fuente de convencimiento. En definitiva, concurren a la formación de esta, vicios de razonamiento con **gravitación causal** (decisividad) en la parte decisoria de la resolución condenatoria que aparecen quebrantando las leyes supremas del pensamiento. Adelantamos, desde ya, el contenido lógico-jurídico del agravio y sostenemos que la sentencia condenatoria dictada contra nuestro defendido es **arbitraria y, por tanto, nula**.

Nuestro Címero Tribunal dijo en los autos “Cañete, Carlos Eusebio y otro s/ incidente de recurso extraordinario” “5°) *Que, en modo acorde con esa inteligencia, desde antiguo se ha sostenido en la jurisprudencia del Tribunal que las sentencias judiciales deben constituir -como requisito de validez- una derivación razonada del derecho vigente conforme a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 318:871; 341:98; 331:1090, y muchos otros). Luego, esta Corte Suprema ha precisado que toda sentencia constituye una unidad lógico-jurídica, cuya parte dispositiva es la conclusión necesaria, por derivación*

razonada, del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en sus fundamentos (Fallos: 312:1058; 313:475; 316:609; 326:1885; 332:943; 334:490; 339:873).

A.1. Falta de la adecuada aplicación de los principios de sana crítica racional al momento de la valoración de los elementos probatorios – violación del principio de igualdad.

Se advierte por parte del Tribunal una inadecuada interpretación del plexo probatorio conforme los principios de la sana crítica racional, forzando interpretaciones solo basadas en la voluntad del juzgador, creando un doble estándar probatorio a partir de una incorrecta interpretación y aplicación de la perspectiva de género, generando preconcepciones y prejuicios con relación a nuestro defendido, con la sola finalidad de tener por acreditada la autoría en el hecho que nos ocupa a pesar de la orfandad probatoria cargosa respecto a Vázquez.

Con relación a la aplicación de la perspectiva de género en la obtención y valoración de la prueba tiene bien dicho el Ministro Valerio (en “Zurita” y Tizza” ... “Es decir que *«este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza). Este método de análisis con perspectiva de género, para asegurar la igualdad de trato, significa que, en la investigación y juzgamiento de los hechos delictivos, la hipótesis preliminar investigativa, la recolección de elementos, búsqueda de evidencias, como su cotejo y valoración, que determinan la teoría del caso, la teoría de la prueba y la teoría jurídica que le corresponde, debe efectuarse en contexto. Ello, como debe hacerse con relación a todos los hechos delictivos en el sistema de justicia. Es decir, que la perspectiva de género es un método que pretende garantizar un trato igualitario, sin discriminación, ni prejuicio»*. Es decir, que la perspectiva de género no implica e importa descartar el criterio de valoración de la sana crítica racional, y que se debe consagrar la igualdad y de ningún modo puede consagrarse a partir de un perjuicio y de ese materializar la desigualdad con relación a la otra parte (el imputado). En el caso que nos ocupa, el Tribunal actuó con perjuicio respecto a nuestro defendido bajo la excusa de la aplicación de una perspectiva de género mal entendida y peor aplicada, llevando a suplir la falta de pruebas e indicios respecto a la autoría, poniendo a Vázquez en el lugar de los

hechos cuando toda las pruebas e indicios indican y señalan que no estaba y que el o los autores fueron otras personas.

En ese sentido, como veremos *in extenso*, el Tribunal a quo suple la ausencia de indicios y pruebas respecto al aspecto central de la causa, es decir la autoría, con suposiciones, especulaciones y posibilidades dudosas bajo el ropaje de una perspectiva de género mal entendida y peor aplicada con relación a los momentos previos del hecho.

B.1. Ausencia de prueba directa, indirecta o indicios unívocos de la presencia de Vázquez en el lugar del hecho

El tribunal omite valorar las pruebas directas e indirectas que existen en el lugar del hecho y que claramente descartan la participación de Vázquez.

a. En primer lugar, omite mencionar que se halló la **huella de un calzado deportivo de mujer** (distinto al utilizado por la víctima) en la escena del crimen.

En igual sentido se individualizó una huella de un calzado tipo borceguí con características similares al calzado de Vázquez, pero siquiera fue tenido en cuenta dado que era más probable que fuera de algún personal policial de los muchos que intervinieron en el lugar, amén de que dicho rastro se ubica en un lugar apartado de donde se habría producido la lucha y acometimiento con el arma blanca (ver informe de fs. 502/512 vta.)

b. Se individualizó una **huella de automóvil que no era el utilizado por nuestro defendido**, lo cual se encuentra abonado con una serie de reconocimientos negativos de rodados que realizaron la gran cantidad de testigos que transitaron la zona el día y la hora en que ocurrió el hecho. (ver fs. 672/682 vta.)

c. **Se descartó la presencia del vehículo de Vázquez en el lugar del hecho** y en la zona aledaña, como así también cualquier otro vehículo de la familia Vázquez.

d. **No se encontraron rastros de presencia de nuestro defendido en el cuerpo o prendas de vestir de la víctima**, salvo los rastros espermáticos que se explican con las relaciones sexuales que el propio imputado reconoció mantuvo con la víctima ese día.

e. **No fue visto en lugar por ninguna de todas las personas que testimoniaron haber pasado por ese lugar**, que es densamente transitado por deportistas y conductores de vehículos (hay que tener en

cuenta que es una ruta nacional y parte de un circuito deportivo), sostenido por los múltiples reconocimientos negativos por parte de los testigos que transitaron ese día en la zona del hecho.

f. No se encontraron rastros en el cuerpo de Vázquez de marcas de cualquier accionar defensivo de la víctima.

Al contrario de lo que sostiene el Tribunal, las lesiones en el antebrazo de la víctima (fs. 463) y los rastros de forcejeo en el terreno dan cuenta de resistencia por parte de Villar (fs. 543 vta.). Hasta el propio informe de policía científica (fs. 502/512 vta.) y que sostiene el razonamiento del Tribunal a quo da cuenta de que **SI** hubo al menos dos momentos y lugares de resistencia y lucha.

Del examen físico no surgen heridas en ninguna parte del cuerpo de Vázquez, tales como brazos, manos y rostro.

g. NO se hallaron rastros genéticos de Vázquez en el hisopado subungueal que se realizó en el cuerpo de Villar, y solo se halló perfil femenino.

h. La mecánica del hecho permite colegir de modo lógico que Vázquez NO fue el autor de las puñaladas en el cuerpo de Villar.

De modo forzado y ajeno a los principios de la sana crítica racional sostiene y dice el Tribunal como primer – y único - indicio de autoría y materialidad del hecho por parte de Vázquez “...*Valga en este punto remarcar que Abel Vázquez presenta características físicas -su altura, su peso, su porte- perfectamente compatibles con la monumental fuerza y energía empleadas por quien puso fin a la joven vida de Nélida Villar; además y como él mismo declaró, es derecho; por último, dado el trabajo que desarrollaba, también es experto en el uso de cuchillos.-*”. Como se advierte, esta afirmación lejos está de ser un indicio unívoco de presencia o autoría de nuestro ahijado, más aún cuando se analiza lógicamente la mecánica de las lesiones –sobre todo la mortal– toda vez que la misma (conforme el plexo fotográfico que acompañan el informe de necropsia – fs.127-) se advierte que la hoja del arma blanca ingresó de abajo hacia arriba, de derecha a izquierda y de adelante hacia atrás si toma el eje axial) (casi vertical dice la necropsia) con lo que se colige que dada la diferencia de alturas entre la víctima y el imputado de haber sido Vázquez el autor la herida tendría una trayectoria de arriba hacia abajo dada la notoria diferencia de alturas. Igual razonamiento lógico merece la herida en la zona ventral (fotos 114, 115) ya que una persona de la altura

de Vázquez debería hacer una maniobra absolutamente antinatural (agacharse) dada la diferencia de alturas, amén de que se presenta como una puñalada asestada por una persona sin *expertis* en el manejo de armas blancas dado que fue asestada de modo vertical y muy superficial – subcutánea – de abajo hacia arriba (ver fotos de necropsia).

Igual de errado es el razonamiento del Tribunal a quo cuando afirma al analizar un extremo de la calificante de femicidio (segunda cuestión tratada en los fundamentos) cuando afirma “...*La situación de intenso vínculo con claras exigencias no satisfechas, entre Vázquez y Villar, sumada al especial tránsito de la convivencia con su pareja “oficial” Lucía Carrasco, determinó esta necesidad de terminar con la vida de Nélida Villar y así, además de poner fin a su vida, lo hizo de modo artero y sumamente violento, usando un arma que manejaba con total destreza, conociendo perfectamente dónde, cómo y con qué profundidad debía asestarle puñalada final, negando la dignidad de la misma, borrándola con acción lesiva de la faz de la tierra, con un fin liberatorio para él mismo, de la engorrosa situación en que –según su mentalidad- la joven lo había colocado, pero de la que verdaderamente él era el único responsable que quedó entrampado en su interminable red de mentiras...*”; Del plexo probatorio se advierte justamente lo contrario, dado que el autor del hecho no solo **NO** actuó de modo artero, pues si existió una resistencia, lucha y huida de Villar que implica que no fue un ataque de esas características (artero); sino que además se advierte sin gran esfuerzo interpretativo que el autor no era una persona con destreza en el manejo de armas blancas dado que la primer herida fue asestada de muy mal modo a punto tal que fue subcutánea, ingresando de forma superficial debajo de la piel y casi en paralelo al cuerpo de la víctima (ver fotos de necropsia de fs. 14 e informe de criminalística de fs. 502/512 vta. Eso denota que el autor del hecho no era una persona diestra en manejo de cuchillos.

i. En igual sentido, pone el Tribunal como indicio unívoco de autoría el hecho que se haya utilizado un cuchillo y que el autor es experto en el manejo de estos. Tal razonamiento no supera el estándar de la sana crítica racional desde el sentido común y la experiencia dado que el uso de armas blancas no sólo no es exclusividad de Vázquez, sino que en esa zona es un elemento de uso muy común.

j. En otro orden, el **Tribunal a quo omite analizar lógicamente las huellas de arrastre del cuerpo** de la víctima donde se advierte que, por las marcas existentes, develan un arrastre con una incidencia de

casi todo el peso del cuerpo en los pies, piernas y cadera de la víctima. Esto permite colegir que la persona que trasladó el cuerpo no poseía una fuerza suficiente para soliviantar dicho peso o escasa altura para lograr un arrastre más ágil.

Esto señala que no fue Vázquez quien llevó a cabo el hecho. De haber sido Vázquez y dada las características físicas de nuestro ahijado procesal (1,85 mt y 95 kg de peso) y la víctima (1,60 mt y 60 kg de peso) resulta más lógico que el arrastre sería ínfimo, pero lo más lógico sería que alzara el cuerpo para llevarlo al lugar final. En cambio, existen constancias de arrastre de los pies, las piernas y hasta la cadera de la víctima que denota que el cuerpo era difícilmente sostenido por el autor.

Como detalle que debe ser puesto de relieve es el hecho que el arrastre del cuerpo fue realizado en momentos en que Villar aún estaba con vida o su muerte había sido instantes previos, dado que las manchas hemáticas en el lugar donde se advierten signos de arrastre permiten arribar a las mismas conclusiones que llegaron los autores del informe de criminalística (fs. 502/512 vta.).

k. En conclusión: Si se analizan de modo lógico las pruebas e indicios con los que se cuenta en la presente causa respecto tanto a la víctima, el imputado y el lugar de los hechos se puede concluir que **el autor del hecho fue una mujer de una estatura y peso similar a la víctima, sin conocimiento del manejo de armas blancas y que se habría conducido en un vehículo automotor (que no es el utilizado por Vázquez y su familia), la que le habría asestado dos puñaladas, una sin éxito en la zona abdominal y una segunda puñalada en el pecho que ingresó en línea de abajo hacia arriba (casi recta) de adelante hacia atrás, luego de una importante lucha y resistencia de la víctima que se inicia desde el ingreso al predio (lesión en la víctima con el molinete de entrada), remoción del piso, lesiones defensivas en el antebrazo de la víctima y golpes en la zona orbital con un objeto romo. Todo lo que da cuenta que eran dos personas de igual porte, y que por el contrario descarta que Abel Vázquez haya sido el autor del hecho.**

En definitiva, no existen pruebas o indicios unívocos de la autoría de Vázquez en el hecho, aplicando los principios de la sana crítica racional

B.2. Los supuestos indicios que apuntocan la autoría de Vázquez a criterio del Tribunal

El Tribunal a quo en sus aparentes fundamentos (por violación de los principios de la lógica, la experiencia, sentido común, psicología y las ciencias) apontoca su pseudo razonamiento en varios aspectos que analizaremos:

a. El primer indicio – absolutamente anfibológico – que valora el Tribunal son las manifestaciones espontáneas de Vázquez tres días después del hecho que realizara a la comisión policial que se constituyó en su domicilio en relación con que él había estado con la víctima momentos antes del hecho. Se pregunta el Tribunal de modo retórico como sabía el sospechado cuales eran “los momentos antes” del homicidio, sin tener en cuenta que ya habían pasado tres días del hallazgo del cuerpo y en Malargüe era la noticia principal, difundiendo los detalles principales del hecho, esto es el día, hora aproximada y circunstancias del homicidio. Con esos datos es por demás obvio y lógico que Vázquez podía saber y asegurar que el encuentro sexual con la víctima había sido momentos antes del homicidio.

b. El segundo indicio – también anfibológico- y que se relaciona con el anterior, es el silencio respecto a las autoridades (no así a su entorno familiar) de parte de Vázquez en relación con el encuentro que había tenido con la víctima el día del hecho.

Nuevamente el Tribunal se aleja de los principios de la lógica, experiencia y sentido común ya que el temor de ser involucrado en un hecho de esas características, a pesar de su inocencia, es una reacción común en cualquier persona, agregando a ello que dicha situación había dejado expuesta una situación de infidelidad. En abono a ello, viene en auxilio de esta Defensa, los mensajes que intercambiaron Lucía Carrasco y Abel Vázquez después del hallazgo del cuerpo de la víctima donde se refleja ese temor y donde no existe ningún indicio siquiera que él fuera el autor del hecho. El Tribunal casi naturaliza la reacción que debería haber tenido Vázquez acerca de poder quedar involucrado por la cercanía temporal del encuentro con la víctima y el posterior homicidio, como así también la reacción de Lucía Carrasco ante la develación de la infidelidad. No pondremos bajo escrutinio de la personalidad de los integrantes del Tribunal, que se presentan como personas que no sentiría temor ante una circunstancia similar, pero lo cierto es que el temor ante estas dos circunstancias (quedar involucrado injustamente y revelación de la infidelidad) es una reacción normal y lógica de un hombre medio y con los recursos culturales y personalidad de Vázquez.

No tener en cuenta esta pauta de valoración de este indicio violenta los principios de la sana crítica racional y se erige como un razonamiento arbitrario y ajeno a las mandas procesales.

c. A partir de esos indicios anfibológicos y con un razonamiento aparente e ilógico, el Tribunal colige que Vázquez es el autor por ser la última persona que se comunicó telefónicamente con la víctima y por haber tenido un encuentro sexual, sin ningún otro elemento que abone el razonamiento.

Lo cierto es que ese encuentro **NO** lo sindicaba como el autor, más aún cuando ya lo analizamos el resto del plexo probatorio que **NO** señala la presencia de Vázquez en el lugar del hecho, sino que señala a una persona de sexo femenino, de igual porte que la víctima y desconocida por esta (dada la resistencia acreditada).

d. Como veremos luego, al momento de analizar las agravantes, el Tribunal modifica la hipótesis y coloca a Vázquez en los momentos previos en un lugar no determinado manteniendo relaciones sexuales y luego hace un “salto” para ponerlo, sin indicios ni prueba alguna en el lugar del hecho. Sin dar mayores precisiones de las razones, circunstancias por la cual se habrían trasladado del lugar donde mantuvieron las relaciones sexuales al otro lugar que es donde realmente ocurrió el hecho homicida. Esto cobra relevancia para entender por qué Vázquez habría decidido salir de un lugar aislado y alejado de posibles testigos a otro donde había un denso tránsito y presencia de personas que podía observar el ataque homicida.

Valga la reiterada aclaración (porque así lo indicó la plataforma acusatoria), que el cerro San Ceferino, se encuentra enclavado partiendo desde la ciudad de Malargüe, inmediatamente traspasado el puente angosto -de única mano al tránsito vehicular- que cruza al Río Malargüe y luego de deponer curva pronunciada en ese derrotero; situación geográfica que ubica al lugar imposible de no visualizar en horario diurno por el denso tráfico de vehículos petroleros, mineros etc., y deportistas que lo toman como referencia de “parada o referencia” a la práctica ciclista, por ejemplo; lo que lleva, que resulta imposible de soslayar que sea un lugar propicio u óptimo -en las circunstancias de tiempo y lugar del hecho- para preferirlo Vázquez para darle muerte a la víctima, luego de haber mantenido relación íntima con ella en otro lugar adecuado y reservado para ello.

e. Por otro lado el Tribunal, en un nuevo yerro lógico, concluye que como el lugar del hecho era un espacio abierto, publico y con presencia de ocasionales transeúntes y vehículos y dada el carácter de deportista de la víctima lo que le permitía huir o solicitar ayuda a terceros, necesariamente el agresor debía ser una persona conocida de Villar ya que no huyó ni se defendió del agresor. Y eso los lleva a concluir que el agresor fue Vázquez.

Como primer yerro debemos mencionar que Villar SI se defendió, ya que presenta escoriaciones en los antebrazos de carácter defensivo (ver informe de necropsia e informe de científica de fs. 502/512 vta.), más la contusión que presenta en la zona inguinal producto de un golpe con un molinete en el lugar y que es producto de la resistencia al acometimiento. También se advierten signos de resistencia dado los indicios de lucha o forcejeo que señala la remoción de parte del suelo del lugar, con lo cual se derrumba ese pilar del razonamiento del Tribunal.

El segundo yerro del Tribunal A quo se colige y basa en que Villar SI quiso huir del lugar, y de ello da cuenta que **la resistencia comenzó fuera de la zona cerrada por el alambrado perimetral, continuó en la zona donde se encuentra el molinete donde se habría golpeado producto de empujones – al decir del propio tribunal a quo- y continuó en dos zonas en el lado posterior del cierre, donde se advierten signos de lucha a partir de la remoción de tierra.** Es decir, que la mentada ausencia de huida no es tal, y hasta el propio juzgador menciona la prueba que lo acredita, pero lo analiza desconociendo los principios de la sana crítica racional.

En tercer lugar, la afirmación que Villar no pidió ayuda es de improbable acreditación y solo se funda en la imaginación y voluntad del Tribunal a quo. Lo cierto es que, habiendo resistencia e intento de huida surge como lógico, razonable y fundado en la experiencia y sentido común que la resistencia e intento de huida fue acompañado de pedidos de ayuda, más aún cuando Villar sabía, por sus continuas excursiones de ciclista al lugar, que la zona era densamente transitada por otros deportistas y automovilistas, amén de ser una reacción natural por parte de cualquier persona que está siendo atacada.

f. Por otro lado, sorpresivamente el Tribunal introduce una tercera persona de sexo femenino que habría actuado concomitantemente colaborando en el hecho para poder explicar la presencia de una

huella de zapatillas de mujer, cuando en realidad fue la única persona que intervino en el hecho que nos ocupa.

Decimos **sorpresivamente porque esa tercera persona, que es introducida en los fundamentos respecto a los hechos que el Tribunal a quo tiene por acreditados, no fue parte de la plataforma fáctica de la acusación durante la instrucción ni al momento de la lectura del auto de remisión a juicio** (a diferencia de su consorte de juicio que en una causa acumulada si le enrostraron la participación de una tercera persona), pero de esta gravísima irregularidad nos ocuparemos en un punto específico del presente escolio procesal.

g. Pero la contradicción del razonamiento del Tribunal a quo se corona cuando asegura que los momentos previos al hecho homicida el encuentro sexual fue en un lugar apartado del denso tránsito como es la base del Cerro Ceferino, y que le aseguraba la clandestinidad del encuentro sexual (mencionan una zona alejada cuyo ingreso sería por el callejón Masa), **pero no explica algo lógico como cual habría sido la razón por la cual Vázquez estando en un lugar alejado de todo tipo de presencia de terceras personas se trasladó a un lugar con denso tránsito de personas para cometer el homicidio.** Cabe preguntarse de modo lógico ¿por qué asumiría Vázquez el riesgo de ser visto en la base del Cerro Ceferino por todos los transeúntes cometiendo un homicidio si lo podía cometer en el lugar alejado donde tuvo el encuentro sexual? ¿acaso ese lugar alejado y sin presencia posible de testigos no era el lugar ideal para llevar a cabo el “homicidio artero” como lo describe el Tribunal a quo al momento de analizar el calificante de femicidio? ¿no era ese lugar el ideal para llevar a cabo el homicidio aprovechando que Villar estaba con la “guardia baja” luego del contacto sexual?

Por otro lado, si Vázquez salió con la idea –por los motivos valorados en la sentencia por el a quo-, con el fin de darle muerte a Nélida Villar, ¿cuál fue entonces el móvil de mantener previamente relación sexual consentida con ella? ¿Por qué forzar a escalar la torpeza del elemental sentido común que quiere abrigar el Tribunal criticado y exponerlo a Vázquez aparte ser un machista despoblado de valor y respeto a la dignidad de “la mujer”, a tratarlo como un obtuso?

Todas la preguntas anteriores no tienen un respuesta lógica por parte del Tribunal a quo, y elige colegir y especular que Vázquez dejó pasar esas oportunidades y eligió asumir todos los riesgos que

implica atacar a Villar en una zona densamente transitada, luego de que ella se acomodara sus ropas y tuviera todas las posibilidades de intentar la huida (que surge del golpe en el molinete), de resistir el acometimiento y requerir ayuda (dado que conocía el tránsito de la zona dado que era un lugar habitual para su práctica deportiva).

La única respuesta lógica es que Vázquez tuvo un encuentro sexual en otro lugar distinto a la base del Cerro Ceferino, para luego retirarse a su domicilio y Villar continuó su rutina de ciclismo, siendo abordada por una tercera persona desconocida – de sexo femenino - en la base del Cerro Ceferino donde fue asesinada.

Este último razonamiento es el único que soporta el plexo probatorio sostenido por el Tribunal a quo.

h. En definitiva, la autoría carece de todo sostén probatorio e indiciario y se sostiene solo en la voluntad del Tribunal basado en prejuicios o preconceptos.

i. Por fin, las contradicciones y falta de lógica del fundamento del Tribunal a quo solo puede ser corregido con la casación de la sentencia.

B.3. Violación del derecho de defensa. Violación del principio de congruencia. Nulidad absoluta.

Como veremos, el Tribunal a quo incurrió en una flagrante violación del principio de congruencia que es un sucedáneo de garantías de raigambre constitucional y convencional como son el Derecho de Defensa y Debido Proceso.

Este principio que recepta la obligación legal de mantener persistente la acusación durante todo el proceso y, en caso de sufrir modificación esta debe ser puesta en conocimiento al acusado **previamente a cualquier pronunciamiento judicial** con la finalidad de llevar interponer una defensa material y técnica de carácter integral, entre otras consideraciones de igual importancia.

B.3.a. Construcción de una hipótesis alternativa basada en suposiciones o voluntad del juzgador

El Tribunal al momento de resolver decide desestimar la teoría del caso de todas las partes, principalmente en los momentos previos al hecho homicida.

Si bien es cierto que esos momentos previos al homicidio no fueron parte de la acusación con la que se abrió esta etapa procesal, y se encarga de resaltarlos en forma reiterada, no deja de ser una pieza

clave para definir o tener acreditado el nexo causal del resultado, pudiendo unir al autor con el resultado reprochado.

La **determinación del nexo causal**, cuya importancia es indiscutible, debe tener un soporte material y normativo que debe fundarse en el plexo probatorio.

En ese entendimiento, el Tribunal a quo desechó los aspectos principales de los momentos previos sostenidos por ambas vendictas como por la Defensa.

Desechó el Tribunal a quo entonces: a) el encuentro de Villar y Vázquez en la lateral de la Ruta Nacional 40 y que el biciclo lo hayan subido a la camioneta en esa zona, b) el encuentro sexual en algunos de los callejones aledaños a la Ruta Nacional 40, c) el incidente vial entre Altamirano-Cuello con Vázquez, d) la totalidad del relato del imputado (con todas sus aristas fácticas) y, e) la presencia de la camioneta de Vázquez en la zona del puente del río Malargüe.

En efecto, dijo el Tribunal a quo cuando se ocupa del alegato de la Defensa: *“...No está en la pieza acusatoria, y en consecuencia no es objeto de prueba, el preciso lugar en el que Vázquez aborda a Nélida, ni dónde tuvieron relaciones íntimas, ni cuál fue el trayecto que Vázquez utilizó ese día para llegar al cerro San Ceferino; bien pudo, por ejemplo y entre otras posibilidades, dirigirse al lugar por la calle Masa, y hacer el mismo recorrido que el Tribunal realizó con las Partes en la Inspección ocular, es decir, el mismo que hizo, horas antes el día del hecho, el grupo de ciclistas liderado por Morán; damos esta hipótesis, repetimos, sin necesidad de que sea algo que deba ser probado pues no forma parte de la Acusación, porque es mucho más coherente con la idea de clandestinidad que requieren los encuentros íntimos entre amantes; es mucho más lógico pensar que se realizaban esos encuentros en lugares mucho menos transitados como el que indicamos, que en otros, como el que relata el imputado el día del hecho, con plena visibilidad y denso tránsito de peatones, vehículos, ciclistas, etc., y sobre todo, repetimos, en el que absolutamente ningún testigo de los muchísimos que depusieron en el debate, lo vieron ese día; Vázquez era y es muy conocido en el departamento de Malargüe.- ...”*

Es decir, que modifica la plataforma fáctica de los momentos previos al hecho acusado afectado desde ya el nexo causal, pero, como veremos, tendrá un impacto fundamental en el hecho que finalmente

tiene acreditado contra nuestro ahijado, pero modificando la acusación original sin permitir el adecuado ejercicio del Derecho de Defensa material y técnica.

B.3.b. Violación del Principio de Congruencia – Alteración de la plataforma fáctica del hecho acusado

Asimismo, el Tribunal a quo incurre en una flagrante violación del Derecho de Defensa por violación del principio de congruencia. En este sentido, sostuvo en el punto E de la primera cuestión tratada en la sentencia : “...*En cumplimiento de la manda del art. 411 inc. 3 del C.P.P., en base a todo lo anteriormente expuesto, es que tenemos por acreditado que en la ciudad de Malargüe, provincia de Mendoza, el día 7 de Mayo de 2.0013, entre las 16:00 y las 17: horas aproximadamente, a un costado de la Ruta Nacional 40, pasando el puente del Río Malargüe, sobre el lateral noroeste de la ruta, en el cerro San Ceferino, a unos 10 km al sur de la ciudad de Malargüe, cerca del alambrado dispuesto entre la ruta y el cerro, a pocos metros del pasaje que permite el acceso a la montaña, ABEL ARNALDO VAZQUEZ CORREA quitó la vida a Nélica Elizabeth Villar Montecino, con quien mantenía una relación de pareja oculta, por vivir él en concubinato con otra mujer. Previo atacarla y golpearla, le causó dos heridas con un cuchillo, una en zona abdominal que produjo lesión subcutánea, y otra en hemitórax izquierdo, ingresando el arma homicida al tórax, lesionando grandes vasos sanguíneos y aurícula derecha del corazón. Antes de darle muerte, ejerció violencia física sobre Nélica Elizabeth Villar Montecino, mediante empujones que hicieron que impactara en un hierro tipo molinete para conteo de ganado provocándole una lesión inguinal, le aplicó también un golpe de puño en el ojo izquierdo (zona peri orbital). El cuerpo presentó también hematomas en zona cercana al cuello, lesiones defensivas en antebrazo y escoriaciones en zona lateral de cadera y talón izquierdo producida por arrastre del cuerpo en agonía o recién fallecido. **No descartamos que una tercera persona –desconocida hasta el momento-, haya podido participar en el hecho o en su encubrimiento.**”.*

Sin lugar a duda, nos encontramos en presencia de una **sentencia a todas luces arbitraria y, por tanto, ante una circunstancia que acarrea la nulidad absoluta.**

La arbitrariedad surge en tanto que la plataforma fáctica a partir de la cual declaró el Tribunal a quo la responsabilidad penal de Vázquez es diferente a la sostenida por el Ministerio Público Fiscal y la Querella, tanto a la apertura del debate como en sus alegatos finales. En efecto, la acusación respecto a

Vázquez – no así respecto a Carrasco – se sustentaba en la autoría única de Vázquez, sin ningún tipo de participación de tercera persona en ninguna parte del *iter criminis*, pero el Tribunal a quo en forma sorpresiva, violentando el Debido Proceso y Derecho de Defensa, introduce en la plataforma fáctica – que fue de lo que se defendió Vázquez – a una tercera persona en la escena del hecho, lo cual altera sustancialmente la acusación primigenia.

La modificación anómala de la acusación responde a la necesidad del Tribunal a quo de justificar que las únicas pruebas directas dan cuenta de la presencia de una sola persona de sexo femenino (huellas plantares de una zapatilla de mujer) y la ausencia de pruebas directas y/o indicios unívocos que lo señalen a Vázquez en la escena del hecho.

Ante esta situación de orfandad probatoria respecto a la presencia de Vázquez en el lugar del hecho, el Tribunal a quo incorpora esa “probabilidad” como justificativo para sostener que existió una tercera persona pero que ello no es óbice de la autoría de Vázquez. Como se advierte esta nueva hipótesis no solo violenta el principio de congruencia, sino que torna a la nueva hipótesis en absurda (por falta de lógica) dado que se apoya en prueba e indicios unívocos respecto a la presencia de esa “tercera persona” pero no suple la carencia de pruebas e indicios unívocos respecto a la presencia de Vázquez.

Lo cierto es que el Tribunal a quo modificó la plataforma fáctica con el grosero intento de “transferir” a Vázquez el plexo probatorio cargoso que existe respecto a esta “tercera persona”. Un verdadero despropósito procesal que violenta las más básicas de las garantías procesales de raigambre constitucional y convencional.

Así las cosas, **Abel Vázquez se defendió específicamente del hecho en concreto que se le atribuyo, esto es, que habría terminado con la vida de Villar en soledad, pero nunca se le comunico esta circunstancia, que en forma intempestiva y arbitraria impusieron los Sres. Jueces.** Es decir, Vázquez no ha tenido la posibilidad de defenderse concretamente de esta circunstancia fáctica de la intervención de una tercera persona que le atribuye el Tribunal a quo, situación que, sin más, viola la más elemental garantía constitucional de defensa en juicio por violación al principio de congruencia.

2. Errónea aplicación de la ley sustantiva: artículo 80 inc. 1° Código Penal.

A. VINCULO

a.1. Relación de ¿“pareja”?

Es repetido por el Tribunal el voto de la Dra. Tarditti en el fallo TSJ Córdoba causa “S., M. A.”, sent.de10-IX-2019: “El **elemento típico “relación de pareja” no demanda una regulación normativa** sino la ponderación de circunstancias objetivas, que son las que tuvo en cuenta el legislador para determinar ese plus punitivo...La protección que brinda la ley penal es más amplia: abarca a las uniones convivenciales, pero las excede”.

Y es aquí precisamente donde nos apartamos completamente del criterio, puesto que no puede decirse que algo es y no es a la vez. Si es un elemento típico, lo que surge claro y en estos somos coincidentes, el **principio de legalidad** impone el mandato de **máxima taxatividad de la ley** y debe por lo tanto remitirse a la norma extrapenal que lo defina y delimite, so pena de incurrir en una inconstitucionalidad supina.

Tan importante y discutida ha sido la definición de lo que es una “pareja” que se han generado diferentes corrientes doctrinarias y no ha podido ser zanjado en forma definitiva el tema al día de la fecha.

En este sentido, dice la reconocida y más reciente doctrina “la necesidad de delimitar cuándo una relación sentimental se la considera pareja no es sencilla y su incidencia trasciende la mera discusión teórica, pues sea que se entienda que en determinada relación existe o existía una pareja, o en su defecto nunca la hubo, la respuesta punitiva fluctuará entre prisión perpetua en un caso, o bien de 8 a 25 años en otro”. (DE LA FUENTE, Esteban – CARDINALI, Genoveva Inés, “Género y Derecho Penal”, Rubinzal-Culzoni Editores, año 2021)

*“Una posición equipara la “relación de pareja” con el régimen de las “uniones convivenciales” regulado en los artículos 509 y siguientes del CCCN. En el fallo “ESCOBAR, Daniel s/Recurso de casación” ... “La sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal se inclinó por el criterio que asimila la relación de pareja a la unión convivencial regulada por el CCCN. Se sostuvo que la reforma de la Ley 26.791 amplió el sujeto pasivo del delito, incluyendo en la agravante al excónyuge y a la persona con quien se mantiene, o ha mantenido de una relación de pareja. Entonces, **para definir que debemos entender por “relación de pareja”, de la misma forma que antes de la reforma***

se utilizaba el concepto normativo matrimonio para definir quién era “cónyuge”, también **debemos recurrir al Derecho Civil**”. (DE LA FUENTE, Esteban – CARDINALI, Genoveva Inés, “Género y Derecho Penal”, Rubinzal-Culzoni Editores, año 2021)

“Esta decisión fue comentada por Paola Corbetta ... La propia colegiatura es clara en este aspecto: el legislador cuando estableció la agravante para el que matare a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja -mediare o no convivencia- no tuvo la intención de agravar la pena frente a cualquier vínculo amoroso ... De manera que concluye, deben unirse dos modalidades restrictivas: la primera es que **para hablar de pareja debe verificar una unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, público, notorio, estable y permanente de dos personas que conviven y comparte un proyecto de vida en común**, sean del mismo o diferente sexo, y la segunda descansa en el período no inferior a dos años. Ambas ponencias permiten dar luz a una **limitación a cualquier interpretación antojadiza o expansiva**. Resalta, pues, que ese enfoque reductor ha sido recogido en la citada resolución, la cual es tributaria en señalar que **es el canon de máxima taxatividad restrictiva el que obstaculiza cualquier inteligencia extensiva en la interpretación de las normas penales**”.

“Esta posición, que requiere para considerar la existencia de una pareja en los términos del artículo 80, inciso 1° del C.P. iguales condiciones a las que se establecen para las uniones convivenciales del ámbito civil, entiende que **se trata de un elemento normativo del tipo regido por los artículos 509 y 510, inc. e), del CCCN**”.

Otra corriente es aquella que no asimila la expresión “relación de pareja” a las uniones civiles receptadas en el ámbito privado. Al menos no requiere que confluyan todos los requisitos de estas últimas para considerar la condición de pareja prevista en el art. 80, inc. 1° del C.P.

En este sentido, “después del citado fallo “Escobar”, la sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Nación trató nuevamente el punto en el fallo “Cañete”, en donde el Dr. Sarabayrouse en su voto expresa que si bien en aquel precedente se mencionó el art. 510, inc. e), del CCCN, como una referencia temporal acerca de la duración de la convivencia, **pueden presentarse casos donde, pese a que no se alcance ese lapso, el vínculo tenga las características de público, notorio, estable y permanente, y quede, entonces, comprendido dentro de la tutela penal**. Ese punto de visto es el que

quedo cristalizado en un fallo posterior de dicha sala de Casación.” Para más datos: causa CCC 55.357 del año 2018. (DE LA FUENTE, Esteban – CARDINALI, Genoveva Inés, “Género y Derecho Penal”, Rubinzal-Culzoni Editores, año 2021)

*“Esta perspectiva es básicamente la sostenida por Gustavo A. Arocena y José Daniel Cesano. Para ellos el artículo 509 del CCCN que caracteriza las uniones convivenciales brinda una buena y plausible base para la interpretación de la expresión “relación de pareja”; es que la misma al reclamar **una relación afectiva de carácter singular, público, notorio, estable, permanente y erigida sobre un proyecto compartido de vida común, deja fuera de la extensión de la voz “relación de pareja” u otra equivalente a toda vinculación afectiva, sentimental o amorosa de tipo meramente ocasional o circunstancial**”.*

Es conveniente detenerse a analizar el caso concreto y notar la ausencia, de todos y cada uno de los elementos que definen, según la destacada doctrina y los fallos esgrimidos, a una relación de pareja. Más allá de la discusión sobre la remisión o no al CCCN, nótese que ambas posturas son coincidentes en destacar como requisitos **la publicidad de la relación**, que como se ha reiterado una y otra vez a lo largo del debate no existía, a punto tal que ha dicho el Tribunal en este sentido al hablar de los hechos que tiene como “acreditados” (valgan las comillas): “ABEL ARNALDO VAZQUEZ CORREA quitó la vida a Nélide Elizabeth Villar Montecino, con quien mantenía una **relación de pareja ¡OCULTA!**, por vivir él en concubinato con otra mujer”

La doctrina y jurisprudencia, tanto de una y otra postura han sido coincidentes en cuanto al **requisito de publicidad, que el propio Tribunal reconoce ¡no se cumple!**

Nos dice Di Giorgio que “*resultan de utilidad los antecedentes parlamentarios, sin dejar de reconocer que aquello que cabe dilucidar es siempre la voluntad de la ley a través de sus diversos enfoques interpretativos. De lo contrario podría darse un injusto alcance a la ley, tanto por defecto como por exceso. El atender al origen de aquello que finalizó convirtiéndose en ley, su letra, espíritu y fines, constituyen parámetros valiosos singulares para no caer en una exégesis arbitraria. Interpretar un texto fuera de su contexto no es más que un pretexto. Entonces no cualquier relación habrá de constituir una pareja*”. (DE LA FUENTE, Esteban – CARDINALI, Genoveva Inés, “Género y Derecho Penal”, Rubinzal-Culzoni Editores, año 2021, pág. 187)

Si a pesar de todo lo expuesto el Tribunal no compartiera la postura sostenida por esta Defensa en cuanto a que la “relación de pareja” es un elemento normativo, es posible también refutarlo desde una concepción social como veremos a continuación.

Hace suyas las palabras del Tribunal de un fragmento del fallo TSJ Córdoba causa “S., M. A.”, sent.de10-IX-2019: *“Es evidente que la reforma ha buscado proteger el vínculo sentimental aún en configuraciones menos formales que el matrimonio y el concubinato; la protección no responde solo a los deberes de respeto recíproco y no agresión que pueden emerger de estas relaciones sino también a que el delito se produce a partir de un abuso de confianza. **Confianza que no está basada en cualquier tipo de vínculo sino, justamente, en el derivado de la relación de pareja**”.*

Para abordar las palabras de la magistrada en el fallo citado por el Tribunal, utilizaremos el análisis que lleva a cabo Julio César Di Giorgio, Presidente del Tribunal en lo Criminal N°4 de General San Martín, Provincia de Buenos Aires.

“Bajo esas premisas considero que tiene que presentarse, desde una perspectiva sociocultural, la existencia de tres relaciones para sostener que existe una pareja:

a) RELACIÓN AFECTIVA O SENTIMENTAL

Es esencial en la unión de dos personas, para hablar de pareja, de un vínculo afectivo, de la existencia de un sentir el uno por el otro que los lleva compartir momentos. Recuérdese al respecto que entre los fundamentos de los antecedentes parlamentarios se desprende precisamente que el agravante responde al vínculo sentimental.

De modo que es la relación afectiva o sentimental que, como condición básica, debe existir para hablar de una pareja.

En conclusión, es inmanente a la pareja la existencia del afecto, el sentimiento de amor del uno hacia el otro, sin lo cual no puede pensarse en esa especie de relación.

En ese norte, de las presentes actuaciones se puede colegir que no existía una relación basada en el afecto o amor mutuo, bilateral, recíproco y compartido sino más un ámbito de intimidad sexual consentido y recíproco. Esta última situación, de unión de intimidad sexual, no cumple con el componentes y requisito del afecto o amor que requiere la relación de pareja que protege la norma

penal en cuestión. Asimismo, tal como se ha dicho, esta forma de relacionamiento a partir de las relaciones sexuales no debe ser objeto de juicio de valor respecto a los que la practicaban, siendo en el mejor de los casos motivo de abordaje de otras ciencias sociales (sociología, psicología, etc) o desde principios morales, éticos o religiosos, que no forman parte del análisis dogmático que si debe ser aplicado en este caso.

b) RELACIÓN SOSTENIDA CON MOMENTOS DE VIDA COMPARTIDOS

La existencia de ese vínculo afectivo o sentimental origina el deseo de interacción y de compartir vivencias de lo más variadas y de distinta índole, en donde los integrantes dedican tiempo para estar juntos.

El compartir tiempos, espacios y relaciones es característico de aquello que socialmente se entiende como pareja. Mas allá de los diversos matices que pueda tener cualquier relación, lo esencial es compartir momentos de su vida, de su tiempo y ello de manera sostenida. Se trata de una relación persistente, en contraposición a aquellas meramente ocasionales, transitorias o efímeras, en donde no se llega a ser pareja.

Desde luego que la notoriedad y publicidad del ser pareja va a ser un factor que precisamente es consecuencia de esa relación y se identifica con la prueba de su existencia.

Si se pretende darle a todo momento compartido el carácter de componente de las relaciones de pareja estaríamos exorbitando el valor de las múltiples relaciones o vínculos sociales que cualquier persona tiene en sus múltiples roles. Para mejor entendimiento, en las relaciones laborales, de amistad, de estudio, de vecindad, políticas, sociales (simples conocidos, habitués de clubes, restaurants, eventos sociales, colectivos o grupos de afinidad, compañeros de viajes diarios en el sistema de transporte público, compañeros de grupos religiosos o logias, compañeros de colegio o universidad, grupos de padres de alumnos, grupo de adhesión a un equipo deportivo determinado, etc.) se comparten momentos, lugares, espacios, gustos, simpatías, valores, etc., pero que de modo alguno nos permite afirmar que por ello estamos en presencia de una relación o vínculo con la fuerza y contenido tal que agotan los requisitos del instituto legal que nos ocupa.

En ese universo de relaciones nace una confianza, ya sea por pertenecer o compartir, la cual genera una cohesión, pero que de modo alguno es la confianza íntima, profunda y recíproca que es la desarrolla la relación de pareja; ésta es profunda, recíproca, bilateral y se determina por la finalidad misma de confluir en el ánimo e idea común de formar ese lazo indestructible, profundo y con la idea de prologarlo en el tiempo en un ámbito común de vida

c) LA RELACIÓN DE CONFIANZA

El vínculo que se crea en una relación que llega a ser pareja es de confianza. La idea es que, al compartir tiempo, espacios y sencillamente aspectos de la vida implica que uno deposite confianza en el otro. Ello le permite acceder a lo íntimo de la vida del otro, desde el lugar donde vive, los que frecuenta, horarios, hasta sus relaciones y afectos.

Sostuvo el Dr. Magariños que es aquella en la que *“se pueden compartir o se pueden conocer diversos aspectos de la vida cotidiana de cada uno, circunstancias tales como los sitios frecuentados, el lugar de trabajo, los hábitos, costumbres, los desplazamientos habituales, la forma de ocupar el tiempo libre, las relaciones familiares, o las amistades, los gustos, las preferencias individuales, etcétera”*.

Entendemos que, no se trata de un conocimiento superficial o de conversaciones triviales, sino de los aspectos que hacen al ámbito privado de cada persona, lo que mal podría ocurrir durante encuentros sexuales ocasionales o esporádicos.

No se debe confundir al analizar las pruebas, la existencia de comunicaciones, de corta duración por cierto y con el exclusivo fin de acordar los encuentros de carácter sexual, con la cantidad de veces que Abel y Nélida pueden haber tenido relaciones sexuales (único motivo por el cual se veían), por lo que sostenemos el carácter ocasional de las mismas. Es evidente que dos personas que se encuentran en una relación de pareja no acuerdan encuentros sexuales, sino que se proponen salidas de entretenimiento, vacaciones, fiestas familiares, vale decir, realizan planes diversos y el aspecto sexual de la relación es transversal a toda la relación y no sólo un momento aislado, programado a su sólo efecto. En el capítulo referido a las formas de violencia, desarrollamos en extenso las limitaciones que imponía

la familia a la víctima que representarían serias dificultades para la misma en sostener un vínculo profundo como lo es el de una relación de pareja pública, notoria y estable.

“Entonces, las tres especies de relaciones que se exponen exigen su interrelación entre sí, una depende de la otra, es su consecuencia, de modo que la existencia de las tres concluye en aquello que en la sociedad se caracteriza como “relación de pareja”.

“La **referencia al ámbito doméstico** da la pauta de interacción de la relación, de la intimidad y conocimiento recíproco. Se amolda a ello la exégesis teleológica de la ley, en razón de que el fin de la norma es el respeto por la confianza que como pareja se depositan, lo que debe perdurar aunque haya finalizado la relación”.

“La caracterización social de una pareja no es más que el espejo del resultado obtenido a través de la interpretación de la norma. Es decir, **el concepto social de “pareja” es el recogido por la norma**, pues constituye lo surgente de su hermenéutica. **En modo alguno se puede dar otro alcance, teniendo en cuenta que entre las funciones de la norma jurídico-penal está la de motivar al ciudadano.** Vistas así las cosas no se encuentran comprometido el principio de legalidad”.

El alcance que posee la definición de la relación desde la perspectiva social implica la existencia concomitante de estos tres aspectos que la delimitan y la definen, cumpliendo en algunos aspectos del principio de legalidad y máxima taxatividad penal, que imponen el control convencional, amén del principio *pro homine* que rige en la interpretación de las normas penales y sus principios.

En conclusión, el Tribunal a quo no funda en prueba y menos aún en su supuesto y viciado razonamiento la existencia de vínculo en los presentes autos que permitan subsumir los hechos dentro de la previsiones del inciso 1° del artículo 80° del Código Penal

4. Errónea aplicación de la ley sustantiva: artículo 80 inc. 11° Código Penal.

A. FEMICIDIO

A.1. CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO

En primer lugar, esta defensa entiende que el fallo contiene serias deficiencias lógicas desde el inicio de su razonamiento, pues sobre el alcance del art. 80 inc. 11° propone, de forma injustificada y arbitraria, una interpretación amplia, irracional, indeterminada y contraria a los **principios**

pro homine y de **máxima taxatividad**, emanados de una de las bases esenciales del Estado de Derecho: el **principio de legalidad**, lo que a todas luces resulta inadmisibile.

La clave de bóveda está dada por un principio esencial y rector de un Derecho Penal propio de un Estado de Derecho, nos referimos al **principio de legalidad** (arts. 18 y 75 inc. 22° CN, 9° de la CADH y 9° del PIDCP) y, más precisamente, a un subprincipio de este: el **mandato de máxima taxatividad**, que exige la mayor precisión técnica posible en la construcción de las figuras penales.

Al respecto, con notable acierto y claridad señala Zaffaroni que “la ley penal se expresa en palabras y estas siempre dudas interpretativas. El derecho penal debe exigir de los legisladores el mayor esfuerzo de precisión semántica: el juez debe exigir la máxima taxatividad legal, o sea, no la simple legalidad sino la *legalidad estricta*. Las agencias políticas no siempre cumplen con esta exigencia, de modo que el juez se encuentra con leyes que con demasiada frecuencia violan la exigencia de estricta legalidad. Frente a estas situaciones, el juez tiene dos posibilidades (dando por supuesto que no opta por aprovechar la oferta del legislador irresponsable y proceder a un uso arbitrario de sus fórmulas nebulosas): a) declarar la inconstitucionalidad de la ley; o b) aplicar el criterio de máxima taxatividad interpretativa y entender el texto de la forma más restrictiva de poder punitivo posible” (ZAFFARONI, E. Raúl, SLOKAR, Alejandro, ALAGIA, Alejandro, *Manuel de Derecho penal. Parte general*, 2° ed., Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 106. El destacado nos pertenece).

Así las cosas, como bien lo ha señalado autorizada doctrina, estamos ante una figura (art. 80 inc. 11° CP) cuya fórmula legislativa es nebulosa, pues emplea términos imprecisos, indeterminados, vagos, equívocos, de textura abierta y carente de autonomía semántica, esto es, un tipo penal abierto, cuyo alcance es confuso y con problemas de legitimidad constitucional desde la perspectiva del principio mencionado (BUOMPADRE, Jorge, *violencia de género, Femicidio y Derecho Penal*, Alveroni, Córdoba, 2013, pp. 153 y ss.; TAZZA, Alejandro, *Código Penal de la Nación Argentina Comentado. Parte Especial*, 2° ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, p. 94, BLOCH, Ivana, “Estudio crítico del tipo penal de femicidio en el Código penal argentino”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Buenos Aires, 2014, cita online: AR/DOC/5554/2014; LARRANDART, Lucila E., *Derecho penal y perspectiva de género*, Hammurabi, Buenos Aires, 2021, p. 142 y ss.; TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí, *Feminicidio*, Oficina en México

del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México D.F., 2009, p. 143, entre otros autores).

En este orden de ideas, se impone que la única solución posible para evitar una infracción al principio de legalidad que debe regir en materia penal y vulnerar garantías del imputado que la apertura de la norma puede ocasionar (inconstitucionalidad), es acudir a una interpretación restrictiva y segura de la norma a la luz del principio pro homine, que nuestro Máximo Tribunal compele aplicar al interpretar las normas penales, como una exigencia del principio de legalidad (Fallo ACOSTA, Alejandro Esteban, 23/04/2008), y el cual impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal.

Así las cosas –como lo señala en forma prácticamente unánime la doctrina que se ha ocupado del tema– es indispensable que los hechos probados de la causa den cuenta con certeza de que el sujeto activo ha desplegado en alguna oportunidad –distinta de la de la muerte– algún tipo de violencia contra la mujer víctima, vale decir, no basta con la sola comprobación fáctica de la muerte violenta como hecho aislado, sino que es necesario la existencia de algún tipo de violencia (física, psicológica, económica, etc.) previa al homicidio, es decir, la muerte debe estar precedida por agresiones contra la mujer, lo que acreditaría la existencia de una relación asimétrica entre el varón y la mujer, de acuerdo a normativa citada. Ello constituye el contenido real de la fórmula “mediare violencia de género”. En efecto, los parámetros mencionados dotan de objetividad, racionalidad y seguridad jurídica a la agravante prevista en el art. 80 inc. 11° CP, evitando su aplicación arbitraria, injustificada y aislada, tal como lo hizo la sentencia que aquí se ataca. En suma, solamente a partir de la existencia de aquel contexto puede inferirse o acreditarse con certeza la idea de inferioridad de la mujer y de superioridad del hombre.

Bajo este derrotero, señala Figari que “el **femicidio** se concreta con el homicidio en un ámbito de violencia de género, es decir, que anteriormente se han producido diversos episodios violentos. Entonces, la sanción máxima punitiva se aplica cuando ya se está en el punto más álgido del contexto –el homicidio o su tentativa–, lo cual, a simple vista parece correcto y justo” (FIGARI, Rubén E., *Tipos de homicidio*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, pp. 234 y ss.)

En el mismo sentido se expide Pazos Crocitto, a partir del principio de *máxima taxatividad interpretativa* y de *interpretación estricta* de la norma. Así, señala que **“No se ha definido la naturaleza de la violencia a que hace referencia: si se trata de un brote agresivo en un conflicto puntual, o de una manifestación duradera de una situación de opresión y dominio. Creemos que, a partir de un análisis restrictivo del tipo, solo puede receptarse la segunda opción, esto es, que se dé un uso sistemático de la violencia, amenaza de violencia u otros comportamientos y tácticas coactivas, destinadas a ejercer el poder, inducir miedo o controlar...”**.

Señala el autor que el introducir el contexto de violencia de género implica **enmarcar una secuencia de hechos, permite concebirlos como parte de un mismo escenario, con una relación de historicidad**, en donde cada uno de ellos adquiere significado en función de los restantes. (PAZOS CROCITTO, José I., *Los homicidios agravados*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, pp. 188 y ss. El destacado nos pertenece. En el mismo sentido se expresa GRISETTI, Ricardo/KAMADA, Luis, “La configuración típica del femicidio. Un fallo que induce a reflexionar”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Buenos Aires, 2017, cita online: AR/DOC/2161/2017; GORRA, Daniel, “En búsqueda de criterios para la configuración del tipo penal de femicidio”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Buenos Aires, 2017, cita online: AR/DOC/912/2017).

Con notable claridad y acierto, Tazza adscribe a la acepción restrictiva y limitada que se viene sosteniendo, al señalar que “...Ello así, por cuanto al exigirse que el homicidio de la mujer se produzca mediando un contexto de violencia de género....el contexto circunstancial de la violencia de género implica una previa interrelación personal entre el autor y la víctima, y episodios anteriores que **demuestren el accionar característico de esta modalidad basada en la idea de superioridad del varón sobre la mujer, que puede involucrar maltratos previos, ofensas directas o indirectas, cualquier acto de desprecio a la condición femenina o agresiones similares**”.

En síntesis, el solo hecho de que la víctima del homicidio sea una mujer no autoriza a tipificar el suceso como un delito de femicidio, aun cuando el hecho fuere precedido inmediatamente de violencia física sobre la misma, **si es que no se produce en un contexto de violencia de género...**” (TAZZA, Alejandro, op. cit., pp. 94 y ss. El destacado nos pertenece. En el mismo sentido se pronuncia IRISARRI,

Santiago, *Violencia contra la mujer*, Astrea, Buenos Aires., 2018, pp. 149/150; SIMAZ, Alexis L., “Título I. Delitos contra las personas”, en Riquert, Marcelo (Dir.), *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*, Erreius, Buenos Aires, 2018, p. 639).

La postura aquí sostenida encuentra sustento explícitamente en el último párrafo del art. 80 del CP referido a las circunstancias extraordinarias de atenuación. La propia Ley 26.791 modificó dicho párrafo y estableció que la atenuante no se aplicará a quien **“anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima”, es decir, veda la posibilidad de aplicar la atenuante cuando se trata de un homicidio de un hombre perpetrado contra una mujer en un contexto de violencia de género. En suma, la atenuante no se aplica cuando ha existido o ha mediado un contexto (o marco) de violencia de género, lo cual exige –de acuerdo con la norma– actos de violencia previos al homicidio y de forma independiente de la propia acción de matar o de la ejecución de aquél. Esta es, sin duda, la ratio legis.**

Claro está que al ser una cláusula introducida por la misma ley que incluyó al inc. 11° en el art. 80, no puede quedar excluido del análisis, pues expresa la intención que tuvo el legislador al reformar el Código Penal en materia de delitos de género (art. 80 CP) y, en consecuencia, resulta relevante como criterio hermenéutico al momento de analizar los elementos y el alcance de la fórmula recogida en el art. 80 inc. 11° CP, centralmente, el elemento normativo: *mediare violencia de género*.

Por su parte, la jurisprudencia que se ha ocupado del tema. También ha sostenido el criterio interpretativo que se viene desarrollando. Así, la Séptima Cámara del Crimen de Mendoza en la causa N° P- 119.592/15, caratulada “F c/Delamarre Arancibia, Daniel Fernando p/ homicidio agravado.”, sentencia N° 5.281, señaló con gran acierto que: **“Claro es -y surge prístino del relato de los acusadores-, *que no existe prueba alguna que acredite que Delamarre hubiera desplegado en alguna oportunidad –distinta a la de la muerte- violencia física contra Maldonado. Resta ahora responderse si aquellos datos convictivos y otros de la causa permiten afirmar con certeza, el despliegue de violencia moral o psicológica por parte del imputado hacia la víctima –como se afirmó desde la acusación-, lo que de afirmarse suministraría el contexto de relación desigual de poder que supone la agravante.* Entiendo que el interrogante, debe responderse de modo negativo, al menos por falta de la certeza que demanda la aplicación de la agravante”.**

Finalmente, y en consonancia con lo expuesto hasta aquí, resulta de suma relevancia el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza en la causa N° 13-04572689-9, caratulada “F. c/ Minati Krier Cristian....”, específicamente el voto del Sr. Ministro Dr. Mario Adaro, pues allí el magistrado refiere a la existencia y **necesidad de acreditar hechos de violencia previa** (antecedentes de violencia), es decir, a una suerte de progresividad o ciclo de violencia como antesala del homicidio, para la aplicación de la agravante. En este sentido, el juez supremo sostuvo: *“Según entendí en el precedente “Cruz Huanca” para considerar acreditado que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género **entre la ejecución del homicidio y la violencia de género debe existir una relación de mediación** no en tanto elemento subjetivo ultra intencional, **sino como contexto objetivo de violencia que precede y motiva la ejecución.** Este último hace referencia a una relación de sometimiento entre victimario y víctima (asimetría) que coloca a esta última en una especial posición desventajosa por su condición de mujer... En efecto, entiendo que la violencia de género requerida por el tipo agravado, **presupone un espacio ambiental específico de comisión y una determinada relación entre la víctima y agresor, en donde la mujer se encuentra en una situación de sometimiento y vulnerabilidad...** De este modo, entiendo que resulta imperioso para la defensa de los derechos de las mujeres considerar todos los **antecedentes de violencia previos** al evento que finalmente es puesto en conocimiento de las autoridades y que **“confirman el ciclo de violencia”** (el destacado nos pertenece).*

En definitiva, prescindir de los parámetros objetivos mencionados, como lo hace el Tribunal, no solo implica un criterio dogmático a todas luces errado, **sino que también abre paso a un camino muy peligroso, esto es, a la aplicación arbitraria de la figura por parte del juzgador,** es decir, que cada juez decida subjetivamente y de acuerdo a la coyuntura política y a las presiones mediáticas y sociales de cada momento si aplica la agravante o no, lo que resulta indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de las personas y dictar penas severas que afectan bienes fundamentales como la libertad. Además, **dicho criterio interpretativo lleva prácticamente a presumir de forma abstracta que todo homicidio de una mujer perpetrado por un hombre supone por sí mismo violencia de género y, en consecuencia, la aplicación automática de la agravante,** lo cual resulta inadmisibile.

Por otro lado, tal como se ha señalado, la “*violencia de género*” que exige el tipo penal es un elemento normativo del tipo que cuenta con una ley extrapenal que define su significado y alcance (26.485). En este sentido, si bien también existe una significación social o cultural del término mucho más amplia que la acepción legal, lo cierto es que por estrictas e indiscutibles razones dogmáticas en materia de tipicidad, cuando el elemento normativo cuenta con una acepción legal esta es a la que debe recurrirse para definir su alcance y abstraer de la labor interpretativa las valoraciones sociales, culturales o antropológicas.

A su vez, adviértase que el Tribunal, a lo largo del tratamiento de la presente cuestión (art. 80 inc. 11°), ni siquiera hace una mera referencia sobre los problemas que la apertura del tipo penal puede ocasionar desde la perspectiva de los principios y garantías constitucionales (principio de legalidad/interpretación estricta/máxima taxatividad). El análisis en este sentido brilla por su ausencia.

Así las cosas, no solo incumple con el mandato constitucional que exige que las sentencias sean fundadas, sino que, además, omite por completo la existencia de otros instrumentos internacionales que gozan de la misma jerarquía y contemplan expresamente límites al poder punitivo estatal, vale decir, derechos y garantías de los ciudadanos, centralmente, de la persona que está siendo juzgada en el marco de un proceso penal, lo que, sin duda, supone un lamentable error técnico. No hay duda de que el Tribunal ha forzado el encuadramiento del caso dentro del tipo penal agravado –dado su “valor político” y conveniencia–, operación que implica, sin duda, la afectación del principio de legalidad. Los instrumentos internacionales y nacionales citados por el Tribunal jamás pueden conllevar el desconocimiento o la derogación tácita de los principios rectores que rigen en materia penal y los derechos y garantías del imputado de raigambre constitucional y convencional.

Empezando con el primero de ellos, el Tribunal confunde (o asimila) “la acción violenta de matar” o “la violencia ejercida para ocasionar la muerte dolosa de una persona” (art. 79 CP) con el elemento normativo exigido por el tipo penal del art. 80 inc. 1° CP: “violencia de género”. Al respecto, cabe destacar que el delito de homicidio (figura simple, art. 79 CP) *ya contiene, de por sí, un juicio de disvalor referido a un acto de violencia extrema contra una persona*; ya se parte de la base de que la grave escala penal prevista se vincula a la muerte violenta de otro, por lo que no tiene el menor sentido

–y hasta incluso resulta de una ilegalidad supina y de una falta de conocimientos básicos– que se utilice el propio juicio de disvalor de la figura básica del art. 79 CP para configurar una agravación (art. 80 inc. 11° CP).

En suma, dicha circunstancia referida por el Tribunal ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo de la figura básica de homicidio, es decir, forma parte de la descripción típica en su determinación básica, por lo que no puede ser considerada para aplicar el tipo cualificado, pues ya integra el disvalor del injusto que se reprocha en el art. 79 CP (principio de prohibición de doble valoración). Por tanto, el Tribunal ha realizado una doble valoración de la misma circunstancia: la acción violenta para ejecutar el homicidio o la violencia generadora del homicidio (ya contenida, valorada y castigada por el art. 79 con una escala penal severa) también es utilizada y valorada nuevamente por el Tribunal para aplicar el tipo agravado, lo que a todas luces resulta inadmisibles desde la prohibición de doble valoración.

Así las cosas, es un desacierto dogmático inadmisibles que el Tribunal entienda que la extrema violencia desplegada por el imputado al ejecutar el homicidio de lugar a sostener que ello implica, por sí, una relación asimétrica de poder, esto es, violencia de género, pues, con ese criterio, prácticamente todo homicidio de un hombre contra una mujer debería ser catalogado como violencia de género (art. 80 inc. 11° CP) ya que todo homicidio supone *per se* un acto de violencia extrema contra una persona.

Pero, además, repárese en lo absurdo que es el criterio del Tribunal al pretender distinguir los grados o niveles de violencia de cara a la diferenciación y aplicación de las estructuras típicas en juego. Así, tomando dicho criterio, en casos como el que aquí se ventila en donde no existen antecedentes de violencias previas o prehistoria de violencia (*contexto de violencia de género*, con el alcance ya explicado) y el homicidio de la mujer perpetrado por un hombre se ejecute con violencia; el juez, de forma arbitraria, debería cuantificar el nivel de violencia utilizado en ese acto único (el propio acto homicida) para decidir si corresponde aplicar la figura de homicidio simple o la figura agravada? ¿Cómo sería? ¿Cuándo estime que el nivel de violencia es alto será violencia de género (art. 80 inc. 11° CP) y cuando estime que es bajo será la violencia propia del art. 79 CP? ¿Con qué criterio?

Bajo este razonamiento, en el presente caso, de acuerdo con criterio absurdo del Tribunal, si el imputado hubiera matado a la víctima de un solo golpe y hubiera dejado su cuerpo en pleno centro no habría violencia de género y, por tanto, ¿sería homicidio simple? Como puede advertirse, no solo se trata de un criterio sumamente absurdo desde el punto de vista técnico-dogmático que no resiste análisis y que debe ser descartado sin más, sino que, también, es altanamente peligroso desde la perspectiva del principio de legalidad, pues quedaría librado a la pura arbitrariedad del juzgador la aplicación de una u otra figura típica (homicidio simple pena temporal o agravado-prisión perpetua) de acuerdo a sus “criterios subjetivos y arbitrarios de cuantificación de violencia”.

En este orden de ideas, cabe concluir que el tribunal cae en una confusión muy grosera con otros institutos previstos en el propio Código Penal. En efecto, en las constelaciones de casos que venimos analizando (en los que no se ha acreditado un contexto de violencia de género/antecedentes de violencias previas o prehistoria de violencia) **matar de un golpe o una puñalada o de diez no tiene ninguna implicancia en materia de tipicidad, es lo mismo, pues en ambos supuestos se trata de la violencia propia del homicidio simple del art. 79 CP.** Dicha circunstancia (la violencia para ejecutar el homicidio) nada tiene que ver con el elemento típico exigido por el art. 80 inc. 11° CP: “mediare violencia de género”. En suma, el nivel de violencia ejercido para ejecutar el acto homicida no tiene incidencia alguna en materia de tipicidad, es decir, de ningún modo puede ser utilizado como criterio para realizar el juicio de subsunción. Además, **se trata de una cuestión ya resuelta** normativamente por el propio Código penal argentino, al establecer pautas para la individualización de la pena en los arts. 40 y 41. **Dicho de otro modo, en el ejemplo referido, el *quantum* o el nivel de violencia ejercida para matar, no puede ser considerado como criterio delimitador o diferenciador de los tipos penales que aquí se analizan –como pretende el tribunal– sino que se trata de una circunstancia relativa al hecho que podrá ser analizada y valorado por el juez al momento de la individualización de la pena, pero siempre dentro de la escala del homicidio simple, claro está.**

A.2. RELACIÓN DESIGUAL DE PODER

A su turno, el Tribunal en su sentencia presume, a través de afirmaciones abstractas (que hace jugar en contra del imputado, claro está), la existencia de una relación desigual de poder o vínculo

de poder asimétrico (violencia de género) entre Abel y Nélida; afirmaciones que resultan abstractas y vacías de contenido ya que no encuentran sustento probatorio en el expediente. Es decir, meras conjeturas de los juzgadores.

Bajo este esquema de análisis, a lo largo de estos años han corrido ríos de tinta con la finalidad de delimitar o precisar que debe entenderse por el elemento: *“mediando violencia de género”*, es decir, se han realizado esfuerzos para lograr el cerramiento del tipo penal con el fin de sustraerlo de la irracionalidad, la arbitrariedad y la improvisación y, así, salvaguardar las garantías constitucionales comprometidas en este asunto.

En suma, la expresión “mediando violencia de género” debe ser interpretada con suma prudencia, de forma restrictiva y necesariamente desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal y los parámetros normativos que brinda el ordenamiento jurídico. En este sentido, la solución debe hallarse, necesariamente, en el art. 4° de la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales y, en concreto, en el componente esencial para determinar el significado y alcance normativo-legal de la expresión “violencia contra la mujer”: **relación desigual de poder**, el cual se encuentra definido en el Decreto 1.011/2010.

Dice el Tribunal: *“Por “relación desigual de poder”, se entiende la actitud de un hombre que se considera con derecho a disponer del tiempo, el cuerpo, la vida, la libertad, los recursos económicos y los bienes de las mujeres, como si éstas les pertenecieran. Son actos especiales de violencia de género en relación desigual de poder, aquellos actos de un hombre hacia una mujer que buscan controlar sus acciones y decisiones mediante, por ejemplo: amenaza, acoso, hostigamiento, vigilancia constante, exigencia de obediencia y sumisión, coerción verbal, celos excesivos, manipulación, etc. etc.”.*

Cabe mencionar que este párrafo ha sido empleado en varias oportunidades, por los distintos integrantes del Tribunal, más no ha sido desarrollado su contenido, hecho para nada extraño, puesto que poco o más bien nada han profundizado.

Disentimos profundamente en la intención del Tribunal en esbozar una definición sociológica de lo que es una relación desigual de poder, puesto que como ya ha sido puesto de manifiesto,

los elementos normativos, deben remitirse a la norma jurídica que los define. Tal es el caso y por ello nos remitimos a la definición que nos brinda al Decreto 1011/2010 reglamentario de la Ley 26.485, **al que no pretendemos hacerle decir lo que no dice.**

El mismo reza, **“se entiende por relación desigual de poder, la que se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en condiciones estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento goce de los derechos de estas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales”.**

Como primer punto a resaltar es que la relación desigual de poder debe existir como consecuencia de prácticas socioculturales históricas, es decir que se debe acreditar que cualquier conducta que se pretenda reprochar y para que encuadre en los alcances de la ley debe ser una derivación directa de esas prácticas. Esta primer conclusión se debe a que la proposición “por” utilizada por el legislador importa ese nexo causal directo; en consecuencia, podremos estar en presencia de relaciones desiguales de poder que no necesariamente estén alcanzadas por la norma legal citada si las mismas no son una derivación directa de esas prácticas socioculturales históricas y que se basen en la idea de inferioridad de las mujeres o superioridad del varón.

Es decir, aún existiendo una relación desigual de poder ésta no será típica si no es un concreción de un mandato sociocultural que previamente ha sido introyectado por parte del autor. El mandato de máxima taxatividad penal como derivación del principio de legalidad de raigambre constitucional y convencional exigen que de existir es relación desigual de poder la sea a partir de prácticas que se llevan a cabo por la previa introyección de mandatos sociales que se basan en la superioridad del varón o inferioridad de la mujer.

Por otro costado, veamos entonces los tipos de violencia aludidos por el Tribunal, aquellos que se encuentran en el art. 5 de la Ley 26.485, **analizando los supuestos en el caso concreto**, y que vale resaltar que el Excelentísimo Tribunal a quo no hizo:

- **Violencia física**

Art. 5. Inc. 1. Física: *“La que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física”.*

No existe un solo elemento que permita aseverar la existencia de violencia física ocasionada por Abel Vázquez a Nélida Villar y, en este sentido, nuevamente **no fue ponderado por el Tribunal** el hecho de que de **todos los testigos que se sucedieron en el debate, no existe uno solo que aseverara la existencia de ningún episodio de violencia o maltrato**, no existe prueba objetiva al respecto, no existen mensajes que den cuenta de ello, **no hay elemento probatorio alguno**, que pueda sostener semejante afirmación.

En cuanto a la violencia del hecho mismo que ocasionó la muerte, mas allá de que esta Defensa ha desarrollado *in extenso* la negativa respecto a la autoría de Abel Vázquez, nos remitimos a lo largamente expuesto en relación a los arts. 79, 40 y 41 del Código Penal y demás argumentos vertidos ante un hecho único de violencia que ocasiona la muerte.

▪ **Violencia psicológica**

Art. 5. Inc. 2. *“La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación, aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia, sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación”.*

⊗ **Los reproches que ocasionaron la ruptura de Abel con su anterior pareja.**

Nos encontramos con las declaraciones de una testigo que fue al quiosco de la familia de Nélida a recriminarle personalmente a ésta por un mensaje enviado a Abel, que tuvo como consecuencia la ruptura de este último con Patricia Lorena Montaña, la madre de su primera hija.

Dice el Tribunal a quo: *“Cuando tenía dieciocho años nació su primera hija con su anterior pareja Patricia Lorena Montaña, cuyo embarazo provocó la ruptura de esa relación, y recién luego de seis*

meses del nacimiento reconoció su paternidad...". Lo que resulta una interpretación por demás arbitraria puesto que lo que ha dicho la propia testigo Montaña en debate no se condice con esa interpretación.

Dice la señora Patricia Lorena Montaña Muñoz, madre de la primera hija de Abel Vázquez, al ser preguntada en debate si había mantenido una relación afectiva con él: *"fue una relación de idas y vueltas, no fue algo serio"*. A continuación, pregunta que sucedió luego del nacimiento de su hija y nos dice la testigo: *"a los dos meses de haber nacido Guadalupe él quiso conocerla y a los seis meses de vida de ella, él se hizo cargo"*. Y continúa el señor Fiscal preguntando si cuando se quedó embarazada Abel Vázquez mantenía una relación con otra mujer o sólo con ella, a lo que Montaña responde: *"ambos manteníamos una relación ajena"*. Prosigue preguntando si en algún momento sospechó que tenía alguna relación con Nélida Villar y contesta: *"Cuando él se hace cargo de mi hija, en un momento yo le encuentro un mensaje, porque empezamos a querer tener una relación y Nélida le había mandado un mensaje diciéndole que a ella no le importaba que el tenga una hija"*. Ante esta contestación, pregunta el Fiscal si habló con Nélida y responde: *"Sí, le dije si no le daba vergüenza por la edad que tenía... que no"*. Y esta respuesta es contundente.

Resulta claro que el verdadero motivo de la ruptura definitiva, tiene como desencadenante al mensaje de Nélida.

Es evidente que Nélida, no tenía reparos en escribirle mensajes a Abel, quien se encontraba intentando reconstruir una relación, por lo que mal podría concluirse que adoptara una actitud sumisa o fuera en modo alguno dirigida por este. Resulta absurdo y retorcido, pensar que ese resultado hubiera sido deseado por Abel.

⊗ **Las llamadas perdidas al celular de la esposa.**

Si existe un dato que descarta de plano la relación desigual de poder son las llamadas perdidas realizadas por Nélida al celular de Lucía Carrasco en horarios nocturnos. ¿O es que acaso alguien sería capaz de afirmar que una mujer cuyas acciones se encontraran controladas por un hombre en una relación desigual de poder, estaría dispuesta a llamar a la esposa de éste con lo que ello significaría? (Recordar la relación finalizada con la primera pareja de Abel a causa del mensaje de Nélida). Es evidente

que no existe aquí sumisión alguna, sino el más completo ejemplo de lo que es la **autodeterminación de una mujer que dirige su vida y sus actos, sin temor alguno.**

⊗ **La transferencia de las llamadas Nélide al teléfono de Abel.**

Especial consideración merece el hecho de que ante la falta de respuesta de Abel, en lo que ya es un **notorio intento de manipulación o llamado de atención** por parte de Nélide (lo que podrá considerar el Tribunal políticamente incorrecto puesto que sabido es que una vez fallecida una persona, prohibido es atribuirle acto alguno, pero **como mujer me tomo esa licencia** puesto que la justicia debe primar por sobre la necesidad de sostener una reputación), decide llamar a su compañía de teléfonos y modificar la transferencia de las llamadas del buzón de voz al número de Abel, por ende, el terminaba recibiendo los llamados que no eran atendidos por ella. Lo que por supuesto, genera el desconcierto y la esperada llamada de Abel hacia Nélide.

Frente al éxito en su propósito, llama nuevamente y desactiva la transferencia de llamadas. Pero he ahí, que descubrió una herramienta que le proporcionó lo que deseaba y nuevamente, vuelve a solicitar la transferencia de llamadas al celular de Abel, quién nuevamente sucumbe a llamarle a Nélide y consecuentemente, esta vuelve a retrotraer dicho pedido.

⊗ **Los límites que le imponía la familia a Nélide.**

Veremos a continuación en el fragmento de un párrafo tomado de los fundamentos del Tribunal, que toma del Informe Social elaborado por la Lic. María E. Arias del C.A.I. (ver fs. 414/415) en relación con la composición del núcleo familiar de Nélide y según los dichos de su progenitora, cuáles eran las reglas de la casa:

*“...**No salía de noche a locales bailables**, su vida era rutinaria, con un marco social reducido, que **no había tenido novio** pero que soñaba con formar una familia; **su padre era una persona muy rígida en cuanto a las relaciones que sus hijas pudieran tener con los varones** (controlaba sus salidas y sus horarios)...”*

Resulta a todas luces evidente que, si alguien limitaba a Nélide en su aspecto psicológico en los términos de la Ley 26.485, era su propia familia. Recordemos que la víctima contaba con 21 años

de edad al momento de su fallecimiento y que estas pautas, de las que a diferencia del Tribunal nos abstenemos de hacer valoraciones, eran las que controlaban su vida cotidiana.

⊗ **El proyecto de vida de Nélida.**

“Una vez completados sus estudios secundarios, la joven Nélida Villar había intentado ingresar a Gendarmería Nacional junto a su amiga y confidente -Verónica Ivana Moya- sin llegar a lograrlo, y cursaba estudios terciarios en el Instituto de Enseñanza Superior (I.E.S.). Según su progenitora, Nélida “deseaba ser alguien”, trabajaba mucho para conseguir un título universitario..”.

Difícilmente pueda inferirse un carácter sumiso, como el que pretende el Tribunal, de una mujer que pretendía formar parte de una Fuerza de Seguridad y que conforme a su propia progenitora “deseaba ser alguien” y que, además, cursaba estudios terciarios, lo que denota su ahínco.

Es evidente que Abel, no tenía injerencia en el proyecto de vida de Nélida, salvo que pretenda atribuírsele también la culpa de que la señorita Nélida no haya logrado ingresar a Gendarmería Nacional, lo que ya resultaría un absurdo total.

▪ **Violencia sexual**

Art. 5. Inc. 3. *“Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres”:*

Dice el Tribunal al respecto en sus fundamentos: *“Como corolario de esta pequeña reseña, podemos afirmar sin temor a equivocarnos -porque así surge del cuadro probatorio formado por diversos elementos de prueba- que Abel Vázquez mantenía una marcada preeminencia -física, económica y emocional- respecto de Nélida Villar, y que se valía de esa asimetría, usando a la víctima para finalidades que no la dignificaban ni como mujer, ni como ser humano. Sabido es que, la forma más frecuente de cosificación de la mujer es la cosificación sexual, se la convierte en un objeto sexual a disposición del hombre”.*

Vemos aquí, que el Tribunal, ha considerado probada la relación desigual de poder, **enumerando genéricamente** algunos de los tipos de violencia establecidos por la Ley 26.485, **claro está que no explica a través de qué elementos, puesto que no existe prueba alguna que los sustente**, para terminar diciendo que no sólo existía esa asimetría, sino también que Abel Vázquez usaba a la víctima. **Nótese que quién cosifica a Nélida es el Tribunal a través de sus propios prejuicios, “con finalidades que no la dignificaban como mujer”.**

Pues claro está, que Nélida no sólo cargó toda su vida con las limitaciones de carácter religioso impuestas por su familia conforme las declaraciones vertidas por esta última, sino que también, ahora luego de su muerte, debe **cargar con los prejuicios del Tribunal que, al parecer, no considera digno su actuar en vida.** Nótese que escapa a toda consideración del Excelentísimo Tribunal que una mujer pueda elegir tener relaciones sexuales de mutuo acuerdo **sin generar ningún tipo de vínculo** que no sea de carácter netamente sexual. ¿Se cosificaban mutuamente entonces?

En lo que resulta una **afirmación anacrónica**, se deja completamente de lado que, en el siglo que vivimos, **las personas, especialmente las mujeres, pueden autodeterminarse en cuanto a la vida sexual que desean tener** y que más allá del credo de su familia, respetable por cierto, no era el que Nélida practicaba, al menos en privado. Y esto no la convierte en un “*objeto sexual*” al decir del Tribunal ni la define en forma alguna, pero sí **aparentemente la hace merecedora de juicios de valor por parte del Tribunal quien considera que puede opinar sobre lo que Nélida debía o no hacer con su propio cuerpo, descalificando su accionar y en su intento de salvar su honor que parece consideran perdido, dicen que era Abel Vázquez quien la cosificaba, anulando por completo la voluntad de Nélida, en lo que aparentemente es una conducta que el Tribunal no acepta.**

Vimos más arriba, que los **estereotipos aquí surgen del propio Tribunal**, que castiga, en un rol que no es ya el de jueces de un sistema acusatorio-adversarial, sino del más antiguo sistema inquisitivo, la **vida sexual activa de una mujer.**

⊗ **Las llamadas de Villar para generar los encuentros.**

Interesantes por demás, resultan los alegatos del señor representante de la Querella a través de sus numerosas e insistentes “*inferencias lógicas y forzosas a través de silogismos lógicos*

formales” (léase, ante la falta de prueba, bueno es el argumento disfrazado de silogismo aristotélico), que fueron valorados tan positivamente por el Tribunal, con el pequeño detalle que intentando probar el número de las comunicaciones, termina probando que **quién generaba las comunicaciones que daban como resultado los encuentros de carácter sexual era la propia Nélide.**

Surge del análisis de las comunicaciones que Nélide llamo a Abel en 191 oportunidades con uno de sus números telefónicos, 154 con su otro número telefónico, es decir, generando un total de **345 llamadas** y que Abel la llamó tan sólo en 197 oportunidades.

Y es que es contundente el *modus operandi* en el que Nélide llama a Abel, haciendo 1 llamada perdida (recordemos que **la familia de Nélide contralaba los horarios de ésta**, por lo que es razonable suponer que lo hacía cuando se encontraba fuera del yugo de ésta), y que, con posterioridad, el devuelve esos llamados consensuando los encuentros. Y esta modalidad no es una postura aislada de esta Defensa, fue sostenido por el señor representante del Ministerio Público Fiscal y el señor representante de la Querella.

En este sentido, cabe mencionar que ambas *vendictas* señalan la existencia de “picos de llamadas”, pero lo que convenientemente no mencionan, y **no fue ponderado por el Tribunal**, es que los mismos se producían cuando, siempre siguiendo el comportamiento a través de la Sábana de Llamadas (prueba objetiva), **Abel no devolvía sus llamados** o no respondía a las pretensiones de Nélide.

En definitiva, de modo alguno se puede colegir que los encuentros eran impuestos o exigidos por Abel; tampoco se puede decir respecto a Nélide. Lo cierto, es que los encuentros sexuales NO eran productos de hostigamientos, exigencias, imposiciones, roles impuestos, o nada que se pueda vincular a lo contrario a la voluntad y libertad de ambos.

En honor a la brevedad y para no ser repetitivos, nos remitimos a lo expuesto *ut supra* sobre las llamadas en el acápite de “violencia psicológica”.

- **Violencia económica y patrimonial**

Art. 5. Inc. 4. *La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de:*

a) *La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes.*

- b) *La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales.*
- c) *La limitación de recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna.*
- d) *La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.*

⊗ **Imposibilidad de aplicación fáctica y jurídica de la norma.**

En forma previa al análisis del supuesto y a los fines de ser aún más ilustrativos de los prejuicios del Tribunal a quo que venimos atacando acabadamente, transcribimos un párrafo cuyos argumentos vemos reflejados continuamente, aun tácitamente, en los fundamentos de la sentencia.

*“Por su parte, los ingresos de Abel Vásquez provenían de la actividad que realizaba junto a su padre en el establecimiento familiar dedicado a la curtiembre y a la adquisición y faenamiento de ganado caprino, cuya producción, comercializaban en el mercado interno y externo, y **les otorgaba buen pasar y bienestar económico**, situándolos en una **posición social elevada de la sociedad malargüina**, con contactos políticos -como ellos admitieron-, con la cúpula de fuerzas de seguridad como Gendarmería Nacional, etc. (por ejemplo el padre de Abel Vásquez refirió que asiduamente compartía reuniones, nombrando entre otros al Comandante Gustavo Sterli, en ese entonces Jefe del Escuadrón Malargüe, y actualmente uno de los máximos jefes a nivel nacional de esa prestigiosa fuerza); ese establecimiento, “Barraca Don Lucho” (según Preventivo de fs. 102 y vta.), de la familia Vázquez Correa, se emplazaba en calle Juan Agustín Maza Nº 2.530, y **era pujante a la fecha del hecho, gozaba de reconocimiento y prestigio forjado fundamentalmente por el Sr. Manuel Alberto Vásquez**”.*

En lo que parece una nueva incursión en el “Derecho Penal del Enemigo” de Jakobs, eso sí, acomodado a las necesidades de esta época y de éste caso, nos encontramos con que aparentemente y según la importancia dada por el Tribunal A quo a la situación económica de Abel Vásquez, el hecho de que su familia, ya no él, sino su familia, tuvieran una buena posición económica o en palabras de los señores jueces una “*posición social elevada de la sociedad malargüina*”, dichos por demás prejuiciosos y

discriminatorios que rechazamos en todos sus términos, es tomado como un elemento probatorio en contra de la inocencia del imputado. Insólito por donde se lo mire.

Parece necesario recordar en este sentido, el art. 16 in fine de la Constitución Nacional, que establece que *“todos sus habitantes son iguales ante la ley”*.

Tomamos prestadas las palabras de destacada doctrina: ***“Se debe evitar que los juicios de este tipo se edifiquen sobre prejuicios o antojadizos marcos de valoración basados en preferencias personales, o particulares esquemas deontológicos del intérprete, para ponderar o descalificar fines o motivaciones. Pero obviamente los jueces pueden ser todo lo objetivos que quieran, pero lo que nunca podrán hacer es ver los asuntos con otros ojos que no sean los suyos ni dejar de analizar los casos siendo quienes son, con su propia y particular formación, ideología e historia de vida. Es deseable entonces que estos esquemas de valoración se expliciten debidamente en el fallo. Más peligroso que un prejuicio es un prejuicio oculto, pues éste difícilmente tenga corrección, ni por parte de quien lo padece ni por el tribunal revisor”***. (FLEMING, Abel – VIÑALS, Pablo López, “Las Penas”, Rubinzal – Culzoni Editores, año 2009, pág. 386).

Ahora sí, entramos al análisis de la más inaudita de todas las acusaciones, es la existencia de “preeminencia económica”, puesto que no queda claro si se refiere a la violencia económica y patrimonial que es el *nomen iuris* que la norma utiliza y se corresponde a lo regulado por la Ley 26.485 Art. 5 Inc. 4 o si lo considera un “factor” que el Decreto reglamentario de la misma no nombra al definir la relación desigual de poder. Cualquiera sea el caso, no tenemos más remedio que entender que el Tribunal no se encuentra familiarizado con el artículo arriba transcripto, puesto que del análisis de cada uno de los incisos se desprende que no sería posible que Abel, que **NO mantiene una relación de pareja con Nélida, que NO convive con ella, que NO dependen de la misma fuente de ingresos, que NO es empleador de ella, que tiene encuentros furtivos y ocultos por lo que NO comparte su vida cotidiana, que NO tiene conocimiento acerca de los bienes o el patrimonio de Nélida o de sus movimientos financieros** puesto que esta según declaraciones de sus allegados, **tiene su propio trabajo, que Nélida vivía en la casa de su núcleo familiar primario**, no se entiende de qué manera ha arribado el Tribunal al

punto tal de repetir en numerosas ocasiones dicha frase, que existe o podría haber existido preeminencia económica.

Ahora bien, si se refieren al Informe Social elaborado por la Lic. María E. Arias del C.A.I. (ver fs. 414/415), claro está que, así como no puede criminalizarse la pobreza, tampoco puede hacérselo respecto de la bonanza económica. Es decir que, salvo que el Tribunal haya elaborado de facto un nuevo tipo penal, no resiste análisis alguno la condición económica de una y otro sujeto, puesto que nada tiene que ver aquí. No queremos llegar al extremo de pensar que el Tribunal está condenando por una pretendida preeminencia a Abel Vázquez por encontrarse en una mejor posición económica, lo que nuevamente, no resiste análisis.

CONSIDERACIONES RESPECTO A LA RELACIÓN DESIGUALDAD DE PODER

En esta línea de razonamiento, debe concluirse que no todo homicidio de una mujer perpetrado por un hombre supone por sí mismo violencia de género y, por tanto, el delito recogido en el art. 80, inc. 11° CP (femicidio), sino que **debe acreditarse que en el caso concreto existió efectivamente un contexto real y determinado que demuestre, con certeza y a través de elementos objetivos, una relación desigual de poder**, pues justamente este componente implica el mayor contenido de injusto y, por tanto, el fundamento de la mayor penalidad (prisión perpetua y no la pena temporal del art. 79 CP). A cuento de lo referido, queda claro que en todo este asunto la clave está dada en el *contexto de violencia de género* o **contexto de relación desigual de poder**, pues la comprobación o acreditación del mismo será determinante para verificar la procedencia, o no, de la agravante. La existencia de un “contexto” se infiere a partir del propio texto legal cuando dice “mediando” y de otros parámetros hermenéuticos introducidos por la propia Ley 26.791, como veremos a continuación.

En la misma línea se pronuncia Buompadre al afirmar con agudeza que: *“El fundamento de la mayor penalidad debemos buscarlo en la condición del sujeto pasivo y en las circunstancias especiales de su comisión: **violencia ejercida en un contexto de género**. De aquí que el asesinato de cualquier mujer, en cualquier circunstancia, no implica siempre y en todo caso femicidio, sino solo aquella muerte provocada en un ámbito situacional específico, que ***es aquel en el que existe una situación de sometimiento y subordinación de la mujer hacia el varón, basada en una relación desigual de poder.***”*

Solo desde esta perspectiva, merced a este componente adicional que acompaña a la conducta típica (plus del tipo de injusto: la relación desigual de poder) se puede justificar la agravación de la pena cuando el autor del homicidio es un hombre y la víctima una mujer.”

“De otro modo, se estaría concediendo mayor valor a la vida de una mujer que a la de un hombre, en iguales circunstancias, lo cual pondría de manifiesto un difícil e insalvable conflicto de constitucionalidad” (BUOMPADRE Jorge E., *Violencia de género...*, op. cit., pp. 154/157. El destacado nos pertenece. En el mismo sentido LARRANDART, Lucila E., op. cit., p. 141).

Por su parte, Larrandart expresa que *“violencia de género es violencia contra la mujer, pero no toda violencia contra la mujer es violencia de género, ya que esta última exige un **poder que genere sumisión, desvalorización, daño, sufrimiento, imposición de una voluntad, dominación y sometimiento, a través de amenazas, humillaciones o vejaciones**”* (LARRANDART, Lucila E., op. cit., p. 149. El destacado nos pertenece).

A modo de conclusión, nos encontramos en un ámbito en el que prima la *legalidad estricta* y, específicamente, el *criterio de máxima taxatividad interpretativa*, por lo que cualquier interpretación expansiva resulta prohibida. En consecuencia, la ausencia de dicho elemento objetivo ya resulta suficiente para decretar la inaplicabilidad del art. 80 inc. 11° CP. No obstante, en el apartado siguiente, analizaremos el resto de los fundamentos esgrimidos por el Tribunal en su sentencia.

Así las cosas, al entender que la asimetría de poder (o relación desigual de poder) puede circunscribirse a una única ocasión o circunstancia en la que se manifiesta la violencia de género (homicidio que se produce de manera “aislada”, es decir, sin un contexto, sin siquiera un indicio de algún tipo de violencia previa al homicidio), **lo que hizo fue vaciar de contenido al elemento objetivo del tipo exigido por la figura cualificada (“mediare violencia de genero/contexto de violencia de género”) y, para su aplicación forzada, no le quedó otro remedio que conformarse con llenar aquel elemento normativo con la acción violenta propia del tipo básico de homicidio del art. 79 CP,** pues era la única circunstancia fáctica a la que podía echar mano, lo que, como veremos, resulta dogmáticamente un error garrafal.

Bajo este derrotero, cabe reiterar hasta el cansancio que **el hecho de que vivamos bajo una estructura socio-cultural fundada sobre las bases de dominio patriarcal, no puede derivar en que**

en el marco de un proceso penal se presume en términos abstractos que toda agresión de un hombre contra una mujer supone, necesariamente, un contexto de violencia de género, es decir, que todo hombre que mata a una mujer lo hace bajo un contexto de violencia de género en el marco de una relación desigual de poder, pues ello implicaría una clara violación del principio de culpabilidad por el hecho y de igualdad ante la ley, ambos de raigambre constitucional.

A.3. MOTIVO: DEVELACIÓN DE LA RELACIÓN O EMBARAZO

En primer lugar, el Tribunal a quo hace mención a los motivos que habrían llevado a Vázquez a quitarle la vida a Villar (especulación que ya hemos rechazado), cuando en realidad debería haber mencionado otro concepto dado que en el acápite de los delitos contra la vida (artículo 80° para mayor precisión) es uno de los pocos injustos que se fundan en motivos, móviles, modos, vínculos, medios, conexidad, condición de la víctima o autor. Esta falta de precisión de concepto y lenguaje jurídico que ha contaminado en forma permanente a los fundamentos de la sentencia, ahora en crisis, no hace más que desnudar los prejuicios, preconceptos y suposiciones vacuas de contenido lógico jurídico con los que el Tribunal a quo analizó el plexo probatorio y resolvió la situación procesal de nuestro ahijado procesal. El Tribunal a quo barruntó a partir de esos prejuicios y necesariamente arribó a una conclusión errada y carente de lógica jurídica.

Con estas aclaraciones previas es que analizaremos críticamente los “móviles” que el Tribunal a quo tuvo en cuenta para determinar la responsabilidad penal de nuestro ahijado; veamos:

Dice el Tribunal: “**3)** La motivación que lo llevó a delinquir, es decir, un riesgo inminente de una crisis familiar ante la imposibilidad de contener emocional y/o sentimentalmente a la mujer con quien desde hacía varios años mantenía una oculta relación de pareja, que pudo haber estado dispuesta a confesarle tal situación a Lucía Carrasco, o que le había manifestado creer que estaba embarazada - pues sus hermanas coincidieron en señalar que la habían visto mirarse el abdomen en el espejo-, y aunque los estudios médicos descartaron tal posibilidad, ella pudo haberlo creído, y en su caso, habérselo manifestado a Vázquez, decidiendo éste darle muerte; en vez de asumir responsablemente tal situación, generada como consecuencia de sus propios actos.”

Por otro lado, como se verá, echan mano a un escenario fáctico que no cuenta con sustento probatorio en el expediente, vale decir, a través de un análisis meramente conjetural y mendaz, refieren a que el imputado habría matado a la víctima con motivo de su supuesto embarazo.

El propio Tribunal asume que Nélide **PUDO haber estado dispuesta, PUDO haberlo creído, PUDO habérselo manifestado a Vázquez.** Todas y cada una de ellas son meras conjeturas falaces e imaginarias, que no encuentran sustento en **ninguna prueba objetiva,** más aun siendo este hecho **descartado por evidencia científica,** lo que el propio Tribunal expone y, a pesar de ello, persiste en **incluir el embarazo inexistente como móvil.** ¿Serán tan débiles los fundamentos que acude a la **necesidad de ampliar el abanico de opciones para sostener el castillo de naipes que la prueba derrumbó?**

Por otro lado, la otra especulación es que el supuesto motivo habría sido la posible develación de las relaciones sexuales ocultas por parte de Villar. Aquí nuevamente el Tribunal a quo recurre a una especulación que no tiene ni un solo soporte probatorio ni en testimonios, mensajes de textos, ni de ningún otro tipo. Es más, el Tribunal a quo recurre a especulaciones que no se condicen siquiera con el comportamiento previo de Nélide, dado que ya había demostrado que si quería revelar las relaciones sexuales lo hacía sin temor y aviso previo alguno, vale decir, lo hubiera hecho tal como lo hizo con la testigo Montaña, ex pareja de Abel Vázquez, que tuvo como consecuencia la ruptura de entre los últimos dos.

Es decir, no asume con certeza que ese escenario sucedió por esa razón o motivo, sino que refiere como una mera posibilidad. Resulta evidente que el Tribunal, en su fallo, ha incurrido en una clara y notable contradicción, por lo cual se trata de un elemento que no debería haber sido ponderado o valorado por el Tribunal como elemento de cargo en contra del imputado. En consecuencia, debió ser descartado, sin más. Dicho de otro modo, se trata de un hecho tenido por probado que, en rigor de verdad, constituye una afirmación contraria a la verdad.

Es que, precisamente, no solo que tal extremo fáctico no fue probado, sino que, además, del expediente surge claramente que ello no fue así.

La perspectiva mencionada no puede implicar una tergiversación de los principios y reglas esenciales que rigen e informan un Derecho penal y un proceso penal de un Estado de Derecho, vale decir, **no puede utilizarse para presumir la culpabilidad del imputado –varón- en hechos que tienen como víctimas a mujeres, analizando de manera arbitraria e irresponsable los componentes típicos de las figuras penales y valorando de forma parcial y arbitraria** la pruebas colectadas en el expediente; ni tampoco puede acudirse a dicha perspectiva –bajo el *slogan* de “amplia libertad probatoria”– para **tergiversar o suponer de forma abstracta y conjetural circunstancias fácticas que no han tenido lugar (o que no han sido probadas) en el caso concreto.**

En suma, la perspectiva de género jamás puede suponer la existencia y aplicación de un “estándar probatorio paralelo” caracterizado por la flexibilización de los criterios de valoración de la prueba y la disminución de exigencias legales para el dictado de una sentencia condenatoria, en casos en donde el acusado es un hombre y la víctima es una mujer. **Que la perspectiva de género constituya una herramienta importante en el sistema de justicia, no implica, bajo ningún punto de vista, que pueda prescindirse de las reglas debido proceso legal. Hacerlo, supondría estar ante un Derecho penal del enemigo con rasgos autoritarios, lo que resulta inadmisibles en un Estado Democrático de Derecho.** De la lectura de la sentencia, y por todo lo expuesto hasta aquí, cabe concluir que el Tribunal ha aplicado la *perspectiva de género* en la forma mencionada, lo que, de suyo, no puede ser aceptado.

*“¿Acaso puede interpretarse que los operadores judiciales, incluidos, por supuesto, los jueces, deberían alejarse de la ecuanimidad en beneficio del género femenino? Los conceptos que se utilizan como herramientas jurídicas, siempre que contengan ambigüedad y confusión, redundan en abstracciones al servicio de los magistrados. Esto no solo genera inseguridad jurídica, sino también posibles decisiones injustas... No debemos conformarnos con que jueces y juristas empleen el término, si luego las decisiones no se manifiestan conformes a derecho”. **Concluyen las autoras afirmando que: “las expresiones “género” y “perspectiva de género”, si bien pueden resultar políticamente necesarias y convenientes coyunturalmente, entre otras razones para cumplir con acuerdos internacionales, no son jurídicamente adecuadas a los marcos normativos existentes”** (FELLINI, Zulita- MORALES DEGANUT, Carolina, *Violencia contra las mujeres*, 2° ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2019, pp. 54 y ss.).*

Al respecto, en el fallo ya citado de la Séptima Cámara del Crimen de Mendoza se dijo con agudeza que: *“Ese marco específico exige no pensar a la violencia contra la mujer en términos abstractos, sino concretos. No podemos en este terreno -el penal-, a partir de la idea de una sociedad que alberga prácticas u opiniones socio-culturales misóginas o desvalorativas del género femenino, presuponer que el sujeto en cuestión reprodujo las mismas, o que todo acto típico del hombre contra la mujer responde a esos patrones culturales censurables. El reto que impone el proceso penal, entonces, por imperativos del principio de culpabilidad y de igualdad ante la ley, es disuadir la abstracción del concepto e individualizarlo certeramente”*.

Además, sostuvo con notable claridad que: *“...la aplicación de esta agravante del homicidio contemplada en el inc. 11 del art. 80 del C.P., depende de la confirmación más allá de toda duda razonable, de los siguientes presupuestos: a) que el autor sea un hombre; b) que la víctima sea una mujer; c) que **medie entre ambos una relación desigual de poder, basada en la idea de inferioridad de la mujer y de superioridad del hombre** (componente necesario del concepto de “violencia contra la mujer”). **Todos estos presupuestos fácticos, claro está, deben acreditarse en concreto en el caso y no presuponerse de la sola existencia del binomio hombre-mujer y de la realización por parte del primero de una acción homicida contra la segunda**”* (el subrayado nos pertenece).

Acudir a una interpretación restrictiva bajo el criterio de *máxima taxatividad* a la luz del principio *pro homine*, basada en parámetros estrictamente normativos y al margen de las significaciones o acepciones sociales, culturales o antropológicas de la expresión “violencia de género”, es la única solución posible en el marco de un proceso penal para evitar la vulneración del principio de legalidad, culpabilidad e igualdad. Es que dicha interpretación –que como se ha visto encuentra sustento tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que se ha ocupado del tema– permite acordar a la expresión legal un alcance preciso y más limitado que el propuesto por el Tribunal. En suma, del abanico de interpretaciones posibles, la desarrollada por esta defensa es sin dudas la que más limita el poder punitivo estatal, más favorece a la libertad de la persona y la que se muestra más respetuosa de las garantías esenciales de un Estado de Derecho, recogidas en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales. Más aun teniendo en cuenta que estamos ante un agravante que prevé la mayor penalidad posible del

ordenamiento penal argentino: prisión perpetua, lo cual requiere un análisis prudente, restrictivo y acorde a las garantías del imputado en su aplicación.

Por el contrario, con todo el respeto que nos merece el Tribunal, no podemos soslayar que la postura sostenida por dicho Tribunal –escasamente fundada y con lamentables errores de gran calado desde el punto de vista constitucional, técnico y dogmático – no es más que la expresión del denominado *populismo punitivo* con claras connotaciones demagógicas (si se nos permite y con todo respeto, una suerte de “punitivismo disfrazado de progresismo” o un “neopunitivismo de izquierda”). En efecto, la posición forzada y arbitraria plasmada en la sentencia no es casual. De la lectura de la misma queda al descubierto que no responde a parámetros y métodos técnicos-jurídicos, sino más bien a la necesidad de satisfacer las pretensiones punitivas de los medios de comunicación y de determinados colectivos sociales que, en la actualidad, cuentan con una inimaginable capacidad de presión y desestabilización. Todo ello en perjuicio del “enemigo de turno”, claro está.

Así, la situación del fallo es clara: la Constitución Nacional, los principios y reglas procesales, los estándares de prueba y los criterios dogmáticos son papel mojado, pues lo único que importa es evitar la exposición y el escrache social y público, quedar bien en términos políticos, recibir el aplauso de los medios de comunicación y de los grupos de presión y reivindicar sus demandas punitivas, aun a costa de vulnerar de forma ilegítima y flagrante los derechos y garantías del imputado. En suma, la aplicación de un tipo penal en forma ilegítima y arbitraria, es decir, que no corresponde –con la consecuencia gravísima que ello implica (condena a prisión perpetua)– en aras de alcanzar aquellos fines, **supone una instrumentalización deshumanizante del imputado, inadmisibles en un Estado Democrático de Derecho.**

Lleva razón Larrandart al afirmar que “...**muchas veces los jueces se quejan de la presión a la que están sometidos cuando juzgan este tipo de hechos, pareciendo que una sentencia absolutoria los sitúa al lado de los agresores y que no atienden adecuadamente a las víctimas.** Por eso, hay determinados principios básicos en derecho penal que peligran cuando se trata de la violencia de género, como, por ejemplo, el principio *in dubio pro reo*, a tenor del cual, en el momento de la valoración de las pruebas, cuando el juez tenga dudas sobre el valor probatorio de los medios de prueba presentados por la acusación, debería absolver. Pareciera ser que la sociedad estuviera pidiendo a los jueces que, si se les

presentan dudas en un supuesto de violencia de género, sería preferible que se inclinara la balanza hacia la condena” (LARRANDART, Lucila E., op. cit., p. 155). En lo que aquí respecta, hacia la condena perpetua por femicidio, en vez de aplicar la pena temporal del art. 79 CP.

En conclusión, los tipos penales abiertos, como el que aquí se ha analizado, ponen a los jueces ante la tarea de descifrar términos ambiguos y vagos que pueden abarcar cualquier variedad de situaciones, dejándolos solos entre la incertidumbre y las demandas punitivas de los medios de comunicación y de determinados grupos sociales. El resultado lo suele pagar el imputado, aunque en ocasiones lo paga también el juez. Del análisis del fallo del Tribunal queda en evidencia que aquí el resultado ha sido pagado en su totalidad por el imputado. Se trata de una situación verdaderamente indeseable en un Estado de Derecho, que sería muy conveniente corregir por medio de una seria sentencia casatoria.

V. CAPACITACIÓN SOBRE LA LEY 26.485 Y SU DECRETO REGLAMENTARIO RESPECTO AL TRIBUNAL A QUO

Finalmente, como corolario de todo agravio, esta Defensa viene a solicitar al Tribunal *A quem*, que atento al notorio desconocimiento por parte de los integrantes del Tribunal *A quo* en materia de violencia de género, disponga las medidas que considere convenientes a fin de que los mismos reciban una formación que permita una verdadera aplicación de la perspectiva de género, no a modo de repetición de frases vacías de contenido como puede leerse en los fundamentos, sino también, en la audiencias. En este sentido, hacemos referencia especialmente a la Ley Micaela.

Nos referimos en concreto, a la situación que se dio durante los alegatos finales, en los que se advierte a las claras que el señor representante de la Querella leyó prácticamente en su totalidad un memorial desde su computadora, lo que no fue advertido o no genero ningún tipo de reproche por parte del Tribunal a quo, mientras que la Defensora del señor Abel Vázquez fue reprendida, ante la creencia que estaba leyendo sus alegatos, lo que la magistrada a cargo de la Defensa Oficial aclaró que no estaba haciendo, y quedo evidenciado puesto que pudo oralizar sus argumentos de principio a fin sin realizar ningún tipo de lectura. Es decir, era un prejuicio del Tribunal a quo.

Ponemos de manifiesto esta situación por resultar la misma discriminatoria, no sólo desde el punto de vista de la igualdad de armas por la cual debe velar cualquier Tribunal, sino del hecho mismo de que la única reprendida es nada más y nada menos que una mujer. Puesto que no se entiende por qué el Tribunal no se siente agraviado por la conducta cierta y comprobada del señor representante de la Querella, pero sí por la conducta de la Defensora, que no fue más que una conjetura descartada de plano en los hechos.

Más aún, teniendo en cuenta que el Tribunal, cuyos integrantes vale aclarar son todos hombres, se jacta de esbozar definiciones sobre las conductas de tipo patriarcal, es cuanto menos esperable que se aparte de las mismas en su propio accionar. En honor a la brevedad, transcribiremos a continuación un párrafo de los fundamentos que refiere a los alegatos de la Defensora que encierran a la perfección lo antedicho:

*“Otro argumento en el que se basó el alegato defensivo, fue el relativo al video de la cubierta sanitaria; específicamente la Defensa, a través de **un Power Point con comparaciones que a título personal realizó en forma “casera”** -que obviamente, tampoco es prueba-”.*

Una afirmación descalificante e innecesaria como la transcrita, deja a las claras que estas palabras de “*machismo anacrónico*” que repitió el Tribunal una y otra vez, son el reflejo de su propia conducta, puesto que nuevamente, la presentación en formato digital llevada a cabo por el Señor Fiscal (hombre), más aún con la conocida diferencia de recursos con las que cuentan Fiscales y Defensa Oficial, es bien recibida, mientras que la presentación, quizás simple sí, pero que probablemente responde a los recursos y el tiempo con el que contaba la Dra. Hidalgo (mujer) merece el desprecio del Tribunal. Sin analizar, luego, de modo adecuado la valiosa información que ese “casero” recurso aportó.

Tal cual lo ha expresado el Juez Gabriel Cavallo en distintos pronunciamientos (Así en el caso *Iorio*, causa Nº 2.288/00 del registro de la Secretaría Nº 9 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nº 5, resolución del 28/04/2000 entre otros), ha dicho respecto de quien resultara autor de expresiones discriminatorias, que las mismas denotan una personalidad arbitraria e intolerante: un producto derivado de un muy profundamente arraigado prejuicio propio de aquellas posturas que ante la incapacidad de su propia superación prefieren culpar aquello que le es extraño. Esto refuerza la idea según

la cual, en el fondo, quien discrimina es un ser que se siente inferior, que se desprecia a sí mismo y trata de grandificarse proyectando en los otros sus miedos y frustraciones.

Por los argumentos vertidos, es que venimos a solicitar al Tribunal *A quem* la implementación, a través de los órganos o funcionarios que correspondan, herramientas que permitan la desaparición de este tipo de prácticas discriminatorias hacia la mujer, que no sólo son importantes por el respeto que toda persona merece, sino porque son la raíz de las mismas ideas que luego vuelcan en fallos tan desafortunados como el aquí impugnado.

b.- RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

I.- OBJETO

Que venimos a interponer planteo de inconstitucionalidad contra la **sentencia 1597 y sus fundamentos**, dictada por el Tribunal Penal Colegiado N°1 de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza, por la cual se condena a **ABEL ARNALDO VAZQUEZ CORREA** ya filiado, a la pena de **PRISIÓN PERPETUA** con más las costas, como autor penalmente responsable del delito de **AUTOR DE HOMICIDIO AGRAVADO POR EL VÍNCULO Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO** que se le atribuye en los autos n° P2-75.479/13 previsto y penado por el art. 80 inc. 1 y 11 del Código Penal.

II. PROCEDENCIA FORMAL

Que conforme a lo dispuesto en el art. 489 del CPP Mza debe dársele curso al presente recurso, atento que el mismo procede contra sentencias definitivas o autos mencionados en el art. 475 CPP Mza, en los supuestos en los que se cuestione la constitucionalidad de una ley, decreto, reglamento o resolución sobre materia regida por la Constitución de la Provincia, y la sentencia o el auto fuere contrario a las pretensiones del recurrente.

III. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENA DE PRISIÓN PERPETUA (ARTS. 5, 6 Y 80 INC. 1 Y 11 CP)

Que, en virtud de los argumentos que se exponen a continuación, venimos a interponer recurso de inconstitucionalidad en contra de la pena de prisión perpetua conforme a los arts. 5, 6, 80 inc. 1 y 80 inc. 11.

Es menester traer a colación el desarrollo de un destacado doctrinario en relación con la reclusión y prisión perpetuas: *“Son las penas más severas que prevé el Código Penal. Como la propia denominación lo indica, **no hay límite temporal**. Aunque la legislación tiene prevista, de todas maneras, esas sanciones son inconstitucionales porque contrarían la finalidad de resocialización y el principio de proporcionalidad, que tiene ínsita la idea de medida, de medida; tal el origen de la palabra en latín” ... “Desde otra órbita FERRAJOLI manifiesta que hay dos tipos de pena que parecen por su naturaleza contrarias al **principio de proporcionalidad**: la cadena perpetua y las penas pecuniarias. Ambas se sustraen al principio igualitario de proporcionalidad porque la cadena perpetua tiene una duración más larga para los condenados jóvenes que para los viejos...”* (TERRAGNI, Marco Antonio, “Proporcionalidad de la Pena”, Rubinzal – Culzoni Editores, año 2017).

En este sentido, cabe destacar que ABEL ARNALDO VAZQUEZ CORREA cuenta con tan sólo 32 años de edad, por lo que la pena resulta írrita a los principios de proporcionalidad y el principio de progresividad de la pena.

*“Las penas que privan perpetuamente de la libertad no sólo tiene los defectos que he señalado, son los ejemplos más acabados de los **castigos crueles rechazados por el artículo 18 de la C.N.** Ello porque son peores que la pena de muerte”.* (TERRAGNI, Marco Antonio, “Proporcionalidad de la Pena”, Rubinzal – Culzoni Editores, año 2017).

*“Conciernen a este tema de las penas fijas, y especialmente la reclusión o prisión perpetuas, las siguientes frases de ZIFFER: No respetan el principio de proporcionalidad porque “afectan a la persona en su totalidad: cualquier motivo o descargo que el autor pueda invocar es declarado de antemano como irrelevante”. “Las particularidades que pueda presentar el autor en nada interesan; **no se admite que pueda invocar motivos atenuantes, pues aun cuando existan no pueden influir en ninguna forma**”. “Se trata de delitos en los que la infracción a la norma tiene un peso tal que cualquier motivo individual debe ser dejado de lado”.* (TERRAGNI, Marco Antonio, “Proporcionalidad de la Pena”, Rubinzal – Culzoni Editores, año 2017).

La CSJN admitió la posibilidad de apartarse de límites impuestos por la ley cuando ellos resultaren manifiestamente desproporcionados respecto de la afectación del bien jurídico relevada en

la construcción de los tipos penales (CSJN, 6-6-89, “Martínez”, Fallos 312:826) (TERRAGNI, Marco Antonio, “Proporcionalidad de la Pena”, Rubinzal – Culzoni Editores, año 2017).

*“Hace más de un siglo que CARRARA enseñó que la pena no debe ser excesiva, y lo explicaba así: “es decir, no debe superar la proporción con el mal causado por el delito; **todo castigo que se le irroque al culpable más allá del principio de la pena**, que es sancionar el precepto proporcionalmente con su importancia jurídica, y más allá de la necesidad de la defensa **es una crueldad ilegítima**” (Corte Suprema De Justicia De La Nación, “Máximos Precedentes”, DIVITO, Mauro A – VISMARA, Santiago, Tomo I, La Ley).*

*“Nosotros entendemos que existe un derecho a ser penado de manera proporcional hasta un límite temporal **que no debe, en ningún caso, anunciarse como coincidente con el de la vida del condenado**. La sanción que surge de la sentencia **debe ser siempre, aun cuando de larga extensión, determinada**, y el estímulo del régimen progresivo debe obrar sobre la base de la obtención de beneficios respecto de ese límite claramente marcado de antemano”. (FLEMING, Abel – LÓPEZ VIÑALS, Pablo, “Las Penas”, Rubinzal – Culzoni Editores, año 2009, pág. 496).*

“El anuncio del encierro definitivo en el fallo que define la responsabilidad no sólo resulta inhumano y cruel, sino que debe mirarse como contraproducente en términos de motivación para una futura reinserción debido a sus connotaciones simbólicamente lapidarias, que operan negativamente, más allá de la lejanísima expectativa de flexibilización que ofrece el sistema cuando se cubren períodos de la sentencia equivalentes a los de una vida”. (FLEMING, Abel – LÓPEZ VIÑALS, Pablo, “Las Penas”, Rubinzal – Culzoni Editores, año 2009, pág. 496).

*“El sistema penal no puede apostar a la rehabilitación empezando por la formulación de un reproche descalificatorio de un contenido tan terminante como el que implica la cadena perpetua, aun cuando guarde en la manga un menú de ofrecimientos destinados a interesar al penado en su reinserción. Hay aquí un argumento que a pesar de que no pueda ser visto como decisivo desde el punto de vista constitucional, lo es desde el ángulo de la lógica desde la que **se edifica un sistema penal que se autodefine como esencialmente orientado a la prevención especial en la fase de ejecución de aplicación de la sanción**”. (FLEMING, Abel – LÓPEZ VIÑALS, Pablo, “Las Penas”, Rubinzal – Culzoni Editores, año 2009, pág. 497).*

*“Por otro lado, creemos que no existe concesión alguna que formular a los supuestos de conminación absoluta o rígida de la pena perpetua, porque aquí el **abandono del plan rehabilitador** y la naturaleza eliminatoria de la sanción, **aparecen claramente enfrentados a mandatos de orden constitucional asociados al respeto de la dignidad humana**. De allí que postulemos que no son válidas las disposiciones como la contenida en el art. 14 CP que, al impedir la libertad condicional en determinados casos, introduce importantes obstáculos a la flexibilización del encierro vitalicio”. (FLEMING, Abel – LÓPEZ VIÑALS, Pablo, “Las Penas”, Rubinzal – Culzoni Editores, año 2009, pág. 497).*

En un análisis integral del fallo de la CSJN “M.D.E. y otro”, *“la doctrina ha entendido que parecería inferirse que la Corte Suprema “admitiría una pena de encierro a **perpetuidad solamente bajo circunstancias muy particulares y siempre que no se tratara de una sanción efectivamente perpetua**, pues ésta – sin necesidad de examinar en toda su dimensión los problemas jurídicos que genera – resulta imposible de conciliar con la finalidad resocializadora que el ordenamiento jurídico ha asignado a la pena”. **En suma, si se admite que las penas perpetuas no son inconciliables con la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ella, es precisamente porque la perpetuidad no es absoluta** por resultar admisible la libertad condicional”. (FLEMING, Abel – LÓPEZ VIÑALS, Pablo, “Las Penas”, Rubinzal – Culzoni Editores, año 2009, pág. 502).*

En virtud de los fundamentos vertidos, es que venimos a solicitar a este Excelentísimo Tribunal haga lugar al planteo de inconstitucionalidad incoado.

IV. PETITORIO

Por lo expuesto a V.E. solicitamos:

- 1) Tenga por presentado en tiempo y forma los recursos de casación e inconstitucionalidad.
- 2) Se acepte formalmente el recurso y se dé el trámite de ley.
- 3) Se tenga presente la reserva de caso Federal.

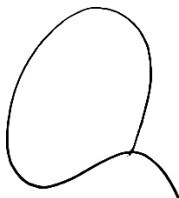
Al Tribunal A quem solicitamos:

- 1) Admita formalmente los presentes recursos


- 2) Al momento de resolver case la sentencia atacada y dicte la absolución de nuestro ahijado procesal
- 3) En caso de no casar la sentencia, y en subsidio, declare la inconstitucionalidad de la pena perpetua y renvíe las actuaciones para que se desarrolle audiencia de imposición de nueva pena

PROVEER DE CONFORMIDAD.

POR SER JUSTICIA.


PABLO L. CRUZ
MAT 4669
F. 78 F. 81


JOANA A. MONTERO
ABOGADA
S.C.J.Mza. Mat. 11.481
C.S.J.N. T° 132 - F° 953


Dra. Susana M. Sanchez
Mat. N° 7709