

PRESENTA MEMORIAL

EXCMO. TRIBUNAL:

Daniela Bersi, Fiscal Adjunta ante el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en causa nro. **59.157** caratulada “**DIAZ EVA EVANGELINA s/Recurso de Casación**” a VV.EE. respetuosamente digo:

I. Atendiendo al desistimiento de la audiencia de informe por parte de la defensa, vengo por este medio a presentar memorial, conforme lo previsto por el art. 458 in fine del C.P.P.

II. El Tribunal en lo Criminal nro. 1 de Junín condenó a Eva Evangelina Diaz a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, al considerarla autora penalmente responsable del delito de homicidio culposo, atento a haberse configurado en su accionar una legítima defensa putativa en relación a la figura de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego, en los términos de los arts. 41 bis, 84, 79 y 34 inc. 6to a contrario del CP.

III. Contra dicho pronunciamiento el señor defensor particular, Dr. Miguel Angel Chaves, interpone recurso de casación.

Invoca, en primer término, violación del derecho de defensa en juicio y principio de congruencia, y que se le ha imposibilitado contrarrestar la acusación en contra de su asistida, aunque no desarrolla ninguno de los agravios precitados, limitándose a solicitar la nulidad de la sentencia.

Subsidiariamente afirma que Eva Diaz actuó bajo el amparo de una causa de justificación, pues se defendió de la agresión ilegítima de su concubino, a fin de salvaguardar su propia vida. En virtud de ello, solicita la absolución de la encartada.

IV. Adelanto que más allá de la pobre exposición del recurrente en torno a sus pretensiones, y por los motivos que más adelante se analizarán, propiciaré se haga lugar al planteo subsidiario de la

defensa, en tanto considero que el a quo ha valorado arbitrariamente los elementos de prueba obrantes en autos a fin de descartar la causal de justificación invocada por Eva Diaz.

En forma subsidiaria, propiciaré que se repute invencible el error de prohibición indirecto que el a quo da por acreditado en el caso, en tanto el magistrado afirma la vencibilidad de aquel error, sin sustento en las constancias comprobadas en la causa.

A fin de simplificar la exposición, mencionaré, en primer término y en muy apretada síntesis, la versión de los hechos brindada por la imputada y sostenida a lo largo de todo el proceso judicial en su contra.

Así, Eva Diaz relata primero ante el agente fiscal y luego en la audiencia de debate, que el día de los hechos espera despierta el regreso a la casa de su concubino Rubén Benitez, que se había excusado previamente de ir a una cena familiar, aduciendo tener que realizar un “trabajito”. Que al arribar Benitez al hogar, mantienen una fuerte discusión. Que seguidamente Benitez se dirige a la habitación de ambos y se acuesta. Minutos después, la imputada pasa frente a la puerta de aquella habitación, siendo vista por Benitez, quien la increpa “no te dije que te fueras?!”, “no me jodas” o “no me rompas las pelotas, te voy a meter un balazo en la cabeza”. Que la mujer le contesta, ante lo cual Benitez trata de incorporarse de la cama, estirando su mano hacia la mesa de luz donde guardaba un arma de fuego, corriendo la encartada desde la puerta del dormitorio hasta la mesita – unos tres pasos de distancia -, tomando el arma antes que Benitez, disparando dos veces hacia su persona, luego de lo cual sale corriendo de la habitación, para posteriormente entregarse a la policía y contar lo sucedido.

No encontrándose controvertida la autoría de Eva Diaz en los disparos que dieran muerte a su concubino, sino la concurrencia o no de una causal de justificación, corresponde mencionar las circunstancias que el a quo dió por acreditadas en el fallo.

Así, al analizar la existencia de eximentes de

responsabilidad y luego de exponer las pretenciones de ambas partes y transcribir en extenso la declaración prestada oportunamente por la imputada Eva Diaz durante la IPP y ante el tribunal en el debate, el a quo expresó:

Que los extremos referentes al conflictivo contexto familiar, la personalidad agresiva y violenta de Benitez hacía la imputada y sus hijos, la circunstancia de que Benitez siempre había tenido armas de fuego en su poder y que una de ellas era guardada en la mesa de luz de la habitación de la pareja, se encontraban plenamente corroborados mediante los testimonios de los hijos convivientes del imputado y de la víctima, Alexis Benitez y Loana Macarena Diaz.

Del mismo modo fueron corroboradas las constantes y graves amenazas que Benitez le profería a Eva Diaz.

Por otro lado, el a quo dio por acreditado el episodio ocurrido meses anteriores, en que Benitez, luego de una discusión con la imputada, tomó una escopeta recortada, salió a la calle a buscar a su mujer, le apuntó y disparó, no logrando herirla en virtud de que aquella se resguardó detrás de un árbol. Ello mediante el testimonio de los testigos precitados y el expediente tramitado por ante el Juzgado de Paz, donde se denunciaron y ratificaron aquellos hechos.

Que la exposición de Eva Diaz a situaciones de violencia física y verbal durante más de veinte años fue además corroborada mediante lo expuesto en los informes psicológico, psiquiátrico y socio-ambiental incorporados por lectura y por los testimonios de los profesionales que los llevaran a cabo, quienes fueron interrogados por las partes en el debate.

En virtud de lo expuesto, el a quo afirmó:

Que se encontraba acreditada la reiteración de actos de violencia - tanto física como verbal -, de Benitez hacia la imputada; y el temor que aquella situación generaba en Eva Diaz.

Afirmó la certeza, más allá de toda duda, alcanzada

acerca de la situación inmediata previa que rodeó el caso y en ese sentido, que:

- Benitez y Diaz mantuvieron una fuerte discusión, cuando el primero arribó al hogar;
- que Benitez se fue a acostar primero, y que luego, al ver a Diaz pasar frente a la puerta de la habitación, retomaron la discusión;
- que en ese marco, Benitez amenazó a Diaz, expresándole que iba a meterle un balazo en la cabeza;
- que Benitez guardaba un arma de fuego en la mesa de luz de la habitación de la pareja, junto a la cama;
- que Benitez estiró su brazo derecho hacia la mesa de luz en medio de la discusión;
- que la imputada asumió que su pareja le dispararía en ese momento;
- que en ese contexto y “anticipándose a la consumación de la agresión”, tomó el arma y disparó a Benitez;

Más adelante agrega, en cuanto a la discusión que se generó en torno a la posición en que fue encontrado el cuerpo sin vida de Benitez, que si bien el brazo derecho de la víctima se encontraba extendido hacia la mesa de luz, ello no resultaba inequívocamente indicativo de que hubiese querido tomar el arma. Sin embargo, concluyó el a quo que ello no resultaba obstáculo a fin de dar crédito al relato de la encartada (ver fs. 27/vta del presente).

Sentado lo anterior, el magistrado comienza por afirmar que la legítima defensa es posible en tanto el agresor manifieste su voluntad de agredir y tenga disposición de medios idóneos para hacerlo, o sea, que pueda hacerlo (agredir), dependiendo la realización de su propia voluntad.

Luego, enfáticamente, el a quo expresa que en el caso, dadas las circunstancias fácticas acreditadas previamente, no se encontraba presente la configuración real de la agresión ilegítima invocada

por Diaz y que aquella actuó solo en la creencia de que era víctima de “una inminente y grave amenaza de agresión a su vida” por parte de su concubino, más esa circunstancia - afirma - no tuvo ningún correlato en la realidad, existiendo solo en la psiquis de la imputada.

Dicho esto, vuelve el a quo al relato de la propia encartada, haciendo hincapié (que se infiere por el destacado en negrita que utiliza en la transcripción), al tramo que sucediera luego de la primera discusión entre los concubinos. Así, se lee “... él me respondió no me jodas, o **no me rompas las pelotas te voy a meter un balazo en la cabeza**. Y yo le dije que no me iba a ir **pegame si me tenés que pegar**, y cuando veo que él se endereza y se levanta de la cama estirándose hacia la mesa de luz que tenía la puertita entreabierta, como **sabía que ahí él tenía un revolver** adentro de una capucha, no sé cómo hice pero llegué de la puerta de la pieza hasta la mesa de luz y **agarré el arma antes que él...**” (reitero, el destacado en negrita corresponde al fallo original).

Por otra parte no deja el a quo de resaltar nuevamente en este punto la credibilidad que le mereció el relato de la encartada, dando por acreditados los hechos por ella expuestos en relación a las amenazas que Benitez le efectuó aquella noche, como su contestación; el hecho de que Benitez se incorpora en la cama y estira su brazo hacia la mesa de luz como buscando algo; que en ese mueble se guardaba un revolver, y que ambos lo sabían.

Destaca aquí el a quo, como dato relevante junto a la restante prueba analizada, la estructura de personalidad débil y sumisa de la imputada, como las constantes agresiones de las que había sido objeto por parte de su concubino a lo largo del tiempo, que habían incluido un ataque previo con un arma de fuego. Concluye que de lo anterior, podía considerarse que la encartada había sido ganada en la oportunidad por la “ansiedad, emoción que sumada al temor que le infundía su pareja, aceleró y precipitó una reacción psicomotora abrupta y violenta, como fue intentar defenderse de lo que sintió como una amenaza inminente de ser agredida,

nuevamente, por su pareja con un arma de fuego”.

Párrafo seguido agrega el sentenciante que Diaz, en aquel convencimiento, “... desarrolló su acción, a la que consideró defensiva, instantes después de ser nuevamente amenazada de muerte por un disparo por parte de su pareja y advertir que el mismo se enderezaba en la cama como para alcanzar el revolver guardado”.

Seguidamente, regresa el a quo al análisis de la eximente invocada, donde transcribe pasajes de dos fallos del Tribunal de Casación de esta Provincia, que en similar sentido admiten que la legítima defensa es posible frente a una agresión inminente, siempre que exista una situación objetiva de peligro que torne necesaria la protección individual y, a través de ella, el prevalecimiento del Derecho. En uno de los fallos precitados, se descartaba la eximente, en tanto sólo se había comprobado la existencia de “gritos e insultos, que obviamente no representa[ban] un peligro para la vida o la integridad física ni permit[ían] intuir una agresión inminente de aquella naturaleza...”. Podría inferirse – por la utilización de la cita jurisprudencial -, que para el a quo aquellos casos resultan asimilables al de Eva Diaz, pero aquí no se acreditan meros “gritos e insultos”, sino graves amenazas de muerte en un marco violencia contra aquella mujer, por quien contaba a su disposición un arma de fuego, en condiciones inmediatas de uso.

Luego menciona doctrina que entiende también aplicable al caso (postulados de Carlos Tozzini relacionadas con supuestos de justificantes imaginarias), de donde puede extraerse que aquellas causales, por el mismo hecho de ser putativas, son las que no existen más que en la creencia de lo fáctico por parte del agente.

En definitiva, entiende el magistrado que no puede afirmarse en el caso, objetivamente, que la encartada estuviese expuesta a una situación de peligro real. Agregando nuevamente que a nivel subjetivo sí le asistían “sobradas razones para presumir que su vida o, al menos su integridad física, se veían seriamente amenazadas”.

Si bien lo que sigue corresponde al planteo subsidiario de esta parte y será motivo de análisis más adelante, continuaré con la hilación de los argumentos brindados en el fallo, para su mejor exposición y comprensión.

Así, el a quo da por acreditado que Diaz actuó en virtud de un error de prohibición indirecto (aquel error que recae sobre la concurrencia de un presupuesto objetivo que condiciona una causa de justificación), expresando que la imputada creyó que Benitez - en medio de una fuerte discusión -, se enderezó en la cama en busca del arma y por ello, la falsa creencia recayó sobre un elemento esencial de la agresión: el arma de fuego.

Si bien lo correcto hubiera sido afirmar que el error resulta esencial por recaer sobre la existencia misma de la agresión, lo cierto es que el magistrado ingresa en el análisis acerca de la evitabilidad o no de aquel error, para afirmar que de acuerdo a las circunstancias del caso le era exigible a Diaz su superación, y por ende, puede reprocharse su conducta penalmente.

Es curiosa la argumentación en ese punto brindada por el sentenciante, pues afirma por un lado que Diaz llegó a tal error “condicionada fuertemente por su historia de vida junto a su concubino Benitez, signada por la violencia y las agresiones, resultando un punto inflexivo en la misma una agresión a manos del mismo con un arma de fuego ocurrida tiempo antes”, (recordemos que ya había afirmado que le sobraban razones para presumir que su vida se veía seriamente amenazada), para luego expresar que en tales circunstancias Diaz pudo haber “asumido otra postura más racional, como la de irse del lugar para evitar en lo inmediato ser agredida por un disparo de armas de fuego, tal como había hecho en una oportunidad anterior” .

Esta última exigencia resulta absurda, no solo desde el plano de vista normativo, pues justamente la causal en trato habilita a que en situaciones semejantes uno pueda defenderse y no soportar el acto

antijurídico en su contra, sino que resulta absurda desde los más elementales instintos de autoprotección, pues ante situaciones límites como ver en peligro la propia vida, de forma inminente, ¿es exigible asumir una postura “más racional” que la de defenderse?.

Pero volviendo al argumento del a quo, y en lo que aquí interesa, concluye que en las circunstancias dadas, aquel error era evitable, mereciendo ingresar en el reproche de culpabilidad de la encartada.

V.- Expuesto lo anterior, considero que el a quo ha efectuado un erróneo y contradictorio razonamiento a fin de descartar la agresión ilegítima de la que Diaz se defendió la noche de los hechos.

Así, por un lado entiende que Diaz obró sólo en el convencimiento (justificado) de que era víctima de una inminente agresión ilegítima por parte de su concubino, pero sin correlato alguno en la realidad, y por el otro, a lo largo de toda su exposición, el magistrado dió crédito al relato de la imputada en todas las demás circunstancias que rodearon el hecho aquella noche y acreditó lo relativo a la historia de violencia, agresiones y amenazas previas, y al episodio anterior donde Benitez disparó a la encartada con una escopeta recortada luego de una discusión.

Al contrario de lo sostenido por el a quo, entiendo que sobradamente fue acreditado en autos que Eva Diaz actuó ante una real situación de peligro en contra de su vida, o al menos su integridad física, por parte de su entonces concubino.

Así, la agresión inminente se encuentra plenamente acreditada mediante la amenaza de muerte por parte de una persona que había demostrado que era capaz de cumplirla y que disponía de una arma de fuego cargada a escasos centímetros, en condiciones de inmediato uso.

Contando con estos datos objetivos y afirmando el a quo que la conducta de la víctima resultó equívoca, pareciera que para el magistrado la eximente en trato hubiera operado sólo si Benitez hubiese alcanzado el arma de fuego antes que Diaz.

En este punto, cabe destacar, que la legítima defensa, conforme lo dispone el art. 34 inc. 6to. del CP, habilita la defensa para *impedir* o repeler una agresión ilegítima. En ese sentido, no se requiere que la agresión haya comenzado a ejecutarse, pero es preciso que sea actual.

Se ha afirmado que una agresión es actual cuando es inmediatamente inminente, está teniendo lugar o todavía prosigue. Frecuentemente se ha definido que una agresión es inmediatamente inminente cuando porsteriormente ya no se la podría repeler o sólo sería posible en condiciones más graves.

En ese sentido, al situar el momento de la inminencia del ataque, se ha expuesto que no debe equipararse con el comienzo de la tentativa "...como tampoco que la voluntad del agresor resulte inequívoca, resultando preferible la fórmula que considera que la agresión es inminente cuando el comienzo de ejecución depende exclusivamente de la voluntad del agresor potencial. En otras palabras: se cumple con la exigencia cuando el atacante puede decidir por sí mismo, y cuenta con los medios necesarios para ejecutar el acto agresivo" (Righi, Esteban, Derecho Penal - Parte General, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 276).

En el caso concreto, Eva Díaz actuó a fin de impedir la agresión inminente de su concubino, en tanto éste la amenazó con darle un balazo en la cabeza para acto seguido intentar tomar un arma de fuego, cargada, no albergando ninguna duda la encartada de que aquel cumpliría con su amenaza, pues ya lo había hecho con anterioridad.

En ese marco, resulta evidente la ilegitimidad de la agresión, pues claramente la conducta de Benitez no se encontraba justificada y por otro lado debe sostenerse la falta de provocación suficiente por parte de la encartada, pues el solo hecho de decirle a su concubino "pegame si me tenés que pegar" no podría erigirse como causal para eliminar la autorización de la defensa posterior de Díaz.

Asimismo entiendo acreditada la necesidad de la defensa, en tanto la reacción de Díaz resultó idónea a fin de repeler la

inminente agresión a la que era expuesta, y el medio defensivo objetivamente se mostró como eficaz para eliminar aquel peligro. En ese sentido, si bien la doctrina requiere como requisito que el defensor elija, de entre varias clases de defensa posibles, el medio menos lesivo para el agresor, dicho principio se ve relativizado en tanto el agredido no tiene por qué correr ningún riesgo. Asimismo se ha destacado que mediando el empleo de un arma de fuego, tampoco es preciso exigirle al defensor que efectúe un disparo de advertencia cuando sea posible - de no tener éxito - , ser víctima de la agresión.

Es decir, la cuestión es, si tras la advertencia o utilización de un medio menos lesivo, y en caso de que ello no tenga éxito, sigue siendo posible una defensa segura contra la agresión. En el presente caso, claramente la defensa mediante un arma de fuego en contra de Benitez resultó el medio eficaz y racional para hacer frente a la agresión inminente, en tanto Eva Diaz se encontraba ante un agresor especialmente violento, con conocimiento y práctica en el uso de armas de fuego.

Agrego por último, que analizando la situación desde un baremo objetivo y *ex ante*, según el juicio de un tercer observador sensato, la defensa se muestra como necesaria y el medio empleado por Diaz como idóneo y racional, para repeler la inminente agresión ilegítima de Benitez, en el contexto concreto, y sin correr ningún riesgo para su integridad física o para su vida.

Por lo demás, cabe destacar en este punto, al contrario de lo sostenido por el a quo (si bien al dar tratamiento a la vencibilidad del error que él da por configurado en autos), que no le es exigible al defensor de una agresión inminente una actitud tal como irse del lugar para evitar ser agredido por un disparo de arma de fuego.

Lo anterior se desprende del fundamento bidimensional de la legítima defensa, pues ni la persona agredida (aspecto individual), ni el orden jurídico (aspecto social), deben ceder frente a lo ilícito. Quien obra

amparado por esta causa de justificación no sólo protege sus propios bienes jurídicos, sino que además cumple una función de reafirmación del derecho.

Por todo lo expuesto, considero que la declarada inexistencia de una situación objetiva de peligro, producto de la agresión ilegítima e inminente por parte de Benitez hacia Diaz, resulta consecuencia de una absurda valoración de la prueba por parte del a quo, que no se corresponde con las constancias de la causa.

Por lo demás, se encuentran acreditados en autos todos los demás extremos que la causal de justificación prevista en el art. 34 inc. 6to. del CP requiere, por lo que solicito a VVEE se case la sentencia recurrida, asumiendo competencia positiva y se resuelva por la aplicación de la eximente precitada, absolviendo a Eva Evangelina Diaz de toda responsabilidad penal.

VI.- En forma **subsidiaria**, si VVEE entendiesen acertada la conclusión a la que arriba al quo al dar por acreditado solo el tipo subjetivo de la causal de justificación invocada en el caso y sostuviesen que Diaz actuó en un error sobre la concurrencia de un presupuesto objetivo que condiciona una causa de justificación – en el caso la agresión misma -, solicito que se repunte aquel error de prohibición como invencible.

En ese sentido, entiendo que el a quo sin fundamento alguno tuvo por acreditado el carácter vencible de aquel error.

Sostengo lo anterior en base a las condiciones concretas en que actuó la encartada, en tanto el a quo acreditó que Diaz creyó erróneamente que Benitez - en medio de una fuerte discusión - se enderezó en la cama en busca del arma a fin de agredirla y que llegó a tal error *“condicionada fuertemente por su historia de vida junto a su concubino Benitez, signada por la violencia y las agresiones, resultando un punto inflexivo en la misma una agresión a manos del mismo con un arma de fuego ocurrida tiempo antes”*, (cabe destacar aquí nuevamente que el

magistrado sostuvo que a Diaz le sobran razones en ese contexto para presumir que su vida se veía seriamente amenazada).

Agrego a lo anterior, la acreditada circunstancia de que efectivamente en la mesa de luz del dormitorio Benitez guardaba habitualmente un arma de fuego y la amenaza de muerte efectuada instantes antes a la encartada.

Considero que dado aquel contexto, resulta irrazonable y sin sustento alguno, la conclusión a la que arriba el magistrado al afirmar que Diaz tendría que haber advertido que estaba obrando bajo los efectos de un error, pues no era posible exigirle a la encartada al momento del hecho, dada la situación apremiante en que se hallaba, que percibiera – al menos mínimamente – la antijuridicidad de su conducta.

Concorre un error de prohibición invencible o insuperable en los casos en que, aun actuando con la diligencia que era dable exigir, el autor no hubiera podido advertir su error, siendo su consecuencia la exclusión de la culpabilidad, en tanto se trata de un sujeto que obró sin posibilidad de motivarse por el cumplimiento de la norma.

En igual sentido, se ha afirmado que *“...al haber incurrido el legitimado pasivamente en un error [de prohibición] inevitable no es procedente efectuarle ningún tipo de reproche por su conducta antijurídica, decae la culpabilidad, debiendo descartarse –por consiguiente– la punibilidad del comportamiento disvalioso atribuido”*.(TCP, Sala III, causa 39.016 caratulada “N., D. L. s/ Recurso de Casación”, rta. 19.05.10, votantes Carral – Violini)

Por las razones expuestas, solicito que de no hacer lugar al planteo principal de esta parte, de igual modo se case la sentencia recurrida y se absuelva a Eva Evangelina Diaz por haber obrado en virtud de una causal de inculpabilidad, de conformidad con lo normado en el 34 inc.1 del Código Penal.

VII. Por último, cabe destacar que si bien el a quo

enmarcó la relación entre Benitez y Eva Diaz como un típico caso de **violencia contra la mujer**, esa problemática no fue considerada en su verdadera dimensión al momento de merituar la causal de justificación sostenida por la imputada.

Y es que en estos especiales casos nos encontramos en presencia de una agresión permanente, de carácter físico y/o psicológico, que mantiene a la víctima en un constante y aterrador estado de peligro. En la dinámica de la violencia doméstica sabemos que las amenazas no son remotas: se convierten tarde o temprano en realidad.

En ese marco, la mujer no está obligada a esperar ser herida de muerte o golpeada brutalmente para reaccionar en su defensa. La mujer que ha vivido por muchos años la violencia, ve permanentemente amenazada su vida o su integridad física, tanto antes, como durante o después de la agresión misma, debido a la continuidad y reiteración de los maltratos a que es sometida.

Por otro lado se destaca que en este tipo de casos la cronicidad, habitualidad y permanencia de episodios de violencia físicos y/o psicológicos a lo largo del tiempo dentro del núcleo familiar, conlleva lo que se ha denominado 'escalada de la violencia', referido al proceso de ascenso paulatino de intensidad y duración de la agresión en cada ciclo consecutivo, en el que cada vez se va acortando la distancia entre los episodios violentos, que por ser parte del ciclo, se repetirán una y otra vez.

VIII. Por los argumentos expuestos, solicito a VV.EE. se haga lugar al recurso interpuesto, en los términos aquí expuestos.

Proveer de conformidad

Será Justicia

Palabras clave: Dictamen fiscal- legítima defensa- violencia de género