

ACUÑA, NESTOR DAVID-DOBLE HOMICIDIO AGRAVADO Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD EN CONCURSO REAL, s/IMPUGNACION EXTRAORDINARIA FEDERAL, expte.5036

Excmo. Tribunal:

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

I.- Contra el fallo de V.E. del 27/8/2021 que rechazó la impugnación extraordinaria provincial contra el fallo Casatorio, -25/8/20-, que HIZO LUGAR al recurso Fiscal, Y READECUO el hecho en la tipicidad dolosa de DOBLE HOMICIDIO AGRAVADO POR EL VINCULO Y ATENTADO A LA AUTORIDAD EN CONCURSO REAL, -arts. 80 inc. 1°, 239, 45 y 55CP, y le impuso al condenado NESTOR DAVID ACUÑA PRISIÓN PERPETUA incoa la Defensa Oficial Recurso Extraordinario Federal, el que es fundado por la Defensa Oficial.-

II.- La inadmisibilidad de la vía es manifiesta, no solo por la ausencia de agravio Federal ya enfatizada por V.E., sino porque vuelve a plantearse idéntico agravio ya refutado en la revisión Casatoria, y ante V.E., actuando como garante del "doble conforme" Convencional.-

En casos semejantes, hemos reiterado que la vía recursiva del art. 521 y conctes. CPP adelanta en sede local la conclusividad de los juicios penales como expresión de soberanía política no delegada al Estado Federal. De allí que rechazada la impugnación

extraordinaria, solo queda igual remedio ante la Corte Suprema, -siempre claro está que no se trate de la llamada "Cuestión Federal Sorpresiva", que aquí ni siquiera se atisba, más allá de lo que diremos *infra*, (confr. V.E. desde "CARDENAL DOS SANTOS, Miguel - HOMICIDIO SIMPLE s/ IMPUGNACION EXTRAORDINARIA", del 25/2/2015; idem. "SCHUSTER, MARCELO MARTIN Abuso sexual simple Agravado por su condición de ascendente s/ RECURSO DE QUEJA" Expte. N° 5106., del 2/8/21; idem. "FORCHER, JUAN ALBERTO - PROMOCIÓN A LA CORRUPCIÓN DE MENORES AGRAVADA POR ENGAÑOS Y POR SU CONDICIÓN DE ENCARGADO DE LA EDUCACIÓN Y LA GUARDA EN CONCURSO REAL POR LA PLURALIDAD DE VÍCTIMAS S/RECURSO DE QUEJA" N° 5073, del 5/8/21; idem "AAB, Marcelo Manuel s-Abuso sexual reiterado agravado por su condición de guardador S/RECURSO DE QUEJA" N° 5090, del 18/8/21, entre muchos).-

III.- La Defensa del condenado reitera como agravio, tanto la supuesta falta de legitimidad Fiscal para impugnar el fallo de instancia, -art. 513 CPP-, como la arbitrariedad del acogimiento Casatorio del recurso Fiscal y el desecho que en el sub examine operase la atenuación de menor reprochabilidad del art. 80 in fine CP, -*Circunstancias extraordinarias de atenuación*-, cuestiones ambas sólidamente tratadas por V.E., y que ante su justeza sellan la pretensa apertura de la vía Federal.-

Expresamente la Defensa entonces consiente la idoneidad

Normativa del art. 521 y conctes. CPP como modo de redefinición local de los conflictos penales, tal como expresamos *supra*, a diferencia del plano Federal, en la doctrina de la CSJN desde el caso "Duarte, Felicia" ante la manda del fallo "*Mohamed*" de la CIDH, criterio con el que concordamos obviamente.-

a) En lo que refiere a la hermenéutica del art. 513 del CPP, es evidente que la Defensa, en su esforzado y meritorio rol, propone una lectura del texto que estimamos sesgada, que deriva en una consecuencia contradictoria con una interpretación teleológica racional y sistemática de la Norma, tal como V.E. lo ha decidido.-

En realidad existe una premisa oculta o implícita en el razonamiento defensivo, -que se esboza en la cita del sólito precedente "*Sandoval*" de la CSJN, cual es la tesis que niega legitimación recursiva al MPF ante fallos contrarios a su postura, -especialmente absolutorios-, con fundamento en la doctrina del "*double jeopardy*" o riesgo de doble persecución, tesis de la que pretende derivar un curioso "canon" interpretativo supuestamente literal que vedaría el recurso Fiscal cuando éste pretendía, -como en el subexamine-, la pena perpetua.-

Como es sabido esta tesis anglosajona ha sido rechazada expresamente por V.E. desde antaño, exigiendo que la afectación al *ne bis in idem* solo es atendible en casos de sentencia firme con autoridad de cosa juzgada, lo que dá pávulo a la bilateralidad tradicional recursiva para el MPF, y sobre todo con la protección Convencional a los intereses de la víctima en el deber Estatal de

"*Tutela Efectiva Reforzada*" que contiene lógicamente la potestad recursiva, (confr. V.E. desde antaño "*LENCIONI*" -sent. del 22/06/09-; "*LEVRAND*" -sent. del 2/05/11-; "*GIL*" -sent. del 14/06/11-; idem "*MARTÍNEZ, Rubén s/ HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA - RECURSO DE CASACIÓN*", del 23/6/11; idem recientemente en "*ROCCHI, Miguel Angel s- Abuso Sexual con Acceso Carnal reiterado en Concurso Real con Amenazas reiteradas S/RECURSO DE QUEJA*", del 13/11/19; idem "*GORO, Jorge Carlos -Homicidio agravado s/ RECURSO DE QUEJA*", del 18/2/20 entre muchas).-

Sin duda que la evolución de los Derechos Fundamentales a través de las Convenciones Internacionales y los fallos de la Corte Interamericana o Europea de DDHH, sobre todo en el deber positivo de los Estados miembros de protección de las víctimas, -Tutela Judicial efectiva-, no ha dejado duda alguna sobre su derecho, -y su representación a través del MPF-, de recurrir fallos absolutorios y de la plena legitimidad de la condena ulterior.-

Pero en realidad, toda discusión quedó zanjada, -dentro de la no sustancialidad de las "verdades" y justificaciones dogmáticas, propias de la "ponderación" en el marco de los principios-, en el fallo de la Corte Interamericana de DDHH, "*Mohamed vs. Argentina*", (23/11/12). El demandante había sido absuelto por el delito de homicidio imprudente, y ante la impugnación Fiscal, la Alzada lo condenó.-

Expresamente La Corte Supranacional rechazó el

argumento de afectación al "ne bis in idem", desde que *"...La sentencia condenatoria no se produjo en un nuevo juicio posterior a una sentencia firme que haya "adquirido la autoridad de la cosa juzgada", sino que fue emitida en una etapa de un mismo proceso Judicial penal iniciado contra el señor Mohamed por los hechos ocurridos el 16 de marzo de 1992..."*.-

Lo interesante al caso, es que el Máximo Tribunal Regional tuvo en cuenta el dictamen de los colegas Maier y Binder, -en su tesis sobre el *double jeopardy*- y la desechó de modo enfático: *"... La Corte reitera que el principio ne bis in idem, consagrado en el art. 8º.4 de la Convención se sustenta en la prohibición de un nuevo juicio sobre los mismos hechos que han sido materia de la sentencia dotada con autoridad de cosa juzgada. La Corte considera que el señor Mohamed no fue sometido a dos juicios o procesos judiciales distintos sustentados en los mismos hechos..."*, y por ello en su Resolución, considera que el Estado no violó el art. 8º.4 de la Convención.-

Por ello no es afortunada la argumentación *"a simile"* que pretende la Defensa con nuestra reciente ley de Juicio por Jurados.- Al contrario de lo que supone el Dr. Reca, en la Jornada de Debate sobre el entonces proyecto de Jurados, -finalmente sancionado-, expresamente advertimos con nuestro colega y amigo el Sr. Defensor General Dr. Benítez que uno de los defectos gruesos que tenía el modelo proyectado era precisamente que impedía la vía recursiva a la víctima o al MPF, lo que chocaba frontalmente con los

principios aludidos y con la expresa tacha de la CIDH, lo que auguraba una condena internacional si antes V.E. o la CSJN no enmendaban dicho lamentable desacierto.-

Pero amén de este yerro, la consideración del tema del "double jeopardy" es pertinente pues de dicho desacertado axioma deriva la Defensa una insuficiencia Competencial y un minus deontológico de la potestad recursiva, cuando son las Normas Convencionales las que reconocen e imponen como mandato en el deber Estatal de Tutela Judicial efectiva y reforzada ante quebrantos moralmente insoportables a las víctimas, las que son representadas por el MPF, arts. 8 y 25 de la Conv. Interamericana de DDHH; art. 120 y conc. CN, 207 y concdes. de la Const. Prov., (confr. CIDH, "GUTIÉRREZ Y FAMILIA VS. ARGENTINA", del 25/11/13, por todos).-

Por eso, como hemos afirmado en otros casos análogos, no solo el derecho subjetivo al doble conforme se halla Convencionalmente garantizado, sino también el derecho a las víctimas contiene tal fundamento deontológico, (confr. nuestro REX acompañando a la Querella, en la causa caratulada "*Wagner, Sebastián José Luis; Pavón, Néstor Roberto; Otero, Gabriel Ignacio -abuso sexual con acceso carnal...; para Pavón altern. Encubrimiento agravado y... s-recurso de casación s/ IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA*" (expediente n° 4943).-

Es un grave quebranto al principio de coherencia que rige el discurso pragmático de aplicación, como desarrolló Klaus Günther,

que existiese una eventual condena al Estado por violación a la "Tutela Judicial Reforzada" y se impidiese al representante del colectivo injuriado por el delito, cumplir con tal mandato Convencional.-

Tal como V.E. lo ha señalado con acierto, en la interpretación del art. 513 CPP, -como otras normas semejantes de los procedimientos provinciales o de la Nación, nos hallamos en la noción Hartiana de "Normas de Competencia" -que él llamó *secundarias, de adjudicación o cambio-*, (confr. su clásico "*The concept of law*"), es decir normas que mentan sobre Normas, que no prescriben deberes, sino que adjudican potestades, contornos de validez, y en general definiciones, y que él en muchas ocasiones ejemplificó con la teoría de los juegos, vgr. las reglas del movimiento de las piezas de ajedrez.-

Es decir que mas allá del trasfondo deontológico que se halla detrás de los deberes institucionales de nuestro rol, -mentados supra-, estamos en el ámbito de reglas organizativas del proceso penal en las que pueden ser válidas razones consecuencialistas, fundadas en finalidades estratégicas de optimización de recursos disponibles.-

De allí que en este caso y en otros semejantes hayamos formulado lo que creemos interpretación racional, -es decir preferente desde una visión sistemático-teleológica-: que la limitación recursiva del art. 513 CPP. se refiere a la Tercer Cuestión, es decir a la situación que se da cuando la pena

impuesta al condenado no supera en la mitad a la peticionada por la Acusación Fiscal, pero que ello no rige cuando lo que se plantea como agravio es el vicio de Arbitrariedad, -el "puro acto de poder" en palabras de la CSJN en "*Martínez Areco*"- o cuando se trata de graves defectos Normativos, vgr. Adecuaciones al injusto o a la Culpabilidad groseramente erróneas, o en el supuesto del inc. 2do. del art. 251 CPP ante V.E., por contradicción del fallo con la nomofilaquia del mismo Tribunal o de la Sa. Penal del STJ.-

Del mismo modo no ha de regir dicho tope cuando se trate de Graves Violaciones a los DDHH, vgr. en casos de violencia contra la mujer, al vulnerarse Tratados Internacionales protectorios, (el citado precedente "*Recurso de hecho/ Ortega, Daniel Héctor s/ causa n° 1011/2013*", del 15/10/15 en que la CSJN remite al Dictamen Fiscal; en igual sentido, el voto de la Vocal Dra. Mizawak en el precedente "*Favre*", citado ahora nuevamente en su voto).-

Este contexto derivativo, desde un fundamento deontológico, -contexto de justificación-, hacia una limitación meramente consecuencialista, torna sistemáticamente comprensible la remisión a los fallos definitivos o equiparables a tales, art. 511 CPP y a la capacidad recursiva del "...imputado o quien deba padecer las medidas allí mencionadas.." del propio texto del art. 513 CPP. De modo que ya en el contexto semántico creemos errada la lectura supuestamente taxativa que pretende la Defensa, de que al no mentarse expresamente a la pena perpetua, ello significa la

comunicación del legislador de que no tienen ni el MPF o el Querellante potestad recursiva.-

Es que la limitación solo se halla prevista para las penas divisibles, pues solo allí es posible cuantificar la cantidad de pena incoada por la Acusación y la impuesta por el Tribunal.-

Como dijimos al dictaminar y lo confirma V.E., al ser la pena perpetua una pena fija, y por definición no cuantificable no es susceptible de "medir" con la temporal al ser cualitativamente diversa e inconmensurable, (confr. por todos, Zaffaroni, E., Tratado, V, 111 y sig.; idem. Jeschek, H.H., Tratado, Parte General, II, 1061 y sig. trad. de la 3ra. ed. Bosch, con la discusión ante el BVerfG sobre la constitucionalidad).-

Obvio es señalar que las razones del Tribunal Constitucional alemán, análogas a las de V.E. para validar desde los Derechos Fundamentales a esta pena, -en la factibilidad de alternativas preventivo especiales derivadas del mandato de No desocialización-, no implican transformar a la pena perpetua en una temporal y divisible, sino solo no caer en la inocuidad Liszteana, claramente ilegítima, (confr. nuestros dictámenes y V.E. in re "*CHIMENTO*" y "*FIGUEIREDO*" ante las Leyes 25.892, 25.948 y 27375).-

Por ello no es válido "contar" el plazo de 35 años del art. 13 CP, mas los 10 años para la libertad Condicional y los 5 ulteriores del art. 15CP a los fines del art. 513CPP -norma procesal de jerarquía inferior-, pues estos términos no cambian la naturaleza de

comunicación simbólica "fija" de la pena perpetua, tal como expresaba Jeschek, que lejos se halla de perder lozanía, tal como el Estatuto de la Corte Penal Internacional de Roma lo prevé, y los aberrantes delitos cometidos por el condenado lo confirman.-

En realidad en casos como el sub examine donde los límites recursivos atañen a Normas Potestativas o de Competencia, es donde pierde su plausibilidad la llamada "interpretación gramatical", toda vez que más allá de los problemas derivados de la vaguedad o ambigüedad del lenguaje, no nos hallamos aquí ante la *extensio* semántica de algún tipo penal, sea en deberes negativos o positivos- donde juegue el *límite del sentido literal posible*.-

Como recordaba Hassemer, el marco posible de interpretación como constructo racional, para no transformarse en "integración analógica" comprendería lo que denominaba "candidatos positivos", es decir el núcleo de significación, como así también los "candidatos neutrales" o "campo de significación" ("*bedeutungshof*").-

Solo los "candidatos negativos" que estén fuera de la significación o "extensio" serían los propios de la integración analógica prohibida, (confr. su "Fundamentos de Derecho Penal", pág. 225 ed. Bosch).-

Nada de esta cuestión del principio del Hecho se debate aquí, por lo que como señala Hans Kudlich, serán los cánones clásicos de interpretación histórica, Genética, teleológica o sistemática los que en la "*concretización del texto legal*"

(*Normkonkretisierung*), en la argumentación sobre la decisión sobre el caso concreto, tendrán mayor intensidad, (confr. aut. cit. "Cuestiones Fundamentales de la aplicación del Derecho Penal", Marcial Pons, 2018, págs. 44 y sig. llevando a lo penal los aportes filosóficos de Friedrich Müller y Ralf Christensen).-

En realidad se trata de teoría de la argumentación, como decía hace años Robert Alexy en su insuperable "Teoría de la Argumentación jurídica", que engloba en su pragmática discursiva a los citados cánones: *"La comunidad de quienes deben tomar decisiones en el marco del ordenamiento jurídico vigente, sobre la base de la argumentación racional, es el sujeto hipotético de los fines propuestos en los argumentos teleológico-objetivos. Las afirmaciones finalistas de los intérpretes son hipótesis sobre los fines establecidos por este sujeto hipotético. Su corrección debe fundamentarse por medio de la argumentación racional..."* (ob. cit. trad. Atienza/Espejo, 1997, pág. 232 y sig.; idem. exhaustivamente Silva Sánchez, en "La interpretación teleológica en Derecho Penal", Estudios de filosofía del derecho penal, coord. por Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado, 2006 ).-

b) En lo que hace al segundo motivo, -un tanto endeble dada la alternatividad con negar la legitimación impugnativa, tal como con coherencia destaca la minoría de V.E.-, la Defensa solo reitera su disconformidad como si no hubiese leído el fallo de V.E.-

Con contundencia V.E. concluyó en consonancia con el Tribunal Casatorio y nuestra opinión que el "*...trastorno antisocial*

*de la personalidad, trastorno por simulación, abuso y dependencia a sustancias psicoactivas.*

*Estos rasgos de la personalidad del imputado resultan por completo insuficientes para que sea factible aplicar el instituto previsto en el artículo 80, último párrafo del C. Penal, toda vez que no afectaron su capacidad de comprensión de la criminalidad de los actos.*

*Además, el vínculo del encartado con su madre y su abuela no se vio afectado por circunstancias inusitadas, graves, especiales y fuera de lo normal que hayan provocado o desencadenado el violento ataque perpetrado contra quienes durante toda su vida lo defendieron y protegieron..."*.-

Y en consonancia con la doctrina citada por V.E. en nuestro dictamen analogábamos la situación del art. 80 inc.1 e in fine CP, a la menor reprochabilidad "disculpable" del art. 81 inc. 1ro. a) CP., con la salvedad claro está que se limitan a los supuestos del Homicidio calificado por el vínculo, -y pese a que no se haya investigado la segura violencia anterior contra ambas mujeres que la vedarían como surge de la causa-, y que tampoco requiere el estado emocional, que obvio no se menciona aquí.-

La cercanía conceptual con la Emoción Violenta se ve clara en la Exposición de Motivos de la "ley" 17.567 en que reza: *"Determinamos una escala penal alternativa igual a la del homicidio simple para el caso de homicidio de parientes, cuando mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación (no comprendidas*

*como emoción violenta), porque la práctica judicial ha puesto en evidencia, para este caso la inconveniencia de una pena fija...".* Sus autores -tanto Soler, como Fontán Balestra-, aluden con vaguedad a criterios de equidad y al prudente arbitrio judicial.-

Con igual apertura extensional se expresa Laje Anaya: *"...la calidad de los motivos que determinan una razonable o comprensible disminución de los respetos hacia el vínculo de sangre o la calidad de cónyuge, razonabilidad que encuentra su génesis fuera del propio individuo..."* (confr. "Homicidio calificado por el vínculo y circunstancias extraordinarias de atenuación", en JA-1968. V-, 819 y sig.).-

Terán Lomas sintetizaba las situaciones de menor reprochabilidad que podían caber en la razonabilidad, -extraña al autor-, de la atenuante, en la relación autor/víctima, y que denotan su historicidad variable, a saber: *"...ofensas, provocaciones, malos tratos, vejámenes, sorpresa en flagrante adulterio, venganza en razón del honor..."*, y por supuesto, la que en nuestro ordenamiento podía tener cabida, el homicidio piadoso, del que Jimenez de Asúa escribió páginas memorables, (confr. aut. cit. Derecho Penal, Parte Especial, pág. 58 y sig. T. 3, astrea, 1983).-

Pero, junto al citado Laje Anaya, de ningún modo la ley puede dejar sin contenido al art. 80 inc. 1º CP., en el sentido de lo disculpable del motivo: *"...El intemperante como tal, no puede pedir atenuación; sería injusto acordar el beneficio a quien por su mal carácter, todo le parece o todo le resulta suficientemente*

*provocador...*", (ob. y pag. cit ).-

Estas referencias doctrinarias ya antiguas desechan de plano la posibilidad de que Acuña fuese merecedor de atenuación alguna, al ser competente por su personalidad agresiva y como dice el DSM IV "antisocial", (así vgr. en el conocido caso "Schoklender, Sergio y otro", la Cámara del Crimen de la Capital Federal, en LL -1986-C-365; así también V.E. ha desechado todo atisbo de atenuantes en casos semejantes, con simulación de incapacidad de culpabilidad, vgr. "*CARAM, GUSTAVO - HOMICIDIO SIMPLE - REC. DE CASACION*", 15/2/07; idem "*MOLARO, Adrián E. s/Homicidio s/RECURSO DE CASACIÓN*", del 11/6/14).-

Al contrario, en la evolución cultural que recoge la ius decisión legítima, se ha receptado dicha atenuación en la situación de malos tratos constantes hacia la mujer autora de homicidio, (vgr. V.E. in re "*ROJAS, ANDREA MIRIAM- HOMICIDIO AGRAVADO POR EL VINCULO RECURSO DE CASACION*", del 23/8/10, un caso de los tan frecuentes "battered woman", donde incluso se extiende hoy el concepto de agresión ilegítima para dar lugar al art. 34 inc. 6to CP.)-.

También se ha aplicado esta atenuante ante la lamentable derogación del tipo atenuado de infanticidio en embarazos no consentidos, -vgr. el conocido caso "Tejerina, Romina"; idem la Cámara de Casación local, in re "*VESPA, DELIA ROMINA; ANDINO, HECTOR RAMON - HOMICIDIO AGRAVADO POR EL VINCULO S/RECURSO DE CASACIÓN*", del 16/3/18 ).-

Decíamos en el dictamen, al igual que V.E. que no existía en Acuña ni un cuadro de psicosis, ni de patologías orgánicas y que su déficit se hallaba en la internalización de valores, concluyendo en Trastornos por simulación y características psicopáticas, es decir el llamado trastorno antisocial.-

Tanto el aplanamiento afectivo, -vgr. relata sin remordimiento la muerte de su madre y abuela-, el priorizar su bienestar por sobre las reglas que comprende pero evita, el simular síntomas de padecimientos psíquicos inexistentes etc., son todas circunstancias que de manera unánime alejan a esta situación de la incapacidad psíquica de culpabilidad, por ser aspectos de personalidad que al encartado le compete, con las que como cualquier ciudadano debe convivir, y en su caso tratar con las ciencias empíricas y sociales de incumbencia.-

El yerro dogmático del Tribunal de juicio, sobre el que vuelve la Defensa consiste en que la mera constatación de circunstancias que afectan a la capacidad de internalizar o introyectar valores, -vgr. trastorno de la personalidad antisocial y de simulación-, si bien puede generar dificultades en la vida de relación o en la motivación en la Norma de convivencia, y ello contar como una cuestión de determinación de la sanción, en manera alguna podría dar razón a la atenuante que precisamente, -al igual que la del art. 81 inc. 1º CP-, requiere que el motivo determinante del minus de reprochabilidad sea ajeno al autor y, precisamente, no circunstancias que solo a él atañen, como vimos supra.-

Asimismo, en el dictamen donde se pretendía un insólito traslado del condenado a una institución psiquiátrica, -motivado por el temor de los peritos en psicología que deben abordar su caso-, decíamos que así como el intemperante, el violento, o el anómico que se escudan en la irritabilidad para afrontar la vigencia de la Normatividad legítima deben afrontar y tolerar la respuesta del ordenamiento penal, las amenazas o coacciones proferidas por Acuña serán investigadas toda vez que es intolerable la no sujeción empeñada a la Normatividad -ahora la del régimen de encierro legítimo.-

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

PROCURACIÓN GENERAL, 27 de septiembre de 2021