En Mendoza, a los veintitrés días del mes de junio del año dos mil catorce, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 110.919, caratulada: ?F.C/R. E. , C. Y. P/HOMICIDIO SIMPLE S/CASACIÓN.?-

De conformidad con lo dispuesto a fs. 720, quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero **Dr. HERMAN A. SALVINI**, segundo **Dr. CARLOS BÖHM** y tercero **Dr. MARIO D. ADARO**.-

ANTECEDENTES:

A fs. 600/602, Sergio Walter Carreño y Carlos Javier Moyano, por la defensa de C. R. ECHEVARRIETA, interponen recurso de casación contra la sentencia dictada el 5 de setiembre de 2013 (fs. 581 y vta.) cuyos fundamentos obran a fs. 583/590 de los autos n° P-99.458/12, caratulados: ?F.c/R. ECHEVARRIETA, C. Y. p/Homicidio Simple (art. 79 del C.P.)?, originarios de la Excma. Segunda Cámara del Criminal.-

A fs. 608 se da trámite de ley al recurso interpuesto. A fs. 719 se fija fecha de audiencia para deliberar, la que es realizada a fs. 720, donde se señala el orden de votación de la causa y se fija fecha de lectura de sentencia.-

De conformidad con lo establecido por el art. 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. SALVINI, dijo:

I. Recurso de casación:

A fs. 600/602, Sergio Walter Carreño y Carlos Javier Moyano, por la defensa de C. R. ECHEVARRIETA, interponen recurso de casación contra la sentencia de fecha el 5 de setiembre de 2013 (fs. 581 y vta.), cuyos fundamentos obran a fs. 583/590, dictada por la Cámara Segunda del Crimen, en cuanto la condena a la pena de ocho (8) años de prisión como autora del delito de Homicidio Simple (artículo 79 del C. Penal) por el hecho que se le atribuye en la presente causa.-

Fundan la queja en el artículo 474 del CPP, por entender que la sentencia contiene motivación contradictoria y aparente, y porque *?no impuso una calificación legal atenuada?* a favor de la imputada, (fs. 600 vta./601).-

Alegan que según surge de autos, la víctima discutió con la imputada mientras ella estaba cocinando y le arrojó un golpe de puño, ocasión en que R. Echevarrieta le provocó una herida con un cuchillo de aproximadamente 8 cm, que luego auxilió a la víctima y la trasladó con ayuda de vecinos al Hospital Carrillo donde falleció. Que según lo relatado por la encartada, no tuvo la intención de provocar la muerte de la víctima, porque no fue en

busca de un cuchillo para herirla de muerte, e incluso inmediatamente de haberla herido, la auxilió al trasladarla al hospital con la ayuda de vecinos, (fs. 601).-

Agregan que tanto los hermanos de R. Echevarrieta como su madre, declararon en el sentido que momentos antes la víctima había golpeado a la imputada y que estos hechos se habían reiterado con anterioridad, por lo que se defendió de las agresiones constantes que la víctima le ocasionaba y en momentos en que se encontraba cocinando y utilizando el cuchillo, (fs. 601 vta.)-.

Exponen que la víctima era una persona violenta que siempre atacaba a la imputada, y que de sus antecedentes penales surgen los diversos delitos que le fueran atribuidos, entre ellos por lesiones graves y gravísimas en aproximadamente 30 causas, que la relación de pareja con la imputada era violenta y que era previsible que la relación no finalizara de la mejor manera, (fs. 601 vta.)-.

Esgrimen que la conducta de la encartada se debe calificar como legítima defensa, porque ella declaró que "CUANDO VINO A DARMER UNA PIÑA LE PUSE EL BRAZO Y COMO QUERÍA SEGUIR PEGÁNDOME NO SE EN QUÉ MOMENTO HICE LO QUE HICE" "CUANDO LE SAQUÉ EL CUCHILLO REACCIONÉ?". Refieren que la imputada "estaba en presencia de una persona difícil de tratar, violenta y que no iba a detener su agresión a la misma luego de no haberle pegado ese golpe de puño que la imputada tapó con el brazo mientras se encontraba cocinando y tal golpe provocado por la víctima no fue puesto en duda por el tribunal atacado", (fs. 601 vta.)-.

Señalan que tanto la imputada como su familia, declararon en la audiencia de debate que la víctima atacó en varias oportunidades a aquélla, incluso golpeándola sobre todo el cuero cabelludo, pero que el Tribunal no consideró estas declaraciones como prueba de descargo al no comprobarse con certificaciones médicas. Que la Cámara no ha valorado debidamente estas pruebas, ni ha tenido en cuenta que la imputada no solo se defendió del atacante que insistía en golpearla, sino que también defendió al hijo que estaba por nacer porque estaba embarazada, (fs. 601 vta./602).-.

Agregan que la circunstancia que la encartada tenga una personalidad temperamental no debe incriminársele, porque si ella no se defendía de los golpes que le arrojaba la víctima de autos, podía abortar el hijo que estaba esperando y porque venía sufriendo desde hacía tiempo, (fs. 602).-.

Que por tanto, solicitan se modifique la calificación legal porque la imputada fue golpeada por su pareja (víctima de autos), y estando embarazada se defendió para evitar que continuara golpeándola, hechos que fueron presenciados por sus hermanos y así declararon en la audiencia de debate, (fs. 602).-.

II. Dictamen del Sr Procurador General:

A fs. 613/614, obra el dictamen del Sr Procurador General, quien se pronuncia por el rechazo del recurso de casación interpuesto.-

Argumenta que en la sentencia se ha descartado la aplicación del instituto del exceso en la legítima defensa (artículo 35 del C. Penal), porque "no hubo una agresión de

envergadura suficiente por parte de la víctima que justificara la pretendida reacción defensiva?, (fs. 613 vta.)-

Expresa que el *a-quo* ha señalado también que advirtió contradicciones en las declaraciones de los testigos, y que los informes médicos no informaron que la imputada tuviera lesiones externas corporales, (fs. 613 vta.)-

III. Solución del caso:

1. Según requisitoria de elevación a juicio que obra a fs. 401/408 vta., ?? en fecha 15 de junio de 2012, siendo aproximadamente la hora 13:00, la aquí imputada C. Y. R. Echevarrieta, se encontraba cocinando en el domicilio sito en el Barrio Santa Teresita, Manzana ?F?, Casa ?4? del departamento Las Heras, donde también se encontraban presentes sus hijos menores, sus hermanos ?Diego?, ?Eva?, ?Daiana? y ?Lucas?, quien se encontraba jugando al fútbol en la Play Station con la víctima de autos, quien fuera en vida Osvaldo José González Brizuela, que también se encontraba en el lugar. En dicho contexto, entre la víctima González Brizuela y la aquí encartada R. Echevarrieta, se originó una nueva discusión la cual continuaba en previo entrecruce verbal que se había producido en algunos momentos antes, cuando ambos protagonistas regresaban al domicilio de referencia, luego de haber realizado unos trámites en el Registro Civil. Tal altercado, fue adquiriendo mayor envergadura cuando la víctima además de insultar a la imputada le arrojó un golpe de puño, por lo que encontrándose frente a aquélla, quien en su actividad culinaria manipulaba ?un cuchillo tipo tramontina con mango de madera?, con el cual asestó a la víctima a la altura del tercer espacio intercostal causándole una herida de aproximadamente 8 cm, con perforación en ventrículo izquierdo. Fue entonces cuando la víctima se desplomó en el suelo, por lo que inmediatamente y ante la premura del caso, en forma particular (contando con el auxilio de un vecino), la víctima fue trasladada hacia el Hospital Carrillo, y finalmente derivado hacia el Hospital Lagomaggiore, donde debió ser intervenido quirúrgicamente, no obstante lo cual falleció a causa de un ?Shock, hipovolémico causado por la herida de arma blanca?, (fs. 583 vta.)-

2. La Cámara tiene por acreditada la autoría de la imputada en el hecho atribuido por la acusación fiscal, y calificó su conducta en el delito de homicidio simple previsto en el artículo 79 del C. Penal, en base a las siguientes circunstancias: 1) que antes que se desencadene el hecho fatal **?no hubo una agresión de tal envergadura, por parte de la víctima, que justificara la pretendida reacción defensiva?**; 2) se ha acreditado que **?el temperamento de la imputada es compatible con el impulso con ´animus necandi´ con el que profirió la herida mortal?**; y 3) **?la alternativa y el medio elegido por la imputada no era la única que inexorablemente estaba en el menú de opciones?**, (fs. 586 vta./587.)-

3. Según los hechos probados en la sentencia casada, Osvaldo José González Brizuela y C. Yazmín R. Echevarrieta (imputada en esta causa), quienes eran pareja, el día 15 de junio de 2012 habían discutido momentos antes del hecho, cuando salieron del Registro Civil donde fueron a realizar trámites en compañía de los hermanos, madre e hijos de la encausada, e incluso cuando se trasladaban en el colectivo hacia el domicilio ubicado en el Barrio Santa Teresita, Manzana ?F?, Casa ?4? del departamento de Las Heras, Mendoza. Si bien se afirma en el fallo, que no se ha probado con certificados médicos que

R. Echevarrieta haya sufrido múltiples golpes en la cabeza durante el traslado en el colectivo, según han declarado sus hermanos Diego y Lucas Rojas, no se descarta que haya recibido maltrato físico por parte de González Brizuela en el trayecto en colectivo para desplazarse desde el Registro Civil a su domicilio, (ver fs. 585 4° párrafo del fallo).-

Se ha acreditado también en la sentencia, que mientras la encausada se encontraba en la cocina del inmueble, González Brizuela continuó discutiendo con ella, se colocó frente a la imputada y le arrojó un golpe de puño que aquélla detuvo con su brazo, y lo hirió en el pecho con el cuchillo que utilizaba en la cocina. Que a raíz de ello, González Brizuela se desplomó, la imputada le sacó el cuchillo del cuerpo y con la ayuda de vecinos y sus hermanos lo trasladaron al Hospital Carillo, desde donde fue derivado al Hospital Lagomaggiore para ser intervenido quirúrgicamente, y que no obstante ello, falleció a causa de un shock hipovolémico causado por herida de arma blanca?.-

4. Con respecto a la exigente de la legítima defensa prevista en el artículo 34 inciso 6° del C. Penal, esta Sala II en los autos n° 93.925, caratulados: "VACA REYNOSO, Claudio Marcelo p/Homicidio cometido con exceso en la legítima defensa s/casación", de fecha 29 de octubre de 2008 (L.S. 393 fs. 243), ha sostenido que también es denominada "defensa necesaria" por Enrique Bacigalupo, porque "la defensa solo es legítima si es necesaria". Que la defensa es necesaria, "si la acción del agredido es la menos dañosa de cuantas estaba a su disposición para rechazar la agresión en la situación concreta", y que se exige que la **necesidad** de la defensa sea **racional**, es decir, **adecuada para repeler o impedir la agresión**, teniendo en cuenta también que la racionalidad de la necesidad de la defensa solo se vincula con la agresión y no con el daño que hubiera causado la agresión, y que la proporcionalidad del daño que causaría la defensa respecto del daño amenazado por la agresión determina la exclusión del derecho de defensa si la desproporción es exagerada, (BACIGALUPO, Enrique, "Derecho Penal. Parte General", Hammurabi, año 1999, p. 359 y ps. 368/371; y "Hacia el nuevo Derecho Penal", Hammurabi, año 2006, ps. 340/341; cfr RIVACOBÁ Y RIBACOBÁ, Manuel, comentario al artículo 34 incisos 6° y 7° del C. Penal en BAIGÚN, David, "Código Penal. Parte General", T. I, Hammurabi, año 1997, p. 739; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Manual de Derecho Penal", Parte General, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 496)?.-

En el precedente jurisprudencial referido también se consigna que, "la agresión ilegítima debe ser **actual**, lo que implica que tiene que ser **inminente o persistente** en referencia a los bienes jurídicos, por lo que hay que determinar el instante inicial y final de la agresión. Debe tenerse presente que, "no implica que el sujeto agredido deba esperar a ser atacado para defenderse, ya que la ley argentina permite la defensa no solo frente a la agresión que ha comenzado sino que abarca la última etapa de la preparación, situación permitida por la ley al permitir la defensa tanto para 'impedirla, como para repelerla' (art. 34, inc. 6°, Cód. Pen.)?.-

Se cita también a Roxin, cuando afirma que "es posible actuar en legítima defensa mientras la agresión continúe y que aunque esté formalmente consumado el delito **podrá existir la defensa necesaria si no está materialmente terminada o agotada la agresión**, y en base a ello la admite en los delitos permanentes si se mantiene la situación antijurídica, y ejemplifica con el allanamiento de morada y la detención ilegal, en los que si bien se han consumado los hechos con las acciones de entrar y de encerrar, la agresión

sigue siendo actual mientras el intruso esté en la casa o la víctima esté encerrada, (Autor y *ob.cit.*, ps 193/197)?. Y a Jackobs, en cuanto expresa que ?también la defensa es posible mientras la agresión sea actual, y el ataque es actual cuando se materializa la pérdida de un bien, es decir, cuando es inminente (ej. el agresor toma el arma para disparar inmediatamente), o bien es posible interrumpirla o acaba de tener lugar de un modo irreversible (ej. cuando se le interpela, el ladrón huye con el botín; el defensor impide que se lleve el botín matando de un tiro al ladrón). ?Así pues, el agredido no tiene por qué esperar a recibir el primer golpe, ni renunciar a arrebatarse el botín al agresor; lo único que hace falta es que sus acciones supongan reacciones inmediatas a la acción de lesión del bien. Cuando continúa el alejamiento del botín en unidad de acción en sentido jurídico, todo ataque sigue siendo actual hasta el último acto parcial?, (*idem*, p. 195)?.-

En cuanto al principio del medio menos lesivo, en el precedente citado se sostiene: ?En palabras de Roxin: ´por tanto no es preciso arriesgarse a luchar con los puños si no se está seguro de poder salir sin heridas; y tampoco es preciso efectuar un disparo de advertencia cuando sea posible, si no tiene éxito, ser víctima de la agresión?. ?En consecuencia, **´si no existe alternativa, el medio elegido será el necesario**. La utilización de ayuda pública presente (ej. el llamar a la policía, renunciando a la propia reacción defensiva) solo se puede exigir si la intervención de aquélla es segura y oportuna?.-

5. Ahora bien, a partir de los aportes del enfoque de género al derecho penal, autorizada doctrina sostiene que en la interpretación de las reglas de la legítima defensa, hay que tener presente que ellas han sido elaboradas ?partiendo de una imagen basada en la confrontación hombre/hombre (del mismo tamaño y fuerza) que se realiza en un solo acto (Rosen, C.J., 1986:11)?. Y que cuando ?el enfrentamiento es hombre/mujer (de distinto tamaño y fuerza)?, requiere para su interpretación y aplicación la incorporación de la perspectiva de género. Esta interpretación no se encamina a establecer la ampliación de la legítima defensa, sino a la ?aplicación igualitaria de la doctrina general de la legítima defensa en casos en que es la mujer maltratada quien mata al hombre?, (*cf* LARRAURI, Elena, ?*Mujeres y Sistema Penal. Violencia Doméstica.*?, IBdeF, año 2008, p. 63).-

Expresa Larrauri, que si bien las normas tienen una formulación neutra, porque están dirigidas a las ?personas?, bajo la aparente neutralidad de la norma late una visión masculina, la que se observa con mayor claridad en el caso de las mujeres maltratadas, que a raíz de la violencia doméstica hieren mortalmente a su pareja. Esto la lleva a la observación de que, si bien ?la norma es neutral, su interpretación no lo es?, y señala que por ello en Alemania, diversas autoras (Oberlies, 1986; 1989; Bahr- Jendges, 1984; Junger, 1984), se han dedicado a investigar cómo se atribuye del dolo de matar (*animus necandi*), para ver cómo todos los razonamientos utilizados conducen a afirmar ?que en el caso de la mujer existe dolo de matar?, y que por el contrario, ?las asunciones que rodean el comportamiento del hombre tienden a negar que en él exista dolo de matar?, (autora y *ob.cit.*, ps. 21/24 y 43).-

Destaca la autora mencionada, que en sentencias del Tribunal Supremo de España y de la Audiencia Provincial de Barcelona, por ejemplo, cuando la mujer agrede o mata al cónyuge o persona con la que convive, el dolo de matar se aprecia particularmente por el ?arma utilizada?, desconociéndose ?el hecho obvio de que para la mujer, a diferencia del

hombre, es imposible matar a un contrincante más fuerte, valiéndose solo de sus manos?, ya que mientras el hombre puede estrangular con sus manos, la mujer no, por lo que es habitual que la mujer utilice una arma considerada ?peligrosa?, (*idem*, ps 41/47).-

6. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura - caso ?Penal Miguel Castro Castro c. Perú?, sentencia de fecha 25/11/2006, párr. 379 - la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (?Convención de Belém do Pará?) y la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), son instrumentos que complementan *?el corpus juris internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres, del cual forma parte la Convención Americana? ? caso ?González y otras c. México (?Campo Algodonero?)*, sentencia del 16/11/2009, párr.225.-

En el caso ?Loayza Tamayo c. Perú?, la Corte IDH le critica al Tribunal haber desaprovechado la oportunidad que se le presentaba de juzgar con perspectiva de género. La reprobación reside por un lado, en cuanto al doble estándar de valoración tomado para considerar los hechos alegados en la promoción de la acción, leve con relación a los malos tratos y golpes y más riguroso con la denunciada violación sexual y, por otro, lo escueto y poco claro de su argumentación. Y en el caso ?Penal Miguel Castro Castro c. Perú?, la Corte IDH utilizó, en una situación violatoria de derechos humanos que afectaba a mujeres y hombres, el *?impacto diferencial de género como criterio interpretativo, tanto para establecer los hechos, como la calificación y consecuencias jurídicas de los mismos?*, (*cfr* HITTERS, Juan Carlos; FAPPIANO, Oscar L., *?La no discriminación contra la mujer?*, La Ley 22/11/2011; La Ley 2011-F, 1067; cita online: AR/DOC/5696/2011).-

7. En nuestro país, la Sala en lo Civil y Penal de la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Tucumán, ha afirmado al aplicar el instituto de la legítima defensa en un caso donde la imputada hirió de muerte a su marido, que *?? es preciso repensar los extremos del instituto de la legítima defensa cuando quien invoca la causal de justificación es una mujer víctima de violencia. Es que un análisis del asunto que ignore la complejidad del fenómeno de la violencia contra la mujer arraigaría aún más las características históricas de desigualdad de poder entre varones y mujeres y las notas propias del ciclo de la violencia en la que suelen permanecer las 'víctimas' de violencia devenidas en 'victimarias', profundizando el injusto jurídico?*, (causa XXX s/Homicidio Agravado por el vínculo?, de fecha 28/04/2014). En el mismo sentido, se expresa que la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires *in re: ?N.H.M. s/Recurso de casación?*, de fecha 16/08/2005, al examinar la extensión que debe asignarse a la legítima defensa en casos de mujeres maltratadas, afirmó que *??fragmentar la situación que vive la mujer en ese contexto, entendiendo que su defensa sólo puede tener lugar en el preciso momento en que sufre un golpe, sería olvidar que ha sido golpeada anteriormente y volverá a ser golpeada después, amén de su menor fuerza física respecto del hombre. Tanto el condicionamiento social de género como la especial situación de continuidad de la violencia a que está sometida la mujer golpeada, obligan a entender que el ámbito de la legítima defensa necesariamente debe extenderse más allá del momento preciso de la agresión ilegítima, y esto por cuanto la agresión ilegítima no es algo que ocurre en un momento aislado, sino que forma parte de un proceso en que se encuentra sometida la mujer golpeada y del cual no puede salir por razones psicológicas, sociales, e*

incluso por amenazas que sufre de parte del agresor. Y amén de ello, en las situaciones en que ?como en el presente caso- conviven con la pareja niños menores de edad, el instituto de la legítima defensa no sólo tiene por objeto la propia vida de la mujer, sino también la integridad física y psíquica de aquéllos?.-

8. Conforme lo expuesto y los agravios planteados por la defensa, procederé a ejercer la revisión integral de la motivación de la sentencia impugnada, a fin de examinar si es o no arbitraria y en su caso, si corresponde o no la aplicación de la eximente de la legítima defensa como solicita la parte recurrente, (CSJN, C. 1757. XL. Recurso de hecho Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa. Causa N° 1681, de fecha 20/09/2005; *cfr* LS 382- 250; 387-126; 388-219; LA 251 fs. 186; entre otros).-

8.1. En cuanto al recaudo de la ?agresión ilegítima? -artículo 34, inciso 6.a-, como se ha expuesto en el punto 4, una agresión es ?actual? en términos generales, cuando se está produciendo o cuando es inminente.-

Ahora bien, en el caso de una confrontación hombre/mujer, Larrauri afirma que al no tener ambos contendientes la misma fuerza, basta que la agresión sea inminente, y por tanto, ?una amenaza constituye por sí sola una agresión, al tiempo que es anuncio de una agresión futura?, y que aunque haya cesado, subsiste la necesidad de defensa. Y que entre el conflicto entre inminencia y necesidad debiera prevalecer la necesidad, (*ob.cit*, ps.63/64).-

En el precedente jurisprudencial citado de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, se afirma que *??la violencia doméstica como fenómeno que se arraiga con carácter cíclico en la vida cotidiana familiar, debe ser considerado como un ‘mal inminente’ que ?a priori- habilita la materialización de una conducta defensiva?.-*

En la sentencia en examen, la Cámara considera que no se cumple con este recaudo, porque no tiene por acreditado con certificaciones médicas ?huellas verificables? de golpes en el cuerpo de la imputada el día del hecho investigado, y porque a su criterio ?la hostilidad de naturaleza verbal por parte de la víctima materializada en insultos que le habría proferido a la imputada? carecen de entidad para configurar una agresión ilegítima, -fs. 586 vta., punto 1.-

Como se agravia la defensa, el Tribunal *a-quo* ha omitido valorar aspectos relevantes de las declaraciones prestadas por los hermanos y por la madre de la encausada, quienes fueron testigos presenciales de las agresiones proferidas por González Brizuela a aquélla el día del hecho, desde el momento que salieron del Registro Civil donde fueron a tramitar los DNI, en la parada del colectivo, durante el viaje en el mismo y cuando se encontraban en el domicilio donde ocurrió el hecho fatal, e incluso, en episodios de violencia acontecidos con anterioridad. Veamos.-

Según las declaraciones de Diego Andrés R. Echevarrieta, cuando su hermana C. discutía con Osvaldo en la mesa delante de él y de su hermano Lucas, le decía *?que lo iba a dejar y él la empezó a insultar diciéndole que no la iba a dejar. Le decía tonta culiada, chupa pija, preñada?.* Manifestó que con anterioridad al día del hecho, su hermana le había dicho que no quería estar más con él, que *?Osvaldo como que la obligaba, la amenazaba, le decía que si no estaba con él, no iba a estar con nadie y que si la veía con alguien, si se separaba*

que la iba a matar a él y a ella? fs. 10 vta.-. Relató también que con anterioridad al día del hecho: *¿él le levantó la mano le pegó una piña delante mío y yo intervine, le dije a Osvaldo que se fuera y que no volviera más (?). Sé que le ha pegado varias veces?*. Y agregó que su hermana no lo había denunciado *¿por miedo a él y a su Suegra?*, - fs. 11-. Esta declaración testimonial ha sido debidamente incorporada al acta de debate de fs. 578/579 de autos.-

En coincidencia con esta declaración, Lucas Alexander R. Echevarrieta, ha manifestado que después que salieron del Registro Civil donde fueron a hacer el DNI, y cuando estaban en la parada del colectivo, Osvaldo discutió con su hermana C. porque ella quería ir a casa de su padre y él se opuso y comenzó a insultarla. Declaró también: *¿en un momento en que mi hermana se hizo para atrás él le tiró un arrebato a la panza y después le largó una patada que casi le pega en la panza?*. Agregó que cuando estaban en el inmueble donde ocurrió el hecho la empezó a insultar, le decía *¿gorda culiada?*. Que ha visto *¿que él un par de veces le ha tirado cachetones en la cara o le ha pegado en la cabeza?*, -fs. 12 y vta.-. Esta prueba también ha sido incorporada al acta de debate de fs. 578/579 de autos.-

La testigo Mirta Esther Echevarrieta Gómez, madre de la encausada, -quien también viajaba el día del hecho en el colectivo línea 6, recorrido Dorrego, junto a sus hijos Diego, Lucas y Daiana, la imputada, sus hijos y González Brizuela-, declaró que su hija estaba embarazada y Osvaldo la *¿agarró de los pelos y le pegó contra el asiento?* y que su hija le contó que le pegaba ? fs. 15 vta.-. En el mismo sentido, la testigo Daiana Ruth R. Echevarrieta declaró que Osvaldo insultó a su hermana en el colectivo, *¿le decía prostituta culiada, ramera?*, que C. le respondió que no era ninguna ramera o prostituta y entonces Osvaldo *¿se paró y le dio un cachetón en la cabeza?*, que discutieron y *¿cuando Osvaldo iba bajando del micro, la agarró a C. de los pelos y la empezó a dar con el fierro del micro, los amarillos, los que se agarran para tocar el timbre. Ella estaba sentada y él la agarró por atrás del pelo y de los pelos tiraba le tiraba la cabeza con el caño del colectivo. Agarró y C. estaba llorando en el micro?*. Agregó que González Brizuela se drogaba y era golpeador, que su hermana estaba embarazada, *¿que varias veces le ha pegado?*, que se ha dado cuenta porque le vio moretones en los brazos, -fs. 18 y vta.-, que Osvaldo estuvo en pareja con la sobrina de su mamá con quien tiene dos hijos, *¿y dos veces la mandó al Hospital por los golpes que le dio, y ese fue el motivo por el cual ellos se separaron?*, -fs. 19-. Estas pruebas testimoniales también han sido debidamente incorporadas al acta de debate a fs. 578 vta., de autos.-

La Cámara centra el examen de las declaraciones de Diego y Lucas R. Echevarrieta y de Mirtha Echevarrieta Gómez, solo en el momento en que González Brizuela es herido por la encausada, y les resta valor probatorio a sus dichos por la relación de parentesco, y porque considera que el relato de la dinámica de los sucesos por parte de Diego y Lucas Echevarrieta es **¿francamente infantil?**, al no coincidir ambos en la audiencia con respecto al momento preciso en que fue herido González Brizuela por la imputada.-

En hechos de violencia de pareja ¿como el caso concreto- hay que valorar la secuencias de los mismos y los tipos y modalidades de agresiones, y no solo examinar el último momento donde se produce el desenlace fatal. Además, en estos hechos de violencia, generalmente son testigos presenciales los familiares de la pareja, por lo que para garantizar el derecho de defensa de las mujeres debe valorarse la prueba vinculada a

la historia de violencia de género de la imputada, y no debe ser minimizada y excluida mediante una visión reduccionista de quienes tienen que juzgarlos, sobre todo cuando los hechos de violencia no han sido denunciados formalmente o no se han obtenido condenas. La producción de esta prueba y su valoración es insoslayable para probar que la imputada actuó en legítima defensa, (cfr ARDUINO, Ileana y SÁNCHEZ, Luciana, *Proceso penal acusatorio y derechos humanos de las mujeres?*, publicado en *Una agenda para la equidad de género en el sistema de justicia?*, compilación Marcela V. Rodríguez y Raquel Asensio, CIEPP, año 2009, p. 71).-

La Corte IDH ha sostenido que las autoridades estatales deben abstenerse de fragmentar el acervo probatorio (Corte IDH, *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia 19/11/1999. Serie C. No 63, nota 112, párr. 233); y que las autoridades judiciales deben dar seguimiento a todos los elementos probatorios en su conjunto, de lo contrario se estaría ante una investigación ineficaz (Corte IDH, *Caso de la Masacre de Rachel vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 11/05/2007. Serie C No 63, párr.164).-

De acuerdo a lo expuesto, en el caso concreto hay que valorar todo el despliegue de las agresiones proferidas por González Brizuela a la encausada, desde que comenzaron a la salida del Registro Civil, continuaron en la parada del colectivo y durante el viaje, y se prolongaron en el domicilio donde ocurrió el hecho investigado. Y también hay que tener en cuenta, que con anterioridad al día del hecho la había golpeado según declaraciones de Lucas -cuando manifestó que intervino en defensa de su hermana-, de su otro hermano Diego cuando expresó que ella quería separarse de Osvaldo pero él la amenazaba de muerte, y de Daiana que manifestó que le vio moretones en los brazos por golpes recibidos con anterioridad al día del hecho.-

De las declaraciones testimoniales mencionadas, advierto que en forma coincidente Mirta Esther Echevarrieta y Daiana Ruth R. Echevarrieta manifestaron conocer el estado de embarazo de la encausada, que ésta les había contado que González Brizuela le pegaba y que cuando viajaban en el colectivo la insultó y le tiró el cabello.-

Estos aspectos esenciales que surgen de las declaraciones de los testigos presenciales no fueron valorados por la Cámara, sino que el análisis se centró en un hecho de violencia aislado y del último tramo de las agresiones protagonizadas por González Brizuela hacia la encausada, al no tenerse presente que la violencia de pareja que originó el desenlace fatal es la consecuencia de otras agresiones anteriormente llevadas a cabo, por quien resultó sujeto pasivo del hecho que originó esta causa penal en la que es imputada su pareja que estaba embarazada.-

En consecuencia con lo expuesto, considero que el requisito de la actualización de la agresión ilegítima se encuentra probado, porque la encausada fue agredida por González Brizuela a través de numerosos insultos que la humillaban y descalificaban como mujer y madre delante de sus hermanos, agresiones que continuaron en la parada del colectivo y durante el viaje donde también le dio un cachetón en la cabeza y le tiró el cabello, y que se prolongaron cuando se encontraban en el domicilio mientras ella hacía la comida, en razón que González Brizuela continuó insultándola en presencia de sus hermanos, y finalmente se colocó frente a ella y le arrojó un golpe de puño en el rostro o

cabeza, momento en que la encausada lo hirió en el pecho con el cuchillo que utilizaba en la cocina.-

8. 2. En relación al segundo requisito ?necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla? -artículo 34 inciso 6.b-, la Cámara también afirma que no se ha cumplido, porque según el informe psíquico de fs. 137 y vta., la encausada presenta un temperamento **?compatible con el impulso con ?animus necandi? con el que profirió la herida mortal?**, -fs. 586 vta., punto 2-. Y porque además, ?desde el punto de vista fáctico, y teniendo en consideración las circunstancias de tiempo y lugar en el que los hechos acontecieron, como así, la presencia de por lo menos dos hermanos de la imputada en el mismo ambiente y a corta distancia, como nos fue explicado durante la audiencia de debate, es dable visualizar que **la alternativa y el medio elegido por la imputada no era la única que inexorablemente estaba en el menú de opciones**. Es decir, no era el único camino que podía recorrer para neutralizar la agresión verbal de que habría sido objeto. El auxilio de los hermanos presentes, la retirada del sitio y **aún la lesión en zona no vitales del cuerpo de la víctima**, aún para el caso de la inminencia de una agresión física, **hubieran bastado para que el resultado mortal no se hubiera verificado**. Máxime, cuando la víctima no portaba arma o elemento algún con el cual acrecentar un supuesto accionar agresivo?, -fs. 586 vta./587, punto 3-.-

Como se ha sostenido *ut supra* y afirma Larrauri, la necesidad racional del medio empleado, ?expresa la exigencia de que la defensa adopte una *forma adecuada para repeler el ataque*. Se entiende que es adecuada la defensa menos lesiva que sea eficaz para conjurar el ataque?. Aclara la autora citada, que la afirmación de que ?existían otros medios disponibles parece realizarse en el reino de lo ideal, que ?el medio menos lesivo no está a disposición de las mujeres? y que para defenderse ?debe obligatoriamente utilizar un medio de mayor intensidad que el del hombre?. Que ?en síntesis, repetir mecánicamente que existen otros medios y, simultáneamente, reconocer que no están disponibles, o que ha probado no ser eficaces, o que no son exigibles, implica admitir que en la práctica éstos no existen?, (LARRAURI, *ob.cit.*, ps 66/68).-

En el caso concreto, la Cámara tampoco ha ponderado la situación de vulnerabilidad que presentaba C. Y. R. Echevarrieta, y que ha sido acreditada en la causa, esto es, que se encontraba embarazada -ver constancia de fs. 88, en la que la Dra. Herrera perteneciente al Cuerpo Médico Forense informa que la prueba de embarazo es positiva.-

A pesar de haberse incorporado a fs. 579 del acta de debate, el estado de embarazo de la encausada al momento del hecho, en la sentencia se ha omitido valorar lisa y llanamente esta prueba que también es decisiva, (L.S. 450-188; 419-24; entre otros).-

En ese estado de gravidez y después de las agresiones que C. R. Echevarrieta recibió de parte de González Brizuela ¿podía elegir otro medio y otro lugar del cuerpo menos lesivo de su pareja para defenderse de los golpes y hacer cesar los insultos que le profería?.-

Cabe destacar también, que en el momento del hecho investigado González Brizuela, la imputada y los hermanos Lucas y Diego se encontraban en la cocina aproximadamente a las 13.00 hs, en el horario del almuerzo, y que aquélla utilizaba un

cuchillo para picar verdura - ver declaraciones de Daiana Ruth R. Echevarrieta a fs. 18 vta.- . Ello demuestra, como alega la defensa, la ausencia de intencionalidad de dañar, porque no fue en busca del cuchillo para atacarlo, sino que después del golpe de puño que le arrojó González Brizuela, lo hirió con el cuchillo que tenía en la mano para hacer la comida.-

Expresa Larrauri que ¿el razonamiento elaborado pensando en un sujeto activo hombre debe modificarse si se pretende tratar de forma igual al sujeto activo mujer?. Que por tanto, ¿el arma que se argumenta como indicador de una mayor peligrosidad y como una presunción de dolo de matar, es sencillamente el medio necesario para poder llevar a cabo el ataque ya sea de lesiones o de muerte?, (Autora y *ob. cit.*, p. 47).-

Según Raúl Zaffaroni, ¿¿ la ley no exige una equiparación ni proporcionalidad de instrumentos, sino la ausencia de desproporción aberrante entre las conductas lesiva y defensiva, precisamente en sus respectivas lesividades?, y ejemplifica que no será irracional la defensa de ¿quien emplea un arma blanca o de fuego frente a quien le agrede a golpes de puño, si la superioridad física del agresor le impide detenerle con igual medio?, (Derecho Penal. Parte General., EDIAR, Buenos Aires, año 2011, p. 615).-

Y en el fallo mencionado de la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Tucumán, se cita a Roxin cuando expresa ¿¿ una esposa podrá en caso necesario defenderse incluso con un cuchillo o un revólver contra su marido si éste se dispone a golpearla en la cabeza con un objeto pesado, a atacarla con armas, a romperle los huesos, etc. Y en segundo lugar, ninguna esposa tiene por qué soportar malos tratos continuos (incluso leves), que denigran su dignidad y la convierten en objeto de la arbitrariedad del marido. Una mujer que es apaleada casi a diario por su marido por motivos insignificantes, ya no le debe la solidaridad de la que él mismo hace tiempo que se ha desligado; por eso puede hacerle frente con un arma de fuego si no puede defenderse de otro modo, y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse?, (ver Claus Roxin, ¿Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito?, Civitas, Madrid, año 1997, p. 652, n° 83).-

En el caso concreto, se comprueba la racionalidad de la necesidad del medio empleado por la imputada, atento las circunstancias de tiempo, lugar, secuencia de las agresiones y estado de embarazo en que se encontraba.

8. 3. Finalmente, para valorar si existió o no el dolo homicida, también hay que ponderar que después que se desploma su pareja, con la ayuda de vecinos y de sus hermanos, lo traslada inmediatamente al hospital para que lo asistan. Este accionar de la encausada que es relevante tampoco ha sido merituado por la Cámara, como alega la defensa.-

Las circunstancias anteriormente referidas y omitidas en la sentencia, como así también, que González Brizuela recibió solo una herida de arma blanca después que le arrojó un golpe de puño a la encausada que estaba embarazada, también demuestra la ausencia de dolo homicida en ésta.-

Sin embargo, la Cámara le resta credibilidad a la manifestación de la encausada cuando dijo que *¿ella no quería hacer lo que pasó?*, al entender que se contradice con la

afirmación de una testigo presencial que refirió haberle escuchado decir, que frente al hostigamiento verbal de González Brizuela le exteriorizó oralmente la posibilidad de darle un puntazo, sin considerar la secuencia de las agresiones ilegítimas que venía padeciendo la imputada desde que salieron del Registro Civil, y que continuaron hasta que finalmente, -mientras picaba verduras con un cuchillo - y a pesar de ser prevenido para que cesara en los hostigamientos, le arrojó un golpe de puño. Luego, no existió provocación por parte de la imputada, y por tanto, se da cumplimiento con el requerimiento negativo *¿falta de provocación por parte del que se defiende-* porque para proteger su integridad física y la del hijo por nacer *¿fruto de la unión con González Brizuela-*, frente al golpe de puño que le arrojó en la cabeza, puso su brazo para protegerse y lo hirió en legítima defensa, -ver fs. 584 vta./585.-

En este punto, es oportuno reflexionar con Mahoney (1991:20-21), cuando afirma que *¿la mujer tiene derecho a que el sistema jurídico la trate de acuerdo a sus circunstancias y responsabilidades sin ser sancionada por ello, como si se estuviese comportando de forma incomprensible, cuando lo incomprensible es que las presunciones de 'persona' en la teoría del derecho tomen como referente sólo el modelo de comportamiento masculino, e ignoren que el ser 'madre' invade todas las decisiones que la mujer adopta?*, (Autora y *ob. cit.*, p. 131).-

9. De conformidad con lo expuesto, considero que la Cámara no ha valorado desde una perspectiva de género, las reglas de la sana crítica racional, el principio de la unidad de la prueba (L.S. 458-63; 456-247; entre otros), y a la luz de la normativa y estándares internacionales referidos en los puntos 6 y 7 en concordancia con la ley N° 26.485, aspectos esenciales de las pruebas testimoniales antes señaladas, las que son decisivas para la interpretación y aplicación de la eximente de legítima defensa propuesta por la parte recurrente.-

En consecuencia, encontrándose cumplidos los requisitos previstos en el inciso 6° del artículo 34 del C. Penal, arribo al convencimiento de que se ha demostrado una causa de justificación que borra la antijuridicidad del hecho atribuido a C. Y. R. Echevarrieta, porque actuó en respuesta a las agresiones recibidas por parte de González Brizuela en legítima defensa de sí misma y del hijo que llevaba en su vientre.-

En base a las consideraciones vertidas, me pronuncio por el acogimiento del recurso de casación examinado y la revocación de la sentencia casada, -artículo 485 y concordantes del C.P.P.-

ASÍ VOTO.-

Sobre la misma cuestión el Dr. CARLOS BÖHM, adhiere por sus fundamentos, al voto que antecede.-

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. SALVINI, dijo:

Atento al resultado a que se arriba en la cuestión que antecede, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 600/602 por la defensa técnica de C. Y. R. ECHEVARRIETA, y en consecuencia, revocar la sentencia n° 7935, de fecha 5 de diciembre de 2013, que obra a fs. 581 y vta./583/590 de autos, en cuanto encuadró erróneamente la

conducta de la nombrada en el delito de Homicidio Simple, -artículo 485 y concordantes del C.P.P.-

Por consiguiente, se impone dejar sin efecto el dispositivo 1º) y los considerandos correspondientes de la sentencia citada, y en consecuencia, ABSOLVER DE CULPA Y CARGO A C. Y. R. ECHEVARRIETA por el hecho atribuido en la requisitoria fiscal de elevación a juicio de fs. 401/408 vta., porque su conducta encuadra en la LEGÍTIMA DEFENSA prevista en el inciso 6º del artículo 34 del C. Penal.-

Por lo tanto, corresponde disponer su INMEDIATA LIBERTAD en esta causa, debiéndose remitir los autos al Tribunal de origen, -artículo 488 del C.P.P.-

ASÍ VOTO.-

Sobre la misma cuestión el Dr. CARLOS BÖHM, adhiere al voto que antecede.-

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. SALVINI, dijo:

Atento el resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la parte recurrente y regular los honorarios profesionales de los Dres Sergio Walter Carreño y Carlos Javier Moyano por la labor profesional desarrollada en esta instancias en la suma de PESOS TRES MIL (\$ 3.000), a cargo de la encausada, -arts. 557, 558, 560 y concordantes del C.P.P.-

ASÍ VOTO.-

Sobre la misma cuestión el Dr. CARLOS BÖHM, adhiere al voto que antecede.-

Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Mendoza, 23 de junio de 2014

Y VISTOS:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

RESUELVE:

1º) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 600/602 por la defensa de C. Y. R. ECHEVARRIETA, y revocar la sentencia n° 7.935 que obra a fs. 581 y vta./583/590 de autos, por haberse encuadrado erróneamente la conducta de la

nombrada en el delito de Homicidio Simple -artículo 79 del C.P.-, por el hecho atribuido por requisitoria de elevación a juicio de fs. 401/408 vta., de autos, -artículo 485 y concordantes del C.P.P.-

En consecuencia, corresponde dejar sin efecto el dispositivo n° 1°) de la sentencia casada y los considerandos correspondientes, el que deberá reemplazarse por el siguiente: 1°) ABSOLVER DE CULPA Y CARGO A C. Y. R. ECHEVARRIETA, de circunstancias personales obrantes y conocidas en autos, del delito de Homicidio Simple -artículo 79 del C. Penal-, que se le atribuyera en la causa n° P-99.458/12, porque su conducta encuadra en la eximente de LEGÍTIMA DEFENSA prevista en el inciso 6° del artículo 34 del C. Penal, disponiendo su INMEDIATA LIBERTAD en esta causa, debiéndose remitir los autos al Tribunal de origen, -artículo 488 del C.P.P.-

2°) Imponer las costas a la parte recurrente y regular los honorarios profesionales de los Dres Sergio Walter Carreño y Carlos Javier Moyano por la labor profesional desarrollada en esta instancias en la suma de PESOS TRES MIL (\$ 3.000), a cargo de la encausada, -arts. 557, 558, 560 y concordantes del C.P.P.-

NOTIFÍQUESE.-

s.m.

Se deja constancia que la presente sentencia no es suscripta por el Dr. Mario Daniel Adaro, por encontrarse en uso de licencia. (Art. 484 en función del 411 inc. 5°) del C.P.P. Ley 6730 y sus modif.). Secretaría, 23 de junio de 2014.-