

"CASTRO, MARIO ALBERTO S- HOMICIDIO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA EN CONCURSO REAL (DOS HECHOS) S/ RECURSO DE CASACION"

Excmo. Tribunal:

JORGE AMILCAR LUCIANO GARCIA,
Procurador General, a V.E. digo:

I.- Contra la resolución de V.E., (fs. 262/267), que rechazó la impugnación extraordinaria provincial contra el fallo Casatorio de fs. 217/224 vta. confirmatorio del de instancia que condenó a Castro a la pena de Ocho años de prisión y accesorias legales por los delitos de Homicidio simple en grado de tentativa reiterado, (dos hechos), incoa Recurso Extraordinario Federal la Defensa, (fs. 272/282).-

II.- La inadmisibilidad de la vía es manifiesta, no solo por las tradicionales razones que desde antaño venimos señalando en casos análogos, sino porque la materia del agravio, -idéntico al vertido en el Debate oral de instancia y en su confirmación Casatoria-, ha sido harto tratada por V.E. con el resultado adverso ya referido.-

Hemos de reiterar que el remedio de los arts. 521 y conctes. CPP, cumple la función de "adelantar" la materia de accesibilidad al Recurso Federal, en sus dos vías, tanto la que requiere una grosera vulneración constitucional -vicio de arbitrariedad-, como en la custodia de la nomofilaquia, en la

finalidad político criminal de afirmación de soberanía política no delegada al Estado Federal, en la conclusividad de los juicios penales en sede Provincial.-

De allí nuestra opinión de que la firmeza de los fallos se alcanza en la oportunidad del art. 521 CPP, en coherencia con lo que V.E. concluyó desde antaño, (confr. desde "*CHAVEZ, CARLOS J. – ABUSO SEXUAL CON ACC. CARNAL REIT. AGRAV. POR EL DAÑO - RECURSO DE CASACION*", del 18/06/08, y los numerosos ulteriores).-

Solo se excepciona esta derivación lógica cuando en el fallo de V.E. se decida una cuestión que genera recién allí el agravio a los Derechos Fundamentales, -la llamada "cuestión Fedral sorpresiva"-, supuesto que enfáticamente no acaece en el "*sub examine*", (confr. V.E. desde "*CARDENAL DOS SANTOS, Miguel - HOMICIDIO SIMPLE s/IMPUGNACION EXTRAORDINARIA*", del 25/2/2015; idem "*BENITEZ RAUL, BENITEZ BENJAMIN RAUL, ALMADA ANGELA ROXANA S-ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL Y OTROS S-RECURSO DE QUEJA S/ RECURSO*" ; idem "*MARTINEZ, Exequiel Maximiliano -ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL y LES. LEVES s/IMPUGNACION EXTRAORDINARIA*", Expte. N° 4895., del 21/11/19 entre muchos).-

III.- Con una persistencia solo explicable en el afán defensivo de agotar toda posibilidad recursiva, el impugnante vuelve a traer como agravios los que han sido

exhaustivamente tratados y refutados en la pormenorizada sentencia de la Dra. VanDembrouke, en la revisión igualmente fundada de la Casación y en el enfático desecho de V.E., que le señala los déficits argumentales del embate.-

La Defensa vuelve a reiterar los supuestos, -inexistentes- agravios a garantías Constitucionales que enuncia pero no fundamenta.-

Inclusive no se sabe acciencia cierta si mantiene su agravio de nulidad del testimonio de una de las víctimas, -Luis Balcaza-, fallecido antes del Juicio, -incorporado con la aquiescencia defensiva, y recibido en la IPP con presencia de la Defensa-, pues su mención es realizada dentro de una especie de queja genérica ante la conclusión contundente de V.E. de que su crítica a la valoración de la prueba, ni siquiera mentaba a que testimonios en concreto se refería con inusitada vaguedad.-

Como en muchos supuestos análogos, se cae aquí en un serio yerro de teoría de la Argumentación que sustenta la validez deontológica de la ius decisión penal luego del contradictorio oral.-

Es que la revisión por la Alzada, garantizada Convencionalmente en su máximo rendimiento posible, -en la denominación poco elegante del neologismo "doble conforme"-, no transforma su naturaleza de medio de impugnación en un "control directo y oficioso", desde que es obvio que el acusado puede conformarse con el fallo condenatorio.-

Queda en la incumbencia (traducción preferible a nuestro entender, del tedesco "*obliegenheit*", por sobre el concepto civilista de "carga"), en el sentido que es el impugnante quien debe motivar sus agravios, y a ellos se limita la Norma Potestativa o de Competencia, -en lenguaje Hartiano-.-

Si no lo hace, o como en el caso, solo expresa su desacuerdo parcial pero sin argumentar ni dar razones valederas o de peso que justifiquen esa aserción, el Tribunal Revisor solo podrá efectuar un análisis de si el fallo no afecta a Derechos Fundamentales indisponibles, sea en su logicidad en la premisa fáctica o la "*adequatio legis ad factum*", lo que obstante la orfandad, realizó el Tribunal Casatorio en el fundado fallo de fs.217/224vta, tal como lo dictamina el Sr. Fiscal de Coordinación Dr. Piérola, a cuyos conceptos nos remitimos.-

De allí que V.E. pese a destacar "... *la notable falta de conexión de su vago discurso argumental con las concretas particularidades del caso, que se convierte en una mera -aunque profusa- declamación de vulneración de preceptos constitucionales, que mantiene en un plano declamatorio ideal sin relación con los puntuales hechos comprobados y demás concretas constancias de la causa...*, (fs. 264), a renglón seguido trata nuevamente los agravios, a saber: la ya refutada "falta de juramento" del testimonio de la víctima fallecida, o de los testimonios que abonaban su postura de Norma Permisiva, o los contradictorios en sí mismos, de ausencia de dolo/tipo permisivo; desistimiento de la tentativa /pena

desproporcionada.-

IV.- En el minucioso y muy fundado fallo de Instancia, la Magistrada tiene por demostrado el acometimiento doloso lesivo de Castro hacia Luis y Claudio Balcaza con el arma secuestrada, -conforme el factum imputado (fs. 130vta.), en base a un contexto incriminante abrumador, -desde los dichos de las víctimas, los testimonios coincidentes de Lucas Rivas, Sergio Blumsack, Adelina Pereyra, los datos periciales sobre el arma y los disparos, -tres efectuados y un proyectil percutido-, los informes médicos sobre las lesiones recibidas en partes vitales, incluso sobre el lugar donde estacionó su vehículo el acusado, muy cerca del domicilio de las víctimas.-

Este cuadro sustancial demuestra que Claudio Balcaza fue al encuentro con Castro y fue agredido por éste con disparos -dos- uno de los cuales lo hirió en la zona de los genitales.-

Asimismo que su hermano Luis se interpuso y que Castro le apuntó al pecho, le dijo que se volviera o lo mataba y le disparó hiriéndolo en la zona costal derecha. El encartado mientras se retira le efectúa el cuarto disparo y luego es alcanzado por ambos hermanos, reducido en lucha y golpeado con un rebenque que proporcionó la madre.-

Contrariamente a los inexactos agravios de la Defensa, el fallo de la Vocal Dra. VanDembroucke analiza sesudamente los testimonios que según la Defensa daban pábulo a su tesis de que Castro actuó bajo el tipo permisivo de Defensa

Legítima y los desecha por sus carencias y contradicciones, vgr. Silva, Podestá o Hereñú, o porque presenciaron solo a parte final del incidente, vgr. los Villarruel (padre e hijo), (confr. fs. 184vta./186).-

Con este pragma del mundo de la vida reconstruido bajo el prisma procedimental de la verdad forense, en la Segunda Cuestión, la Magistrada adecua el accionar del acusado en la tipicidad tentada de Homicidio reiterado, con dolo eventual, con fundamento en prominente dogmática y la nomofilaquia pacífica desde antaño de V.E. mantenida por la Casación, y refuta tanto la alegada permisión, como el desistimiento y, en la Tercer Cuestión cuantifica el injusto culpable en la sanción, (fs. 190/197vta.).-

Como dijimos *supra* mas allá de la endeblez, la Casación contestó pormenorizadamente los agravios atinentes a la premisa fáctica, como a los de la "adequatio legis ad factum" y a la determinación de la pena, (fs.221/224vta.), que de nuevo fueron traídos ante V.E.

Como hemos dicho en muchas ocasiones, el concepto de "dolo" se construye –constructo normativo-, sobre la idea de "representación racional del riesgo relevante del resultado típico", evitable para el concreto autor, como lado subjetivo de la afectación intolerable a la vigencia de la norma legítima.

En dicho hontanar científico ha sido relevante la tesis doctoral de nuestro colega Gabriel Pérez Barberá,

(confr. "El Dolo Eventual.-Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental", -hammurabi, 2011-bajo la tutoría de Roxin-.-

Como dice éste en su prólogo, una obra fundamental que reseña exhaustivamente 200 años de discusión germana -y su reflejo hispano parlante-, en la cual amén de deshilar frecuentes "disputas verbales" de la interminable disputa, plantea una distinción crucial entre el concepto, -*constructo normativo*- de dolo, y su imputación a través del proceso de relevamiento empírico de sus datos.-

Lo que torna doloso o imprudente un caso genérico, -dice Pérez Barberá y coincidimos de modo enfático-, es una valoración de él como más o menos grave, y conlleva el sentido ilocucionario de un juicio de mayor o menor reproche. La reconstrucción del concepto de dolo debe realizarse a partir del fin del derecho penal y de la *ratio legis* del mayor castigo del delito doloso. Así pues, la mayor intensidad con la que ciertos comportamientos comunican su apartamiento de la norma justifica su mayor gravedad y su mayor merecimiento de pena, y es entonces lo que define al dolo. Ello no se identifica con cuestiones naturalísticas -conocimiento, voluntad-, sino que su relevamiento demuestra la racionalidad de esa "intensidad comunicativa", al igual que su evitabilidad.

Esta racionalidad se recaba empírico-normativamente del mismo modo que cualquier dato del proceso, lo que hemos mentado como inescindibilidad

epistémica/empírica del concepto y la prueba del dolo en la norma individual, es decir en el juicio.-

Como dice V.E. con acierto : "*...disparar con un arma de fuego a escasos metros contra dos personas, a quienes se le efectúan disparos a la zona del torso y la entrepierna (zonas vitales conforme lo analizado), demostrativas de un accionar que no puede considerarse neutro a los efectos de su adscripción al dolo homicida, al menos en su modalidad de dolo eventual...*", (confr. fs. 265).-

Pero en realidad, si bien se mira, existe en el planteo defensivo un yerro lógico, -contradicción-, toda vez que si se afirma que el autor, -Castro-, obró *sin dolo*, ello es incompatible con su pretensión de que lo hizo bajo el amparo del tipo permisivo del art. 34 inc. 6º CP, toda vez que la justificante presupone lógicamente la representación de la conducta prohibida en general que es permitida en el contexto conflictual. Como es sabido la Norma Permisiva en su estructura conceptual es un permiso fuerte que presupone -y desplaza en concurso aparente por concreción- un tipo prohibitivo.-

En el modo del lenguaje coloquial hemos señalado que así como "no hay sobrino sin tío, tampoco puede haber tipo permisivo sin tipo de prohibición previo".-

No existiendo Agresión Ilegítima por parte de los hermanos Balcaza, cae la pretendida permisión pero ello deja intacto el dolo en los disparos de entidad potencial letal, el que

en defecto del tipo objetivo, -consumación-, configuran el lado subjetivo que es igual en la tentativa, según la nomofilaquia inveterada de V.E., (confr. por todos, "DE LA ROSA, EMANUEL J. L. - GORO, GUSTAVO D. Y OTROS - HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA Y OTROS - RECURSO DE CASACION"; ídem. "MARTINEZ RUBEN s/ LESIONES GRAVES DOLOSAS - REC. DE CASACION", del 20/4/09, que mantiene la Casación, in re "GALARZA HERRERA, Jorge Luis -Homicidio Simple en grado de Tentativa S/ RECURSO DE CASACION", 18/12/15, entre muchas).-

Del mismo modo es también claramente contradictorio argüir que no existe dolo y a renglón seguido postular el "desistimiento" de la tentativa que presupone dolo.-

Como dice con elocuencia Jakobs, en lo atinente al desistimiento en la tentativa acabada, que éste "...es por cierto el prototipo del sujeto obligado por ingerencia a la evitación del resultado típico...", y ante el ejemplo de un autor que ha envenenado a la víctima y la arroja al agua para simular ahogamiento, y después "la salva" de la asfixia, su deber es conjurar todo riesgo de muerte, no solo el de inmersión.- Si por azar el veneno no determina la muerte se trata de frustración y no de revocación, (confr. por todos, Jakobs, G., en "El desistimiento como modificación del hecho", en Estudios ..., ed. uam - civitas, 1997, pag. 338 y sig.; ídem. en Derecho Penal, 2da. ed. marcialpons, 1995, pag. 898 y sig.; ídem Mañalich Raffo, J. en "El desistimiento

de la tentativa como revisión del quebrantamiento de la norma Una aplicación del modelo del delito imperfecto", en InDretPenal, 3, 2020).-

Lejos de todo regreso a la normatividad posterior al hecho de lo aún dominable, aquí el autor no logró consumar el homicidio de alguno de los hermanos Balcaza por azar, sea en el cuarto disparo que no percutió, sea en que las heridas no "tocaron" alguna arteria vital, como dice V.E. en remisión al correcto tratamiento Casatorio del agravio.-

V.- Por lo expuesto, es nuestra opinión que V.E. debe rechazar la apertura de la vía Federal incoada.-

PROCURACION GENERAL, 28 de agosto de 2020.