

N° 320 T° 8 F° 268

Rosario, 06 de agosto de 2.009.-

AUTOS Y VISTOS: Los recursos interpuestos en el Expediente N° 773/2009 del Registro de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala IIda integrada, en la causa seguida a “**A., M. D. s/ Homicidio simple**”, hija de J. y Ángela M.. M., nacida en Rosario el 2 de Agosto de 1975, prio. N° 1.417.871, acciones de las cuales,

RESULTA: Que el Tribunal de 1era Instancia en Juicio Oral condenó a la acusada a la pena de cuatro años de prisión por el delito de Homicidio con exceso en la legítima defensa (Art. 79 y 35 del CP), unificando la pena con la de seis meses de prisión condicional dictada en 29 de Abril de 2005 por el Juzgado Penal de Sentencia N° 1 y fijando como pena única la de cuatro años y seis meses de prisión efectiva, revocando la condicionalidad oportunamente impuesta (Art. 27 y 57 del CP).

Que contra dicha sentencia apeló la defensa que pretende la absolución de su asistida o la reducción de la pena impuesta. Asimismo apeló la Fiscalía que pretende la condena por Homicidio Simple, o subsidiariamente el incremento de la pena impuesta.

Que en la audiencia prevista por el Art. 478 XIII (Art. 401 de la Ley 12734), el Tribunal informó a los comparecientes que la mecánica del ordenamiento procesal vigente distingue los **Motivos** de la **Fundamentación** del Recurso, exigiendo a los recurrentes precisar cada motivo con su fundamentación. En este sentido, las partes **no** podrán ingresar nuevos **Motivos** de los enunciados en su escrito de interposición del recurso; en cambio **si** podrán ampliar la **Fundamentación** de los mismos **Motivos** indicados con anterioridad, al momento de sus respectivas exposiciones en la audiencia.

Que para facilitar la discusión el Tribunal condensó, en los siguientes, los **Motivos**

habilitantes que extrajera de las instancias recursivas de las partes:

MOTIVOS DEL RECURSO DE LA DEFENSA: 1.-Nulidad por incompetencia material y trasgresión al juez natural al resolver sólo la Presidente del Tribunal las incidencias procesales planteadas por la defensa, en lugar de expedirse originalmente el colegiado.

2.- El defensor plantea la duda sobre la existencia de un homicidio. Sostiene la probable accidentalidad de la muerte; o la probable legítima defensa, sin haberse acreditado el exceso. En subsidio, solicita la reducción de la pena.

3.-Indica que: No hay prueba de “Haber quitado el pico de botella su asistida a Rivero”.

4.-Ataca la conclusión del Crio. Rendo por dogmática y subjetiva. Además el mismo no da razón de sus dichos y califica sin fundamento de artera la acción de A.

5.-Los jueces ignoraron la declaración de A. en cuanto expresara: “Rivero la seguía amenazando de muerte aún cuando ella tenía el pico en la mano”, “él, cuando yo tenía el pico en la mano derecha, se me abalanzó y se cortó la cara”, “se clavó el pico de la botella solo”.

6.-Asimismo A. “se rectifica en la reconstrucción y da sus razones. Cuando se le pregunta: Vd., ¿tocó el pico de la botella?; Responde, “no me acuerdo porque yo corrí. Estaba muy nerviosa...no estaba en condiciones de declarar”.

7.-Aclara el defensor que, en concordancia con los dichos de su asistida no sustenta ninguna afirmación concluyente en sus planteos sino que formula hipótesis posibles o probables en oposición a la contundente afirmación de la fiscalía.

8.-Ni de la indagatoria, ni de la reconstrucción de A. surge que el peligro

hubiere cesado para ella al traspasar el bebé de manos.

9.-Más vale, la mujer asustada quiso zafar de la situación y “en su intento haya movido sin rumbo cierto su brazo y/o su mano produciéndose el corte en el cuello de Rivero. Cabe también la posibilidad de que en el revoleo este último se haya auto inferido el corte”

10.-La unificación en 4 años y ½ es injusta y excesiva. Pide la reducción a 3 años de acuerdo al Ppio de proporcionalidad, a la influencia de la violencia de género (mujer maltratada y vulneración de los derechos del niño), debiéndose computar las características personales de A..

MOTIVOS DEL RECURSO DE LA FISCALIA:1.-Afirma que: No está probada la agresión ilegítima previa por parte de Rivero. Por tanto no hubo legítima defensa inicial ni entonces es posible el exceso de una legítima defensa inexistente.

2.-No existe prueba de que Rivero rompiera el pico de la botella. Nadie vio a Rivero con el pico de la botella en la mano y la huella dactilar en ella detectada es de A..

3.-No existió desarme, en consecuencia, por parte de la imputada.

4.-No hay prueba de una lucha a escasos centímetros de distancia.

5.-Rivero tenía un bebé en brazos y ningún arma cuando fue agredido.

6.-Si había cesado la situación de peligro no existía justificación alguna.

7.-La calidad de maltratada y golpeada se funda en testimoniales como la de la hermana de A. quien, tras reconocer no tener trato con ellos se explayó sobre supuestos malos tratos con evidente mendacidad.

8.-No se demostró una situación de violencia de género como se alega.

9.-Quien invoca el exceso debe acreditar la agresión ilegítima del otro.

10.-A. tomó el pico de la botella recortado en sus manos y le aplicó un golpe certero y mortal en la zona cervical izquierda seccionando las carótidas interna y externa, cuando Rivero tenía en sus brazos una bebé de cuatro meses y sin que el mismo pudiera prever semejante agresión ni defenderse de su parte. Pide su condena a 12 años de prisión, unificando la pena con la anterior a 12 años y 6 meses de prisión. En subsidio requiere se incremente la sanción a cinco años de prisión.

Que no existiendo ofrecimiento de prueba, sobre la base de los **Motivos** aludidos y consentidos por los contradictores, encontrándose los mismos en condiciones de ser oídos, se les pone en su consideración la posibilidad de que acuerden el orden de exposición como el procedimiento que estimaren mas conveniente (Art. 13 de la Ley 12734). Concedida la palabra, sucesivamente, a la Fiscalía y a la Defensa, y brindada la oportunidad de expresarse a la acusada, la audiencia pasa a cuarto intermedio hasta el día de la fecha a las 10 hs. en que habrá de leerse la Sentencia respectiva.

Y CONSIDERANDO: I.- Como se trata del primer recurso de apelación, interpuesto contra una sentencia pronunciada tras el debate oral instituido en el nuevo procedimiento, resulta conveniente prologar esta resolución de la Cámara con una breve referencia a las características dominantes de la especial impugnación establecida por los legisladores.

De acuerdo a la doctrina y legislación tradicional contra la sentencia del juicio oral sólo podía interponerse el recurso de casación, adoptándose por la jurisprudencia una concepción por demás restrictiva de su procedencia, circunstancia que fuera considerada por la CSJN en el fallo “Casal” como violatoria del derecho al recurso del inculpaado (garantía de la doble instancia) contra la sentencia penal

condenatoria, instituido por las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos.-.

Es por ello que la reforma procesal santafesina sustituyó aquel recurso de casación –reducido primordialmente a las cuestiones de derecho- por el recurso de apelación –con el afán de posibilitar ampliamente la revisión ante la Alzada-, de manera que los hechos y la valoración de la prueba pudieran ser materia eventual de la impugnación.

Pero la opción legislativa por un generoso recurso de apelación no debe llevar al error de reeditar en todos los casos ante la Cámara, por medio de video filmación, el debate íntegramente desarrollado ante los jueces originarios. El juicio por antonomasia es el realizado en 1ª instancia, donde se estrena públicamente, con inmediación probatoria, el principal contradictorio. Por ello la apelación se circunscribe sólo a revisar la corrección de lo actuado y juzgado en la instancia originaria, en la medida de los motivos puntualizados en los agravios del impugnante (salvo que, de oficio, el tribunal superior encontrara procedente mejorar la situación del imputado).

Acompasando dicha congruencia, únicamente se reproducirán ante el Tribunal del recurso los actos de la audiencia del debate que resultaran indispensables al tratamiento y resolución de los puntos concretamente citados como motivos de impugnación. En otras palabras, no hay un nuevo juicio fundado en grabaciones e imágenes: se trata de inspeccionar lo discutido y resuelto, para, en su caso, confirmar la condena apelada, revocarla –disponiendo la absolución- , o anular la sentencia impugnada ordenando el reenvío para efectuar un nuevo juzgamiento.

Que no puedan equipararse el juicio realizado en 1ª instancia con el de revisión por vía de apelación, es una conclusión evidente cuando se piensa en un procedimiento con un tribunal integrado por jurados, como el mandado por la CN en su art.118: la apelación necesitaría de un nuevo jurado de 2ª instancia para considerar sin

limitaciones lo visto y oído por el jurado de origen y sus veredictos contradictorios aparecerían como un indisimulable escándalo jurídico. Lo que hay que examinar es la existencia o inexistencia de injusticia, incorrección, defecto o ilegalidad; no sustituir ex novo el primigenio pronunciamiento si no se vislumbra el yerro, la equivocación, o el vicio que impulsa su reforma.

Tanto se identifica el juicio con el debate y el pronunciamiento de 1ª instancia que contra éste algunas legislaciones sólo regulan el recurso de nulidad, mientras otras –siguiendo la doctrina dominante- confieren legitimación impugnativa exclusivamente a la defensa contra la sentencia condenatoria o productora de su perjuicio, de manera que para la fiscalía y el querellante no hay otro juicio más que el definido ante el tribunal de grado.

No es, este último, el caso del nuevo código santafesino que autoriza al Ministerio Público Fiscal (y al querellante) a recurrir las sentencias absolutorias, aunque no mantiene la posibilidad de adherir al recurso interpuesto por la contraparte. La adhesión al recurso por parte del Fiscal obligaba al defensor responsable a ser muy cauto al momento de decidir o no si interponía la apelación contra un fallo, pues ello significaba asumir el riesgo que el Fiscal Superior se acoplara al recurso, insistiendo en la pretensión más gravosa deducida oportunamente en el juicio.

Sin embargo aunque el peligro de la adhesión no exista, lo mismo debe ser prudente y reflexivo el defensor al promover una apelación cuando su actitud puede determinar a la fiscalía a interponer, dentro del plazo legal, el recurso dirigido a modificar el fallo en perjuicio del acusado. Tal parece ser lo ocurrido en este proceso donde el Ministerio Público Fiscal formalizó la apelación al día siguiente de presentarla la Defensa.

De todas maneras se discute doctrinariamente si la facultad de la

Fiscalía de recurrir las sentencias absolutorias no lesiona la garantía del non bis in ídem; es decir, intentar una nueva persecución penal procurando la imposición de una pena, cuando el juicio propiamente dicho ha culminado con una definición adversa a sus pretensiones y el acusador agotó su incriminación en la instancia íntegramente concluida. Hasta el momento no existe una jurisprudencia terminante en tal sentido.

Si se acepta la legitimación del acusador para agravar el fallo en perjuicio del acusado, corresponderá, en su caso, habilitar a otro órgano jurisdiccional donde pueda hacerse valer el derecho al recurso del inculcado, reconocido por los pactos internacionales de derechos humanos.

En el presente, que aquí se juzga, la defensa planteó la cuestión constitucional para la hipótesis de que esta Cámara arribara a una solución más gravosa para la acusada que la resuelta por la sentencia de grado.

II.- Hecho el introito aclaratorio precedente, se impone, por razones de lógica, tratar en primer lugar el reclamo de nulidad del defensor por haber resuelto unipersonalmente la Jueza Presidente del Tribunal las cuestiones planteadas durante el juicio de grado.

Para el Dr. Ceconi la Dra. Lurati, como Presidente del Tribunal, resolvió en 1ª instancia incorrectamente por sí sola las incidencias planteadas durante el debate pues su competencia se restringía a “las cuestiones de mero trámite”, “mientras aquéllas que puedan afectar a las partes deben ser dispuestas por el pleno del Tribunal”.

La invalidación pretendida debe ser desestimada. Al margen de resultar difícil la distinción sustentada por el recurrente -porque la decisión sobre las cuestiones de trámite pueden ocasionar menoscabo a cualquiera o a todas las partes en el proceso-, lo cierto es que el juicio oral ante un tribunal colegiado sólo es compatible con la

dirección unipersonal del Presidente resolviendo de inmediato las peticiones formuladas durante el debate por las partes, sin perjuicio del recurso de revocatoria ante el tribunal en pleno. Resulta inimaginable que la oposición a cada pregunta efectuada a un testigo (art. 325 de la ley 12734) deba ser resuelta, previa deliberación, por el pleno de jueces como tribunal originario. En ese sentido la doctrina señala “que las facultades de dirección recaen sobre el presidente del tribunal del juicio”, comprendiéndose entre aquéllas la “aceptación o rechazo de las peticiones formuladas por las partes sobre cuestiones concretas”; procediendo “contra las decisiones que se dicten, el recurso de reposición ante el tribunal en pleno” (Cfr. Erbetta, Orso, Franceschetti y O., p.603/604)

III.- Rechazada la nulidad aludida, parece adecuado apreciar globalmente las pretensiones antagónicas sostenidas por los contradictores.

Frente a una sentencia que condena por exceso, la fiscalía asevera que nunca hubo situación de legítima defensa porque no está probada la agresión ilegítima previa por parte de Rivero, ni que éste fuera quien rompiera el pico de la botella; en todo caso, el peligro para la vida de la acusada había cesado cuando propinó la herida productora de la muerte de Rivero, pues en ese momento éste tenía un bebé en brazos y no esgrimía ningún arma. Expresa –además- la fiscalía que quien invoca el exceso debe acreditar la agresión ilegítima del otro.

A su turno la defensa afirma que la muerte fue accidental, arguye la inexistencia de prueba sobre que su asistida le quitara el pico de la botella a Rivero, alega que los jueces ignoraron la declaración de A. en cuanto expresara que Rivero la seguía amenazando de muerte aún cuando tenía el pico de la botella en la mano y que el mismo “cuando yo tenía el pico en la mano derecha, se me abalanzó y se cortó la cara”, “se clavó el pico de la botella solo”. En su caso, sostiene, se acredita la legítima defensa

y no está probado el exceso. Subsidiariamente solicita la reducción de la pena impuesta.

Como puede deducirse las partes coinciden en aceptar la muerte violenta de Rivero en el curso de un grave incidente con la acusada y en oportunidad de hallarse con ellos un bebé de brazos. Difieren, en cambio, en cuanto a la carga de la prueba de la legítima defensa (la fiscalía entiende que debe acreditarla la defensa) y respecto del exceso definido por el tribunal de grado (la defensa arguye que debió probarlo la fiscalía). Ahora bien, como no han existido testigos de lo ocurrido habrán de analizarse cada una de las circunstancias fácticas invocadas por los contradictores.

No es cierto que la probanza inequívoca de la inicial legítima defensa – y con ella de la agresión originaria de Rivero después de romper la botella- corresponda inexcusablemente a Marta Dolores A. y su asistente técnico. Como el relato de la imputada en este punto es coherente, su versión verosímil y no existen elementos de convicción que desmientan sus dichos, la creíble afirmación, aunque más no sea por el beneficio de la duda (in dubio pro reo), habrá de tener acogida jurisdiccional como opción más favorable a la acusada (art. 7 de la ley 12734).

En cambio no goza del mismo crédito lo narrado ulteriormente por la acusada, en oportunidad de concretarse la herida letal del occiso, en cuanto expresara: “cuando yo tenía el pico en la mano derecha, se me abalanzó y se cortó la cara”, “se clavó el pico de la botella solo”. En este tramo la explicación brindada no sólo es inverosímil a la luz de la sana crítica (las reglas de la experiencia, de la psicología y del sentido común), sino que por la ubicación y características de la herida mortal, el rotundo golpe inferido seccionando ambas carótidas (cfr. las elocuentes fotografías de la autopsia obrante a fs. 86 y sigs. del legajo del primer cuerpo), descarta toda posibilidad de causa accidental o de autoinflcción del corte (véase asimismo en cuanto a la longitud de la herida punzo cortante en el acta de levantamiento de cadáver de fjs.9)

Por otra parte, las huellas digitales de A. en la botella descartan que el objeto no pasara por su mano, y el traspaso de la criatura -corroborado por el testimonio de Inés Miño al relatar que la madre de A. bañó al infante para limpiar la sangre brotada del herido- marcan una cesura en la agresión invocada y enerva el sustento de la persistencia del peligro a la integridad física de la mujer. ¿Cómo podía atacarlo Rivero sin el trozo de botella y con un niño en los brazos? Todo indica que la inicial agresión de Rivero se difumina en el momento crucial y en esta segunda secuencia se habría extinguido la justificación primigenia. Para colmo, y en concordancia con la confusión de su asistida, el defensor no sustenta ninguna afirmación concluyente en sus planteos – según una definida teoría del caso-, sino que formula hipótesis posibles en oposición a la contundente afirmación de la fiscalía. Precisamente sobre este último punto se plantea la controversia entre el tribunal de grado y el defensor, al que haremos referencia en el Considerando siguiente.

IV.- Los agravios del defensor censuran acerbamente lo resuelto en 1ª instancia cuando la sentencia refiere que “las hipótesis de la defensa son esencialmente contradictorias” (lesiones auto- inferidas por Rivero; o causadas por A. para defenderse de la agresión, o en estado de emoción violenta cuyas circunstancias la hacían excusable).

En ese sentido el titubeo de la defensa, en cuanto a sostener la versión única más consistente y sólida, de la que estuviera en realidad persuadida, desdibuja la fortaleza de la resistencia a la acusación formulada y resta seriedad a los planteos defensivos. La inauguración del nuevo proceso oral en la Provincia requiere una preparación y entrenamiento que aún los operadores no tenemos, pues existen elocuentes diferencias con el sistema procesal que paulatinamente agoniza. Por ello es bueno escuchar las opiniones de quienes tienen conocimiento y experiencia adversarial para un

fecundo aprendizaje y enriquecimiento en las modalidades del nuevo paradigma.

Enseñan Andrés Baytelman y Mauricio Duce, en su libro “Litigación penal, juicio oral y prueba” presentado por el jurista argentino Alberto M Binder (Santiago, Chile, Universidad Diego Portales, 2004) que el juicio oral es un ejercicio profundamente estratégico: la prueba no habla por sí sola sino que ***debe ser presentada por las partes y puesta al servicio de sus respectivos relatos***; al servicio de la versión de cada una de las partes. “Cuando decimos que la litigación de juicio es un ejercicio estratégico –precisan los autores citados- no queremos implicar ninguna versión de ‘diez recetas para engañar al tribunal’. Todo lo contrario: queremos decir que si ese tribunal tiene chance de dar con lo que realmente ocurrió –de dar con la verdad-, ello depende de que ***las partes puedan presentarle un relato coherente, claro, completo y creíble*** acerca de los hechos. Éste es el método del sistema acusatorio” (pág. 79). Agregan que la labor del abogado (defensor o acusador) es hacer que llegue el mensaje, pero para ser un buen litigante “deberá transmitir al tribunal que ***se trata de la versión más fidedigna de los hechos y la interpretación legal más adecuada y justa***” Después de señalar que los abogados de las partes deben ***narrar y persuadir***, los juristas rematan con un concepto terminante: “el juicio oral es vertiginoso y no reserva ninguna piedad para los abogados que no sepan exactamente que deben hacer en el momento oportuno (p. 80).

La Sra. Jueza, Dra. Carina Lurati, afirma en la sentencia que “las hipótesis de la defensa son esencialmente contradictorias: la autoinflicción de la herida mortal por parte de Rivero, habérselas causado A. para defenderse de su agresión, o en el marco de una situación de emoción violenta cuyas circunstancias la hacían excusable, son absolutamente inviables en un mismo sujeto activo.” Dicha locución, que tanto ofusca y mortifica al abogado defensor, está vinculada con la “***teoría del caso***”, cabalmente explicada en la obra precedentemente aludida

La teoría del caso es, por sobre todas las cosas, un punto de vista asumido por los distintos sujetos procesales. Siendo el juicio penal un asunto de versiones en competencia, todo depende del cristal con que se mira. Hay que ofrecerle al tribunal ese cristal con el cual es posible ver toda la prueba: un sillón desde el cual apreciar la información que el juicio arroja para que el tribunal arribe a las conclusiones que las partes le ofrecen (op. cit., p 90).

“La cultura inquisitiva ha operado tradicionalmente como si tal sillón no existiera. Como si fuese posible para los jueces observar la prueba desde ningún punto de vista. Pero esto no es posible.” O la parte provee al tribunal de un punto de vista convincente, o lo hará la contraparte, o, en fin, los jueces lo van a adquirir por su propia cuenta (que es lo que sucediera en este caso).

Claro que la teoría del caso “no puede consistir en cualquier cosa que nos parezca conveniente inventar, sino que depende de las proposiciones fácticas que podremos probar en el juicio: el profesionalismo de un litigante pasa, precisamente, por ofrecer a los jueces la mejor teoría del caso posible dada la prueba disponible. Una vez que se tiene una teoría del caso, la regla es casi absoluta: mi teoría del caso domina todo lo que hago dentro del proceso... Cada vez que me aparto de mi teoría del caso pierdo credibilidad, en un escenario donde “credibilidad” es el nombre del juego” (p.91)

Advierten los autores que la teoría del caso depende del conocimiento que el abogado tenga acerca de los hechos de la causa. “No se trata de inventar una historia que altere los hechos ocurridos, ello tanto por razones éticas, como por razones igualmente fuertes en el plano estratégico: el entorno del juicio oral dificulta enormemente la posibilidad de mantener consistentemente una mentira y es muy sensible a ella, pues no exige que se pruebe el perjurio (inexistente entre nosotros respecto al imputado); basta con que el tribunal no crea la teoría del caso planteada por

la parte para que el juicio se pierda”.

Pero vayamos a lo fundamental de lo que encierran las palabras criticadas por la defensa a la Dra. Carina Lurati. La expresión de la Magistrada encuentra sustento en el concepto desarrollado de la siguiente manera en el libro que venimos citando: “una de las dificultades que presenta *la teoría del caso* en las causas penales es que, por lo general, sólo podremos *defender una y nada más que una*, lo que nos obligará a tomar opciones estratégicas y jugarnos por ella”. A renglón seguido Baytelman y Duce suministran el ejemplo paradigmático de un acusado por homicidio, cuyo abogado defensor argumenta sucesivamente: “*lo cierto es que mi representado no estaba en el lugar de los hechos al momento del homicidio; ahora, si se prueba que estaba en el lugar de los hechos, él no fue quien disparó el arma; pero bueno, si se prueba que él disparó el arma, entonces lo hizo en legítima defensa; ahora bien, si no se logró acreditar la legítima defensa, entonces mi representado es inimputable por demencia*” (op.cit., p.93).

“En el caso de los juicios orales, manejar más de una teoría del caso suele ser desastroso, especialmente si son incompatibles: ello irá en directo desmedro de la credibilidad” de quien las esgrime. “Los abogados, como los vendedores, deben creer en el producto; los argumentos serán efectivos si convencen al tribunal. Y es difícil convencer a los jueces de que crean razones en las que ni siquiera cree el abogado que las representa (ib., p 94).

He aquí la clave de la respuesta de la Sra. Jueza, Dra. Lurati, al crítico defensor técnico: el deterioro de la credibilidad del relato defensivo, el enervamiento de la convicción argumental alternativamente desplegada en el proceso. El carácter de poco serio que acopla la doctrina especializada a ese comportamiento procesal del abogado.

En el juicio inquisitivo y formalista que imperaba en la Provincia la

fórmula acostumbrada y cómoda de cumplir con la defensa técnica conducía a plantear, conforme al principio de eventualidad y subsidiariedad todas y las más disímiles y contradictorias hipótesis enfrentadas a la acusación. Un sistema acusatorio adversarial, en cambio, obliga al abogado defensor a responsabilizarse solidariamente con su asistido desarrollando sensata y persuasivamente el mejor proyecto de sentencia que espera el tribunal recoja en su pronunciamiento. Despararramar alegremente sucesivas conjeturas desincriminantes, sin mayor convencimiento de quien las expone, ya no le ha de servir al defensor para satisfacer con idoneidad su cometido.

Para cumplir con ello es que el letrado tiene el derecho de entrevistarse con su defendido antes de declarar en la causa, la relación para con su cliente goza de la confidencialidad y la protección del secreto profesional equiparable al sacerdocio religioso, los códigos acusatorios facultan a la defensa técnica para realizar su propia investigación en el proceso (al margen de la investigación oficial conducida por la fiscalía), y le otorgan al defensor la posibilidad de blindar con el consentimiento informado la selección de alguna de las alternativas de abreviación, suspensión y extinción del proceso, en cuanto se las valore como más convenientes y favorables al interés de su representado. Si cuenta con todo este crédito, la calidad de su defensa habrá de ser proporcionada en su poder de convicción y seriedad profesional. Por ello hasta se controla la calidad de la asistencia técnica que brinda el abogado a su defendido.

En síntesis, ni la prueba valorada en juicio, ni la ambigüedad exhibida por la estrategia defensiva permiten aceptar la subsistencia de la agresión antagónica al momento de producir A. la lesión mortal. Para elucidar lo ocurrido en ese segmento temporal parece adecuarse más cabalmente la pretensión impugnativa del Ministerio Público Fiscal que la propuesta desplegada por la asistencia técnica de la acusada.

V.- La conclusión a la que se arriba en el último párrafo del

Considerando III, complementado con lo expuesto en el IV, descarta en la especie la alegada legítima defensa. El interrogante es si, en consecuencia, corresponde acoger la pretensión del órgano acusador y subsumir la conducta de A. en el homicidio simple, incrementando la pena conforme al pedido del Ministerio Público Fiscal y suprimiendo la remisión al art. 35 del CP que legisla el exceso en las causas de justificación.

La doctrina distingue dos tipos de exceso: el exceso intensivo (intensificación innecesaria del acto defensivo), y el exceso extensivo (o en la causa). En el *intensivo* el defecto se instala en *la acción de quien se defiende*, al desplegar una superabundancia de medios defensivos con relación al ataque y así infringir una lesión a la exigencia de la proporcionalidad racional de la reacción, en principio autorizada. El exceso *extensivo* (o en la causa) se focaliza *del lado de la agresión previa justificante* (fue provocada o la misma ya no existe); apunta, no a un defecto de la conducta del protegido por la legítima defensa, sino a la falta de alguna de las condiciones en la agresión que se replica (actualidad, injusticia o subsistencia del peligro).

La posición mayoritaria estima disminuyente de la pena al exceso intensivo, excluyendo de toda consecuencia atenuante al exceso extensivo o en la causa. Para esa tesis dominante “si no hay agresión actual no puede darse legítima defensa”, ni tampoco exceso de defensa, “pues nada hay que rechazar, y podría presentarse a lo sumo un caso de error, pero no de exceso” (Cfr. Rodríguez Campos, Eloísa, “El exceso extensivo en la legítima defensa”, examen del fallo “Juárez, Roxana del Valle”, CSJ de Tucumán, LL, junio/04, 1181, <http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos>). Así para Soler la fórmula del art. 35 del CP exige como condición la preexistencia de una situación objetiva de justificación y el exceso es una intensificación innecesaria de la acción justificada (T. I, p.475) y Fontán Balestra hace “fincar la razón de la figura en un estado de ánimo (temor o perturbación) que determinaría un error en la valorización de

la proporcionalidad (de la reacción justificada) y que por lo mismo hace al hecho culposo y no doloso.

Así las cosas, si no hay más que exceso intensivo y éste sólo se verifica en tanto y en cuanto la agresión o el peligro no cesaran, correspondería subsumir la conducta de A. como homicidio simple.

Sin embargo la interpretación de Zaffaroni nos conduce a la conclusión opuesta. Según su análisis (Zaffaroni, Alagia, Slokar, Derecho Penal, p.616), el art. 35 del CP “trata de la previsión de una hipótesis de menor contenido de injusto, toda vez que es menos antijurídica la acción que comienza siendo justificada. Existe una mayor carga de antijuridicidad en la conducta que se inicia y agota como antijurídica, que otra que tiene comienzo al amparo de una causa de justificación y sólo se agota antijurídicamente. Habrá disminución de la antijuridicidad cuando la conducta que comienza siendo justificada se continúa fuera del permiso, como cuando la conducta que comenzó siendo defensiva, se continúa una vez cesada la agresión o su amenaza (*exceso extensivo*), y también lo habrá cuando el agresor sigue agrediendo, pero con un medio menos lesivo, y quien se defiende lo sigue haciendo con el mismo medio que empleara antes (*exceso intensivo*).

En el presente caso habíamos concluido aceptando la situación prístina de una agresión ilegítima inicial que abonaba una legítima defensa en el primer momento del episodio que derivara en la muerte del agresor.

Rodríguez Campos, asevera que puede existir exceso aún si la agresión ha cesado, citando un fallo de la SCJBA que declara erróneo sostener que el haber cesado la agresión impida la concurrencia de exceso en la defensa (op. cit., p. 5). Si está comprendido en el art.35 del CP tanto el exceso intensivo como el extensivo, el cese de la agresión no es decisivo para descartar el instituto, porque el mismo podrá verificarse

cuando medie una conexión temporal inmediata con la agresión inminente o ya concluida.

La solución concreta en esta causa, más allá de las discrepancias académicas, se valora como justa pues realmente aparece como desproporcionado adjudicar a A. el delito de homicidio simple (así como la larga pena de prisión asignada al mismo), si se tienen en cuenta las características de todo el contexto global de lo ocurrido entre los protagonistas de la incidencia.

La tipicidad dolosa de un homicidio sin un menor contenido de injusto, afirmada sobre la base de la versión de Miño – en cuanto testificara que A. previamente consumió cocaína y advirtió que mataría a Rivero -, aparece seriamente desmerecida por la actitud de la testigo de dejar a su hijito en manos de la madre de una adicta que prometía un homicidio. En este punto, la cabal argumentación en la audiencia del defensor, Dr. Ceconi, luce irrefutable.

En síntesis, la sentencia es justa y en cuanto a la individualización de la pena, las lúcidas argumentaciones de la Jueza Dra. Carina Lurati no han sido desvirtuadas por las críticas de los apelantes. No resulta aceptable ni proporcionado a la culpabilidad de la autora una mayor aproximación al máximo de la escala punitiva, ni tampoco puede dejarse de lado que se ha tronchado una vida humana joven con su enorme dignidad, pese a todos los defectos del occiso, que siempre asedian nuestra frágil condición humana.

Por todo lo expuesto, la Sala Iida integrada de la Cámara de Apelación de Rosario en nombre del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe;

FALLA: Desestimando la nulidad deducida y confirmando la sentencia apelada en cuanto fuera materia de recurso.

Insértese, déjese copia, notifíquese y hágase saber.

RIOS

MESTRES

(ampliación de fundamentos)

PANGIA

(ampliación de fundamentos)

por ante mi: di Marco

VOTO DEL SR. JUEZ DE CAMARA, DR. MESTRES: Ya el voto de la Dra. Lurati adelanta que el instituto aplicado en la sentencia (exceso en la legítima defensa) es uno de los más discutidos por la doctrina y jurisprudencia, y ello tanto desde el llamado causalismo, o el finalismo o los funcionalismos, o incluso dentro de una misma teoría (transitando por considerar a tal acto culposo a la manera de Carrara, producto de error, como Bacigalupo, o el tratamiento que explicara el voto del Ríos por parte de Zaffaroni, Soler o Fontán Balestra, por ejemplo) . Importa si, que dicho instituto en definitivas, más allá de sus interpretaciones, pretende captar situaciones en que ya sea por disminución del grado de antijuridicidad, como por disminución del de culpabilidad, o por ambas, poseen la virtud de merecer un trato de disminución en el reproche y la pena, cuanto menos por no tratarse de actos que contienen el frío menosprecio al derecho que importa el dolo .

El contexto comprobado del hecho, en donde se hace uso de un arma -recién preparada como tal según la versión de la imputada- como es un cuello de botella de vidrio partida, en miedo de violenta discusión, e intercambiándose una criatura de mano en mano entre los que discutían, no se compadece con la fría premeditación dolosa que se pretende imputar a A. por la acusadora. Se trata en cambio de una situación

explosiva, inesperada, generadora de temor, que debe entenderse juega dentro de los requisitos objetivos y subjetivos del exceso como postula la condena en crisis. En cuanto la selección de calidad y monto de la pena, entiendo que ha sido correctamente evaluados por la misma, incluso acorde los parámetros expresamente invocados por la defensa.

MESTRES

por ante mi: di Marco

VOTO DEL SR. JUEZ DE CAMARA , DR. PANGIA: Coincido con los fundamentos de los colegas que me preceden en sus conclusiones en cuanto a que la imputada actuó con exceso en la legítima defensa, y aún admitiendo las diferencias respecto de quien debe probar la agresión ilegítima por parte de la víctima caracterizante del exceso en la legítima defensa --si debe hacerlo quien la invoca o no-- en este caso puntual, surge clara, tal circunstancia, del plexo probatorio recepcionado en el juicio. Comparto por lo demás el criterio de que *“Es erróneo sostener que el haber cesado la agresión ilegítima no obsta a la concurrencia de exceso en la defensa”* (SCJBA, 145/96, M., H. s/homicidio, P 51510 S, DJBA 151-27).

Dentro de la complejidad de la figura, Zaffaroni alude a un accionar doloso de antijuridicidad disminuida y que no requiere error, comprendiendo sólo los casos de conducta que comienzan estando conformes a derecho y terminan antijurídicamente. (Manual, pag. 433). En ese marco, se enmarca la menor antijuridicidad de quien se excede o sobrepasa los límites de la defensa.

Y tal lo acontecido con la conducta de Marta Dolores A. que nada induce a interpretar que premeditó el acto ni que su conducta estuvo amparada por la legítima defensa. Del contexto logrado surge que fue amenazada por la víctima en medio de una discusión, pico de una botella mediante, transformado por ésta en arma a la postre letal, previo al desenlace final. Y aún cuando las huellas dactilares de la mujer son las únicas que se reflejan en tal elemento, la discusión, el desenfreno, la excitación del momento y la mayor contextura física de Rivero sobre la mujer, unido a los antecedentes penales que aquél registraba -nada menores- sino por el contrario, de envergadura, por su número y por sus características signadas de violencia, torna viable el temor padecido por la mujer. Luce ilustrativo al respecto, la constancia de fs. 113/114 que alude a protagonismos de actos delictivos por parte de Rivero, entre ellos *robos calificados* por el uso de armas, aspecto ampliamente conocidos por Marta Dolores A.. Repárese que al momento del suceso, aquel se encontraba prófugo de la justicia y con orden de captura por un delito grave -Robo calificado- siendo casualmente A. quien tenía su tuición.

Además estaba sumido al momento del hecho, en una fuerte ingesta alcohólica -según informe del Laboratorio Biológico policial y testimonio de del Dr. Mario Minisini- que como tal debilita los frenos inhibitorios, tornándolo mas agresivo, todo lo cual permite inferir como una situación absolutamente razonable, el temor que a los ojos de la mujer representaba el proceder de la víctima, mas si estaba ofuscado, en medio de una discusión de subido tono y cuando previamente había roto una botella de vidrio que la convierte en un elemento cortopunzante con el que amenaza a la mujer. La deliberada rotura y manipulación del pico roto de la botella por el occiso y su notoria mayor talla, en relación a la imputada, permiten entender que al momento de tomar ésta el cuello de botella, en medio de la incidencia, como reacción, y dirigirla a zona vital del cuerpo del hombre, excedió su cometido defensivo, mas cuando el occiso tenía en sus

brazos un bebé y aparentemente había cesado la agresión. Preexistió una situación objetiva de justificación, con la ilegítima agresión, pero sobreviene un exceso en la conducta de la imputada que intensificó en sus límites un proceder, inicialmente justificado.

En síntesis, el acometimiento inicial de la víctima y sus características, antecedentes y modalidad exteriorizada, es razonable haya hecho mella en la psiquis de la imputada en cuanto a percibir un peligro actual e inminente legitimante de un obrar para repeler la conducta hostil, aunque su reacción fue excesiva y sobrepasó los límites impuestos por la situación. Existió por parte de la justiciable en ese singular y traumático momento, un error de apreciación del peligro, así como de los medios necesarios para neutralizarlo.

La calificación legal seleccionada en el fallo de primera instancia es correcta y el monto de la pena impuesta luce justo y equitativo.

PANGIA

por ante mi: di Marco