

STJSL-S.J. – S.D. N° 023/23.-

--En la Provincia de San Luis, a catorce días del mes de marzo de dos mil veintitrés, se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros, Dres. JORGE ALBERTO LEVINGSTON, ANDREA CAROLINA MONTE RISO y CECILIA CHADA -Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA-, para dictar sentencia en los autos: ***“INCIDENTE RECURSO DE CASACIÓN: HEREDIA FLAVIO GASTON (IMP) - ART. 45 CP RESPONSABLE ART. 80, INCS. 1, 2, 11 Y 41 BIS CP HOMICIDIO CALIFICADO POR EL VÍNCULO, POR LA ALEVOSÍA, POR MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO y POR EL USO DE ARMA DE FUEGO - MORAN JOHANA DEL VALLE (DAM)”*** - IURIX INC. N° 274036/2.

Conforme al sorteo practicado oportunamente, con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal, Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. ANDREA CAROLINA MONTE RISO, CECILIA CHADA y JORGE ALBERTO LEVINGSTON.

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación planteado por la defensa del imputado?

II) ¿Existe en la sentencia recurrida alguna de las causales enumeradas en el art. 428 del C.P. Crim. (Ley N° VI-0152-2004)?

III) En caso afirmativo de la cuestión anterior, ¿cuál es la ley a aplicarse o la interpretación que debe hacerse de la ley en el caso en estudio?

IV) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?

V) ¿Cuál sobre las costas?

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Dra. ANDREA CAROLINA MONTE RISO dijo: 1) Conforme surge de los autos principales PEX N° 274036/20 "HEREDIA FLAVIO GASTÓN (IMP) - ART. 45 CP RESPONSABLE ART. 80, INCS. 1, 2, 11 y 41 BIS CP HOMICIDIO CALIFICADO POR EL VÍNCULO, POR LA ALEVOSÍA, POR MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO y POR EL USO DE

ARMA DE FUEGO - MORAN JOHANA DEL VALLE (DAM)", mediante ESCEXT N° 19419552, de fecha 02/06/2022, se presenta la Dra. Yanina Tonetti Morgante en su carácter de defensora del imputado e interpone recurso de casación en contra de la sentencia recaída en autos, integrada por el Veredicto de fecha 19/05/2022 (actuación N° 19294092) y sus fundamentos de fecha 31/05/2022 (actuación N° 19377635), dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Penal y Correccional N° 2 (residual) de la Primera Circunscripción judicial de la Provincia de San Luis, que resolvió: "1) *DECLARAR CULPABLE a FLAVIO GASTÓN HEREDIA, DNI N° 26.749.986, de datos y demás circunstancias personales obrantes en autos, del hecho que fueran materia de acusación fiscal y que damnificara a Johana del Valle Moran, por el delito de HOMICIDIO DOBLEMENTE CALIFICADO POR EL VÍNCULO y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO y AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO en los términos del artículo 80 incs. 1, 11 y 41 Bis en relación al Art. 45 del Código Penal y CONDENARLO a cumplir la pena DE PRISIÓN PERPETUA, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS PROCESALES, disponiendo su alojamiento en dependencias del Servicio Penitenciario Provincial*".

El recurso es fundado mediante ESCEXT N°19523329 en fecha 14/06/2022.

2) Que corresponde en primer término, efectuar el pertinente análisis a los fines de determinar si se ha dado cumplimiento a los requisitos establecidos por la normativa vigente, en punto a la admisibilidad del recurso en cuestión.

Analizadas las constancias del sistema IURIX, se observa que el recurso ha sido interpuesto en término. Asimismo, ataca una sentencia definitiva de un tribunal competente, encontrándose el recurrente exento del depósito judicial.

En consecuencia, debe considerarse en este estudio preliminar y en mérito a lo dispuesto por el inc. a) del art. 442 del código de rito, que el recurso articulado deviene formalmente procedente.

Por ello, VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.

Los Señores Ministros, Dres. CECILIA CHADA y JORGE ALBERTO LEVINGSTON, comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. ANDREA CAROLINA MONTE RISO y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN**.

A LA SEGUNDA Y TERCERA CUESTIÓN, la Dra. ANDREA CAROLINA MONTE RISO dijo: Agravios de la Defensa: En su escrito, la recurrente comienza efectuando consideraciones en torno a la procedencia formal del recurso, a la ausencia de limitación del mismo y a los antecedentes de la causa.

Continúa, en el apartado VI refiriéndose a las cuestiones preliminares, sosteniendo en el punto 1) titulado “*Planteo de Nulidad de la Declaración de Cámara Gesell*”, que en el debate como cuestión preliminar se planteó la nulidad absoluta de la declaración en Cámara Gesell de la menor D.M. rendida en fecha 28/08/2020, por no haberse cumplido con la legalidad del acto, afectando el derecho de defensa y el debido proceso de su representado.

Alega, que al plantear la cuestión preliminar se expresó y probó el perjuicio efectivamente sufrido por el imputado, al verse impedido de efectuar el debido control de la prueba en su contra.

Expresa, que se le impidió el acceso a la sala de observación por lo cual no pudo en tiempo y forma, realizar las preguntas que hacían a su defensa.

Sostiene, que debió ser notificada de las restricciones de acceso, con la antelación suficiente para poder optar por presentar un pliego de preguntas, o bien pedir la postergación de la Cámara Gesell.

Destaca, que a los fines de la legalidad de la prueba de declaración en Cámara Gesell, debería consignarse la numeración o identificación de los CD/DVD donde queda gravada y que su falta de

individualización ha impedido que la defensa pueda constatar la fidelidad y legalidad.

Alega, que resulta arbitraria e infundada la afirmación del tribunal respecto a que las preguntas que se realizaron a través de la psicóloga, fueron realizadas por la defensa, porque la transmisión efectuada en debate no ha podido escucharse debido al bajísimo volumen del audio original.

Por último, destaca que en el debate oral fue transmitida la mitad de la declaración de la menor porque se reprodujo un solo DVD, obviando el tribunal, transmitir el segundo DVD que integra la totalidad de la declaración en flagrante violación al principio de inmediación, contradicción, debido proceso legal y derecho de defensa del imputado, por lo que la prueba en cuestión deviene nula.

Prosigue, en el punto 2) titulado “Del Planteo de Inconstitucionalidad de la prisión perpetua art. 80 CP al caso en concreto, aplicación de los arts. 40 y 41 C.P”, alegando que el mismo fallo citado por el tribunal ampara los argumentos vertidos por la defensa en sustento del planteo de inconstitucionalidad de la prisión perpetua.

Esgrime, que la aplicación de una pena de prisión perpetua a su defendido, le agravia en cuanto vulnera sus garantías constitucionales y no se respeta el mandato constitucional, ni convencional.

Expresa, que no será posible cumplir con su resocialización porque no hay certeza de que obtenga su libertad condicional, que podría eventualmente ser a sus 79/80 años, si es que aún vive. Por lo cual mal puede hablarse de una reinserción social o resocialización de una persona totalmente institucionalizada en el sistema carcelario, sin familia, sin oportunidad laboral y sin afectos en el contexto social.

Alega, que concretamente se transgreden las garantías amparadas por el Pacto de San José de Costa Rica art. 5, punto 2, 3 y 6, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 10 incs.1 y 3 y art. 7, resultando inconstitucional por afectar el derecho a la vida, al principio de

culpabilidad y proporcionalidad de la pena (arts. 18 y 19, Const. Nac., 4.1 y 9, CADH y 15.1, PIDCP).

Afirma, que al momento de resolver el planteo de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, no se consideraron las circunstancias atenuantes de los arts. 40 y 41 CP, como tampoco las personales del imputado y la reconstrucción histórica del hecho, donde surgen acreditados los sucesos acaecidos antes y posterior al mismo. Por todo ello, solicita se declare la inconstitucionalidad de la pena prisión perpetua aplicada a su representado.

Continúa, en el apartado B, esgrimiendo que ha quedado debidamente acreditado, que previo al hecho del disparo, Heredia no pudo haber desplegado una conducta violenta en contra de J.V.Morán.

Prosigue detallando prueba testimonial, a los fines de acreditar que Heredia ingresó a la vivienda donde estaba la víctima después de las 2.32 hs., que el hecho del disparo que impacta en la humanidad de la Sra. Morán, tiene que haber ocurrido desde las 2.32 hs a las 2.35 hs. y de 2.35 hs. hasta las 3.00 hs. (25 minutos), fue el tiempo que le insumió trasladar a la víctima hasta la camioneta y conducir hasta el hospital.

Relata, que el imputado llegó al hospital a las 3 hs, de la mañana, que tuvo dificultad para arrastrar, cargar y trasladar a la víctima desde el interior de la casa hasta la puerta de ingreso, donde se puede inferir que la dejó apoyada, que fue a abrir la camioneta, la subió en el asiento de atrás y partió hacia el hospital, teniendo entre 8 y 10 minutos de viaje, que arribó a las 3 AM, bajó a la víctima de la camioneta y la arrastró hasta la entrada del hospital ingresando a las 3.10 hs., todo ello conforme lo declarado por los testigos, las 22 vistas fotográficas y al acta de procedimiento que ha sido transcripta en la fundamentación de la sentencia.

Sostiene, que el tribunal ha dejado de valorar la declaración prestada en juicio por el Dr. Lucero Arienti, quien afirma que es posible que los hematomas que se constaron en el cuerpo de la víctima, se hayan producido en el ínterin en que Heredia trasladó a la víctima hacia el hospital.

Alega, que no se trata de una mera discrepancia con la valoración probatoria realizada por el tribunal de juicio, acerca de la materialidad de los hechos y de la intervención del imputado, sino que se apartó de las reglas de la sana crítica, y realizó una valoración arbitraria, parcial y selectiva de la prueba.

Continúa sosteniendo, que se encuentra probado que Heredia realizó los disparos al aire a las 2 hs. de la mañana en dos secuencias, extremo que se encuentra probado por la pericia informática (mensaje de whatsapp que dice: “tiré un par de tiros y no anda” a las 2.09 hs. del día 27/6/2020) y por las declaraciones de los vecinos Velázquez, Porcel y Páez, y que a las 3 hs. arribó al hospital, conforme el acta de inicio y el testimonio de los Sres. Sasso, Saradón y Salomone.

Expresa, que pese a haberse encontrado residuos de deflagración de pólvora en el puño de la campera de la víctima, esta prueba no ha sido citada por el tribunal, cuando pudo haber llevado a un grado de “duda suficiente” en favor del imputado.

Prosigue manifestando, que no se encuentra configurada la agravante prevista en el inc. 11 del art. 80 del C.P., resultando errónea su aplicación debido a la ausencia de prueba fundamental que lo sustente.

Sostiene, que el tribunal tiene por acreditada la violencia de género a partir de las declaraciones informativas de los familiares, la declaración testimonial de los vecinos y a la declaración prestada por la menor D.M. en Cámara Gesell que considera nula.

Manifiesta, que la menor nunca dijo haber visto a su madre golpeada o con moretones y que en todo momento se refirió a haber escuchado peleas, resultando llamativo.

Analiza las declaraciones informativas que se citan en el fallo, concluyendo que ninguno declara haber visto a la víctima golpeada.

Indica, que el tribunal tampoco ha determinado claramente los hechos a los que se refiere para determinar el contexto de violencia de género y en que pruebas se funda.

Enumera las pruebas incorporadas a juicio, que resultan a su criterio de vital importancia y que no han sido debidamente valoradas.

Continua, exponiendo que no se ha acreditado el elemento subjetivo, o sea la intención de matar, la existencia del dolo en la realización del tipo penal.

Cita los argumentos vertidos al momento de expresar los alegatos y manifiesta que de toda la prueba se infiere, que lo sucedido en el lugar del hecho fue un accidente provocado por un altercado entre Gastón y Johana, lo que determina la falta del elemento subjetivo.

Por último, en el apartado VII, la recurrente esgrime que no han sido ponderadas las circunstancias extraordinarias de atenuación, tales como el deterioro de la relación entre Heredia y Morán, extremo acreditado con la declaración de los familiares de la víctima, del imputado y la exposición policial que prueba que la Sra. Morán se encontraba en la vivienda de Heredia, con una persona con quien mantendría una relación.

Alega, que la notable conducta evasiva a la relación queda acreditada por la permanencia de Heredia en el negocio hasta altas horas de la madrugada.

Afirma, que de la declaración de la Sra. Páez Vanesa, se extrae que una vez encontró a Heredia en su negocio “todo rasguñado” y del testimonio de Víctor Heredia, surge que las peleas entre Heredia y Morán eran advertidas porque Gastón aparecía con marcas y moretones.

Expresa, que tampoco se han valorado las circunstancias personales del imputado, dadas a conocer en juicio por los familiares (Víctor y Héctor Heredia), y la declaración e informe de la Lic. Martínez Carina, sobre la dura infancia de Heredia, su adicción a las drogas y al alcohol, que se habría incrementado en tres días anteriores al hecho.

1) Traslado particular Damnificado: Mediante ESCEXT N° 19776974, de fecha 25/07/2022, se presenta la Dra. María Elena Aparicio y en su calidad de apoderada del particular damnificado, procede a contestar el traslado, exponiendo textualmente: “*Que, pese a lo expuesto por la defensa*

técnica de Heredia Flavio Gastón, desde esta querrela consideramos que el fallo se ajusta a derecho, cumple con el requisito de congruencia, respeta el principio de legalidad, no viola ni afecta de manera alguna, el derecho de defensa en juicio... Cabe destacar en primer lugar, que consideramos este fallo como ejemplar, por tener trascendencia jurídica, poseer gran importancia por la gravedad de los hechos sucedidos y comprobados, y la intencionalidad y modus operandi que desplegó el sujeto activo”, por lo cual propicia el rechazo del presente remedio recursivo.

2) Traslado Fiscal de Juicio: Mediante actuación N° 19861468, de fecha 03/08/2022, se presenta el Dr. Fernando A. Rodríguez, exponiendo entre otras consideraciones, que la sentencia se encuentra fundada y motivada, siendo congruente con las constancias de la causa, habiendo el tribunal valorado de acuerdo al criterio del juzgador y siguiendo un orden lógico, los elementos probatorios que consideró de importancia para llegar al resultado, solicitando en consecuencia se rechace el recurso de casación motivo de traslado.

3) Dictamen del Sr. Procurador General: Por actuación N° 20439741, de fecha 11/10/2022, se expide el Sr. Procurador General, diciendo: *“En relación a los agravios planteados por la defensa en relación al rechazo de las cuestiones preliminares, Nulidad de Cámara Gesell e Inconstitucionalidad de la aplicación de la pena de prisión perpetua, los argumentos vertidos en el libelo recursivo, no logran conmover los fundamentos esgrimidos por el Tribunal Sentenciante, que esta Procuración comparte in totum, a los que me remito en honor a la brevedad. En consecuencia, es opinión de esta Procuración que el Recurso de la Defensa pretende fundarse en la mera discrepancia con la valoración de los hechos y la prueba que ha realizado el Tribunal de Juicio, y no logra demostrar notorios apartamientos de la regla de la sana crítica y de la lógica que conmuevan la sentencia. Así entonces, debo señalar que la determinación de la condena de Heredia Flavio Gastón, ha encontrado suficiente y racional sustento, en la valoración armónica y conjunta de casación incoado.*

4) Consideraciones previas sobre el Recurso de Casación y el fallo “Casal”: El Recurso de Casación ha sido definido como: *“...el medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos en la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia y una nueva decisión, con o sin reenvío a un nuevo juicio”*. (TRATADO DE LOS RECURSOS, Tomo III, Recurso de Casación Penal, por Jimena Jatip, págs. 39/82. Ed. Rubinzal Culzoni).

Con el alcance del nuevo recurso de casación surgido de la sentencia de la Corte Suprema en “Casal Matías Eugenio”, del 29/9/2005, según la cual, después de la reforma constitucional de 1994 (cfr. art. 75 inc. 22) y teniendo en cuenta la jurisprudencia internacional (en particular “HERRERA ULLOA”, 1994, de La Corte Interamericana de Derechos Humanos), *“todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia para que un Tribunal superior revise integralmente los fundamentos del fallo, incluidos los que hacen a la prueba del hecho, con el único límite de los que están íntimamente ligados a la inmediación real”*.

La Corte remarcó que la norma procesal que regula el Recurso de Casación (art. 456 en la Nación, arts. 428/429 C.P.Crim. Provincial), no restringe el alcance de la casación entendida de este modo, sino que había sido interpretada restrictivamente -y por ende de modo inconstitucional-, por ello no declaró su inconstitucionalidad sino que estableció cuál era el criterio con que debe ser interpretada.

5) Resolución del recurso: Adelanto, que compartiendo las razones invocadas por el Sr. Procurador General en su dictamen, el recurso interpuesto por la defensa del condenado debe ser rechazado, en virtud de las razones que a continuación paso a detallar:

La defensa en su libelo, reedita el planteo de nulidad de la Cámara Gesell, en la que brindó declaración la niña D.M. hija de la víctima, en fecha en fecha 28/08/2020, reproduciendo los mismos argumentos que fueran

esgrimidos y oportunamente rechazados por la Excma. Cámara al tratar las cuestiones preliminares.

Alega, que no fueron oportunamente notificados de las medidas de restricción de acceso a la sala de observación de Cámara Gesell impuestas por la pandemia de COVID, que las preguntas si bien se efectuaron por intermedio de secretaría, quedaban fuera de contexto en la cronología del testimonio de la niña, que en el acta no se consignó la numeración de los CD, por lo cual no pudo constatar su fidelidad, que en debate solo se exhibió uno de los CD pero no se escuchó porque el volumen era muy bajo, circunstancia que vulneran el debido proceso y el legítimo derecho de defensa de su representado.

En primer lugar y tal como lo sostiene el tribunal en su fallo, se advierte la falta de interposición del planteo en término, resultando a esta altura extemporáneo.

Asimismo, del informe de Cámara Gesell obrante en actuación de fecha 11/09/2020, ESCEXT N° 14713977, de los autos principales, surge que el día fijado para la realización de la misma (04/09/2020), coincidió con el retroceso a Fase 1, según disposición del gobierno provincial y adhesión del Superior Tribunal de Justicia, quedando así claramente determinado, que la limitación en el acceso a la sala de observación, se debió al estricto cumplimiento con las medidas de carácter sanitario dispuestas por la pandemia de COVID.

No obstante, tal como surge de la grabación en CD, se acondicionó una sala donde el imputado y su abogada defensora pudieron efectuar el control de la medida probatoria, observando y repreguntando por intermedio del secretario.

Además, como ya tiene dicho este Superior Tribunal, el ejercicio de la facultad de control de la declaración recepcionada en Cámara Gesell, puede ser ejercitada "ex post facto", porque al encontrarse el relato del menor grabado en soporte CD, permite su posterior reproducción.

También, se puede ejercitar su control, proponiendo puntos de pericia o sobre los informes de las conclusiones elaborados por los peritos y en este sentido, se tiene dicho que: *“las posibilidades de control de la prueba se preservan, habida cuenta que tanto la defensa como el imputado pueden proponer puntos o temas acerca del hecho que se investiga, máxime cuando el defensor estaba notificado de la realización del acto y proponer las cuestiones que le interesan se diluciden. De igual forma, pueden controlar los informes de las conclusiones de los profesionales intervinientes y si lo consideran, solicitar su citación a los fines de interrogarlos para aclarar o dar las explicaciones sobre el informe y la entrevista, todo ello en el supuesto de que las conclusiones no favorezcan al imputado, habida cuenta que, como ya se señaló, el informe del profesional también puede mejorar su situación procesal”*. (S. S. R. s. Promoción de la corrupción de menores y abuso sexual agravado por acceso carnal (5 hechos) en concurso real STJ, Corrientes; 28/06/2021; Rubinzal Online; RC J 3791/21).

Por ello, entiendo que no se ha proyectado ninguna consecuencia perjudicial sobre el derecho de defensa del imputado, debiendo recordarse que: *“...la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el sólo interés del formal cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia (Fallos 295:961; 198:1413; 311:2337)”* (confr. in re *“Cárdenas del Castillo, Milenas / recurso de casación y otra”*, N° 11.464, reg. 21/10 del 04/02/2010; *“Gutman, Estela y otro s/ recurso de casación”*, N° 10.821, reg. N° 1197/09 del 27/08/09; y *“Almonacid Mendoza, Jorge Luis s/ recurso de casación”*, N° 10.724, reg. 1199 del 01/09/09, Sala III de la CFCP), quedando sellado el rechazo del planteo nulificante.

Prosigue la recurrente, reproduciendo el planteo de inconstitucionalidad del art. 80 CP inc. 1) y 11), que fuera oportunamente rechazado por el tribunal, al tratar las cuestiones preliminares, alegando que la aplicación de la pena de prisión perpetua vulnera las garantías constitucionales

que goza su defendido y transgrede el mandato constitucional y convencional, entre otras consideraciones a las que me remito.

Se debe recordar, que en la sentencia atacada, se condenó al imputado a la pena de prisión perpetua, en orden al delito de homicidio agravado por haber sido cometido contra una persona con la que mantenía una relación de pareja y por haber sido perpetrado por un hombre contra una mujer mediando violencia de género (artículos 80, incisos 1° y 11° del Código Penal).

Dicha norma, se erige en la parte nuclear de la reforma originada por la Ley 26.791, que introduce la noción de “femicidio” que incluye, los crímenes cometidos dentro de la llamada esfera ‘privada’ como ‘pública’, tal como lo hace la definición de violencia contra la mujer, contenida en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) que en su art. 1, señala que *“debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”*.

El concepto de “violencia de género” remite a la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, que en su art. 4° define la violencia contra la mujer en los siguientes términos: *“Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción u omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”* y el Decreto N° 1011/2010, que en su art. 4° define la “relación desigual de poder” consignando: *“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 o goce de los derechos de éstas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales”.

Además, al art. 80 inc. 11) se lo debe analizar conforme el concepto de de “*Violencia de Género*”, que *es una noción que, a diferencia de la idea de “odio de género” no repara en la cuestión biológica de la condición orgánica masculina o femenina de hombres y mujeres, sino en el aspecto cultural de la construcción de roles que derivan de las estructuras sociales de naturaleza patriarcal, en las que un aprendizaje cultural designó machista ha consagrado desigualdades entre una “identidad masculina” y un subordinado conjunto de rasgos inherentes a “lo femenino”* (Arocena Gustavo - Cesano José “El delito de femicidio - Aspectos político-criminales y análisis dogmático-jurídico” Ed. B de F, Buenos Aires - Montevideo, 2013, p. 8921).

Por otra parte, la declaración de inconstitucionalidad de una ley o decreto, constituye un acto de suma gravedad institucional que solo corresponde declarar cuando se tiene la plena prueba de su oposición con la C.N, criterio sustentado por nuestra CSJN al afirmar: *‘La declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, por consiguiente, al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio que debe evitarse, de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la ley fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas, y cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de estas últimas para su resolución.* (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Expte. CPE 990000182/2013/TO1/6/1/1/RH3, “CHUKWUDI, ANTHONI s/ INCIDENTE DE RECURSO EXTRAORDINARIO”, 11 de noviembre de 2021).

Asimismo, coincido con el tribunal, al considerar que la pena de prisión perpetua, no se trata de una pena cruel, inhumana, ni degradante, no contraía los preceptos constitucionales, no está prohibida por los tratados de derechos humanos que la República Argentina ha suscripto e incorporado a nuestra Constitución Nacional (artículos 31 y 75 inc. 22º) y ha sido establecida por el legislador en proporción a la gravedad de la infracción penal y en razón al bien jurídico lesionado.

En este sentido, se pronunció el Procurador General de la Nación en los autos *"B., Sebastián Alejandro y otra s/ P.SS.AA. Homicidio calificado por el vínculo -causa n° 57/10-. B.327, L.XLVII Procuración General de la Nación 22/3/2012"*, al sostener que la pena de prisión perpetua no vulnera *per se* la Constitución Nacional ni los instrumentos internacionales de la misma jerarquía normativa, sino que, por el contrario, es posible afirmar que se encuentra expresamente admitida", no obstante consideró que: *"que el juicio referido a la proporcionalidad de la pena, que se trasunta en la ley con carácter general, es de competencia exclusiva del legislador, sin que competa a los tribunales juzgar del mismo, ni imponer graduaciones o distinciones que la ley no contempla, desde que instituye iguales sanciones a todos los que incurran en la infracción que se incrimina como una suerte de salvaguarda de la garantía de igualdad"*. (Fallos: 322:2346; 329:5567). Por ello, corresponde desestimar el presente agravio.

Continuando con el análisis de los agravios, la recurrente alega que la fundamentación de la sentencia es deficiente, que el tribunal se apartó de las reglas de la sana crítica, realizando una valoración arbitraria, parcial y selectiva de la prueba.

En particular, esgrime que la prueba ha sido segmentada, otorgándole un tinte incriminatorio al tener por acreditada la violencia de género, omitiendo considerar que no hubo oportunidad previa al hecho del disparo donde Heredia pudo haber desplegado una conducta violenta en contra de Johana Del Valle Morán.

Por su parte, la Excma. Cámara, en su fallo tiene acreditado con grado de certeza a partir de la prueba colectada y merituada en el curso del debate que: *“Flavio Heredia y Johana Moran convivían en relación de pareja aproximadamente desde hace cinco años en el domicilio sito en B° Virgen de Lujan, calle Chacho Peñalosa N° 1459 de la ciudad de San Luis, y que el día 27 de junio de 2020 entre las 02:00 y 03:00 hs. Heredia previo a golpear a su pareja en distintas partes del cuerpo , tomó un arma de fuego, tipo revolver calibre 32 largo, serie N° 00417, disparó a la altura del rostro a Johana Moran. Que procedió a trasladarla en un automóvil marca Renaul kangoo, de color azul oscuro, al hospital central donde dio a conocer ante el personal de dicho nosocomio, que el autor del disparo había sido él y que la persona herida era su pareja, falleciendo ésta de un traumatismo craneoencefálico a la hora 12:00 del día 28 de junio de 2020”.*

Cabe destacar, que el fallo de condena fue respaldado en diversas probanzas, a saber: el informe médico de lesiones y de necropsia, diversos informes técnicos, periciales, declaraciones testimoniales, actas de procedimiento y prueba documental introducida durante el debate.

Puntualmente, a partir del informe médico de lesiones y de necropsia obrante en actuaciones de fecha 15/07/2020, ratificado por el Dr. Luis Lucero Ariento, se tiene por acreditado que la causa de muerte de la víctima es traumatismo craneoencefálico, debido a la herida por proyectil de arma de fuego y que tenía 12 hematomas en total, con diversos periodos de evolución, en distintas partes del cuerpo, producidos por golpes de puño o puntadas de pie.

Surge de la declaración del Sub Comisario Guillermo Becerra Tulian, al momento de ratificar la pericia N° 072/20 y su ampliación N° 223/20.”**que el arma tiene una barra de seguridad por lo que no se puede efectuar el disparo de forma accidental**”. (el subrayado y negrita me pertenece).

El Cabo Primero Sasso Facundo, declara: *“que esa noche se encontraba prestando servicios para la comisaria segunda, cumpliendo*

funciones en el policlínico, a la hora 3 más o menos, el estaba en la guardia y siente un griterío afuera, en la puerta del servicio de urgencias, ve a un hombre pidiendo ayuda, sale y ve que este señor trae a una mujer y se le cae a mitad del pasillo. Estaba Shokeado, no se le entendía. Le pregunto cómo se llama y le dice Johana Moran del Valle, le pregunto que le pasó y le dijo: “un tiro”. Se la llevan al shock room. Le dice que vayan a fuera, ya que había que correr la camioneta porque estaba en la puerta del ingreso a la guardia, la corre, el dicente lo sigue y le vuelve a preguntar qué había pasado, el señor le contesta: “fui yo con un 38”. Lo lleva hacia adentro, le dice que se ponga contra la pared para realizar un cacheo y llama al 911. La hora era aproximadamente las 3, 3:10. La mujer venia en ropa interior, tenía un pantalón corto y una remera corta, producto de la fuerza, estaba levantada....A preguntas del tribunal de como traía a la mujer, responde que no la arrastraba, la bajó y él lo ayudó a alzarla tomándola de los pies”. En igual sentido, la testigo de la declaración de Salomone Ramona surge “...la traía en la parte de atrás de la camioneta, abre la puerta y la baja, intentó alzarla y alguien fue a ayudarlo”.

Por su parte, el testigo Porcel Alberto Cesar, vecino del condenado y la víctima, en debate expuso: *“que vive entre la casa y del negocio de Heredia, en el medio. Que esa noche escuchó un disparo, pero no salió, ya que es cosa de todos los días escuchar disparos en el barrio y no le dio importancia, cree que fueron tres disparos. Previo había escuchado discusión de los vecinos, pero no se metió porque al otro día estaban juntos de nuevo. Esa noche escucho unos gritos de desesperación, pero no salió a ver afuera. Se escuchó al lado de su casa. Ha escuchado discusiones, pero que podía hacer, si al otro día se levantaban juntos, iban a comprar juntos, un día estaban mal y otro bien, no podía hacer nada. Deyanira, hija de Johana, solía ir a jugar con sus hijas a su casa.... Aclaró que escuchó gritos después de escuchar los disparos y que salió a alta velocidad la camioneta de Heredia, a los minutos de escuchar los disparos...afirmó que desde su casa se escuchaba como peleaban y como lloraba Johana”.*

Asimismo, del testimonio de Mauro Velázquez, vecino de al lado del negocio de Heredia, surge que: *“esa noche escuchó tres disparos a las 3.00 de la mañana más o menos, salió a la calle y vio a Heredia en el negocio, le preguntó: “estás bien” y éste le respondió: “si estoy bien”. Agregó que su dormitorio da al lado del negocio, salió y no vio a nadie más, el negocio estaba abierto, adentro estaba él solo, luego se volvió a dormir y se despertó a las 7:00 hs. de la mañana cuando llegó la policía a su domicilio. Manifestó que no escuchó discusión previa. Preguntado por el tribunal, si alguna vez escuchó peleas o discusiones manifestó, que a veces sí, ellos tenían una relación de pareja, por ahí jugaban entre ellos por ahí no, uno no sabe. Que como el dicente tiene un taxi la gente cuando subía al auto o cuando iba a comprar pan le solían comentar que la pareja peleaba. Se rumoreaba.*

En forma coincidente, de la declaración en Cámara Gesell de la niña D.A.M. de 9 años, hija de la víctima, grabada en soporte CD y del informe elaborado por la Dra. María José Pérez, obrante en actuación de fecha 11/09/2020 ratificado en debate, surge: *“el Coki le pegaba a mi mamá muchas veces, y mi mamá iba llorando y yo la veía... y yo lloraba por ahí porque le pegaba; o sino afilaba unos cuchillos y le decía que la iba a matar, y la encerraba en el baño con llave (...) casi todos los días le pegaba; “... yo lo escuchaba siempre que afilaba los cuchillos, porque decía que la iba a matar, la encerraba en el baño, hasta los vecinos me decían: ¿Qué le pasaba a mi mamá?... yo estaba en la casa del vecino y gritaba mi mamá “ayuda” ... y yo no quería ir a mi casa porque me daba miedo”. Respecto de la situación relatada por la evaluada en la cual su padrastro solía encerrar a su madre en el baño, Deyanira describe, que dicho baño se encontraría fuera de la vivienda, tras lo cual, ante la intervención de la entrevistadora: “me dijiste que alguna vez que él encerró a tu mamá en el baño”, la niña contesta taxativamente: “sí, una no, un montón de veces, porque la metía en el baño, ella lloraba y la encerraba con la llave y se iba al negocio... yo estaba en la casa del vecino, no me gustaba escuchar a mi mamá... yo me subía al techo y mi mamá estaba llorando, gritando: “Ay! por favor sáquenme” ... no podía hacer nada si él se*

había llevado la llave". Cuando la entrevistada se refiere a la casa del vecino a la que solía ir en tales ocasiones, verbaliza: *"al lado de mi casa hay un vecino que tengo amigas (Itatí y Ludmila) ... me daba miedo, no quería ir a mi casa (...) por ahí le pegaba a la noche porque yo me quedaba hasta tarde en su casa, y le pegaba y nosotras escuchábamos"*. Por otra parte, D. expresa: *"Coki le pegaba y después se hacía el bueno... le pegaba a mi mamá y después se iba al negocio, tiene un negocio y volvía a mi casa y se acostaba y la abrazaba, y mi mamá lloraba"; "... una vez sacó un arma para matarla pero estaba ahí, no la mató porque yo estaba"*. Al respecto, la niña agrega: *"tenía un arma... y él se drogaba, iba a mi casa y la quería matar a mi mamá, y yo ahí nomás hablaba para que me llevara al baño y no le hiciera nada a mi mamá... mi mamá me acompañaba y el Coki se iba"; "... yo veía que mi mamá lloraba tirada en el piso, y el Coki ya se había ido porque mi mamá no quería llorar en la pieza porque yo también iba a llorar"*. Con respecto al arma referida por D., ante la pregunta de la profesional: *"¿vos decís que el arma estaba?"*, la niña responde: *"abajo del mueble, siempre estuvo"*, ante lo cual la entrevistadora pregunta: *"¿la viste alguna vez a esa arma?"*, contestando D.: *"sí, la sacó mi hermanastro... el hijo del Coki... me la mostró... antes de que pasara esto... era de hierro... una chiquita"*. Además, la niña también da cuenta de algunas conversaciones, por ejemplo cuando expresa: *"mi mamá me rogaba que no le dijera a nadie porque le tenía mucho miedo a él" ...* Conclusión: *A partir del análisis anteriormente desarrollado, se concluye que la declaración testimonial de D.N.A.M. reúne indicadores suficientes de credibilidad narrativa. Ello se infiere ya que la niña puede dar cuenta de diferentes situaciones que habría vivenciado, aportando numerosos detalles y conservando una estructura lógica y coherente durante todo su testimonio*".

En el mismo sentido, se pronunció la Lic. Cintia Teram, psicóloga del centro de atención a la víctima, al exponer: *"que atiende a la niña D., en julio de 2020, una semana después de la muerte de su mamá. En esa ocasión la niña le relata que tenía mucha angustia, estaba muy enojada y tenía mucha culpa por no haber hecho nada por ayudar a su mamá. Vivenció*

muchos golpes, encierros en el baño, no la dejaba salir sola con la mamá. Que su padrastro le pegaba a su mamá y luego la abrazaba y le volvía a pegar, jamás imaginó que la iba a matar”.

Asimismo, del testimonio de la madre de la víctima Sra. Godoy María Graciela surge: *“que ella no tenía relación con Heredia. Que un día comenzó a ver que su hija tenía golpes, en la ceja, le preguntó pero ella le dijo que había sido el perro, pero no le creyó, insistía porque quería saber, pero ella nada le decía.... Que Coky la llevaba los fines de semana a Johana a la casa de la dicente, pero siempre se paseaba como vigilando”.* La Sra. Norma Godoy, tía de Johana Moran, al momento de prestar declaración expresó: *“... que sospechaba que algo andaba mal, le preguntó si ella se llevaba mal con el hombre, le dijo que no, después le dijo que sí. Ella le dijo:” porque no te vas Johana”, y le respondió: “vos no sabes quién es el coki, es re malo”. ... Después él no la dejaba salir, le rompía los celulares. Que Johana le decía: “siempre nos pegábamos, nos aporreamos”, ella le tenía miedo. ...que una vez encontró en el centro a Johana, Heredia andaba en el auto de atrás como custodiándola y le vio un golpe en la ceja, ella le dijo que había sido el perro, pero no le creyó”.*

La Sra. Fernández Jesica Judith, amiga de la víctima manifestó: *“...que ella le contó que habían discutido, que estaba cansada y quería separarse. Que le vio moretones en algunas oportunidades, en el brazo cuando iban a buscar a los hijos a la escuela, ella le decía: “Johana mirá los moretones que tenés” y ella le respondía: “no pasa nada” y le cambiaba de tema, lo evitaba.* Por su parte la hermana de la víctima Erika Moran expuso: *“el era muy posesivo con ella, si ella iba la casa de la declarante, tenía que realizar video llamadas para que viera donde estaba, dejó de salir a bailar, dejó de tener celular. Que le veían cortes, moretones en las manos, una vez tenía un corte en la ceja y dijo que le había estado dando de comer a los perros y el perro se levantó y le pegó un cabezazo. Que antes ella siempre se quedaba en la casa de Johana, ya después no, tampoco dejaba a la nena, la mandaba con el padre. La nena le decía que en las noches en la que estaban discutiendo, le*

estaba pegando, ella iba a la puerta y le decía mami acompáñame al baño, ellos tenían el baño afuera, lo hacía para que no le pegara más o lo veía afilando un cuchillo, esto contó la nena después de que falleció la mamá. Porque la mamá le había dicho que no contara porque podía pasar algo malo". De la declaración de Moran Alex, hermano de Johana, surge que: *"ocultaba la violencia, que le preguntaban pero no decía nada. Que días previos la fue a ver a su hermana a la casa, el miércoles anterior al fallecimiento y la notó rara, le dijo que tenía que ir a verla más seguido, el acusado no dejaba que estuvieran solos, estaba en todo momento con ellos.* Asimismo Becerra Alicia Mabel, compañeras de trabajo de la víctima relató que: *"Heredia la iba a buscar a la parcela, que Johana no asistía siempre al trabajo, faltaba semanas, y ella le escribía para ver cómo estaba y no le contestaba, leía los mensajes y no los contestaba. Después le preguntó dónde conseguía los certificados, y le dijo que eran familiares o amigos de Coky".* Incluso Heredia Víctor hermano del imputado y Heredia Héctor primo de Heredia Flavio, sabían que tenía armas, pero no las vieron nunca y dieron cuenta de la mala relación que tenía con Johana, que después de la pandemia se agravó.

Ahora bien, luego de un detallado análisis de las probanzas, coincido con el tribunal cuando en su fallo tiene por acreditado con grado de certeza, que la víctima mantenía con el condenado una relación de pareja conocida por todos desde hace cinco años a la fecha del hecho, que Johana era víctima de violencia de género y en ese contexto se produce su muerte, a partir del disparo de arma de fuego que Heredia ejecuta sobre su rostro.

Corresponde aclarar, que solo el asesinato de una mujer provocado en un ámbito situacional específico implica femicidio, porque debe existir ineludiblemente violencia y sometimiento del varón hacia la mujer, basada en una relación desigual de poder, extremos que se encuentran comprobados en el caso de examen, al encontrarse la acción homicida enmarcada en un contexto de constante subordinación económica, psicológica, emocional, que llevó a la víctima a un estado patológico de altísima vulnerabilidad.

Este crimen, fue la culminación de una sucesión de ataques de diversa índole sobre la integridad psicofísica de la víctima, por lo cual la calificación legal atribuida y la pena impuesta resultan acertadas desde lo jurídico, al compadecerse típicamente con los hechos descriptos y acreditados en debate.

En conclusión, considerando que las quejas esgrimidas por la defensa técnica son una reedición de las expuestas al momento de emitir los alegatos, trasuntan una simple discrepancia con la valoración que el tribunal de mérito ha formulado correctamente y encontrándose el análisis de la prueba ceñido a los lineamientos de la sana crítica racional, avalado por las reglas de la lógica y el sentido común; entiendo que no surge ninguna arbitrariedad que tache o invalide la conclusión condenatoria arribada, por lo cual el recurso articulado deviene improcedente y debe ser rechazado.

Por todo ello VOTO a éstas SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN por la NEGATIVA.

Los Señores Ministros, Dres. CECILIA CHADA y JORGE ALBERTO LEVINGSTON, comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. ANDREA CAROLINA MONTE RISO y votan en igual sentido a estas **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN.**

A LA CUARTA CUESTIÓN, la Dra. ANDREA CAROLINA MONTE RISO dijo: Atento a la forma en que se han votado las cuestiones anteriores, corresponde el rechazo del Recurso de Casación interpuesto por la defensa del condenado. **ASÍ LO VOTO.**

Los Señores Ministros, Dres. CECILIA CHADA y JORGE ALBERTO LEVINGSTON, comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. ANDREA CAROLINA MONTE RISO y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.**

A LA QUINTA CUESTIÓN, la Dra. ANDREA CAROLINA MONTE RISO dijo: Costas a la parte vencida. **ASÍ LO VOTO.**

Los Señores Ministros, Dres. CECILIA CHADA y JORGE ALBERTO LEVINGSTON, comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. ANDREA CAROLINA MONTE RISO y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN**.

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Señores Ministros, la sentencia que va a continuación.

San Luis, catorce de marzo de dos mil veintitrés.

Y VISTOS: En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Rechazar el Recurso de Casación interpuesto por la defensa del condenado.

II) Costas a la parte vencida.

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.

La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Sres. Ministros del Superior Tribunal de Justicia Dres. JORGE ALBERTO LEVINGSTON, ANDREA CAROLINA MONTE RISO y CECILIA CHADA, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.