



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-122860-1

“Silva, Claudio Francisco
s/ recurso de casación”.

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala I del Tribunal de Casación Penal -en lo que interesa- casó parcialmente la sentencia del Tribunal en lo Criminal N° 1 de Morón que condenó a **Claudio Francisco Silva** a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por resultar coautor y autor penalmente responsable de los delitos de robo agravado por el uso de arma de fuego, privación ilegal de la libertad agravada por haberse cometido con violencia, portación ilegal de arma de fuego de guerra y homicidio criminis causae calificado por haberse cometido con arma de fuego, todos en concurso real entre sí. En consecuencia, obliteró la agravante del art. 41 bis del Código Penal y en atención a la inelasticidad de la escala penal amenazada, confirmó la sanción impuesta (v. fs. 124/136).

II. Contra ese pronunciamiento interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley el señor Defensor Oficial ante dicha sede (v. fs. 167/181).

En primer lugar, denuncia la errónea aplicación del art. 80 inc. 7 y la inobservancia del art. 165 del Código Penal.

Transcribe la respuesta brindada a tal cuestión por el tribunal intermedio y señala que debió aplicarse la figura prevista en el art. 165 del digesto de fondo, toda vez que no se acreditó fehacientemente el elemento subjetivo exigido por la contenida en el art. 80 inc. 7 del mismo

texto legal donde resultara víctima el señor Boggero. Manifiesta que el acusado y su consorte perdieron en dominio del hecho con la intervención del antes citado al intentar escapar de la situación que estaba viviendo con su pareja, abalanzarse sobre Silva y trabarse en lucha con el mismo, siendo que al surgir ello de forma contingente y súbita se pierde el dominio de la situación y, entonces, no hay elemento alguno que permita afirmar con certeza ni el dolo ni la ultrafinalidad requerida.

Añade que no resultan órdenes imperativas las palabras que el tribunal le atribuye al conductor del vehículo sustraído para con Silva a los efectos de efectuar el disparo mortal, surgiendo dudas respecto a que el imputado realizara tal acción, o que lo hiciera para poder llevar a cabo el fin propuesto; y que la afirmación del tribunal revisor en lo tocante a que los sujetos activos no mataron a la única testigo presencial del evento (Rivadeneira, novia del damnificado) porque no resistió el accionar y porque la Providencia así no lo quiso no resulta ajustado a las circunstancias de autos a tenor de que de los dichos de la propia testigo surge que al momento de acometer su pareja contra Silva ella tuvo que hacerlo contra quien ocupaba el rol de conductor.

De igual modo, expone que ante supuestos designios de matar para lograr la impunidad debe tenerse en cuenta que Rivadeneira constituye la piedra basal para que el suceso no queda impune, preguntándose porqué no remataron al damnificado y la ultimaron a ella.

Agrega que se asumió el temperamento criticado



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

**PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

P-122860-1

mediante afirmaciones dogmáticas y sin un sustento lógico acorde las circunstancias fácticas obrantes en la causa, lo que consagró un criterio contrario al sostenido reiteradamente por esa Suprema Corte en innumerables precedentes, que cita con transcripción de los pasajes pertinentes (P. 45.957 del 02/XII/1997; P. 50.161 del 30/IV/1996; P. 38.311 del 19/III/1991). Asimismo, se refiere al modelo de control por terceros y concluye en que las circunstancias valoradas por el juzgador hacen imposible a un tercero reconstruir la existencia del elemento subjetivo de la figura prevista en el art. 80 inc. 7 del Código Penal.

En otro orden de ideas, tacha al fallo recurrido de arbitrario por falta de fundamentación de la pena impuesta, lo que implicó la vulneración al debido proceso, la defensa en juicio, el doble conforme y la afectación al principio de culpabilidad por el acto. En este apartado, cuestiona que el "a-quo" haya entendido que la quita del art. 41 bis del Código Penal no tenía incidencia en la pena aplicada a Silva por ser la misma una sanción perpetua e indivisible.

Efectúa distintas consideraciones en torno al principio de culpabilidad, y estima que dicha pena nunca podría superar los veinticinco años de prisión, con cita de la C.A.D.H. en cuanto introduce el principio de abolición progresiva de la pena de muerte; la ley 26.394 en cuanto deroga el Código de Justicia Militar y elimina el mismo tipo de sanción; y el Estatuto de Roma.

En función de lo expuesto, solicita se deje sin efecto

el pronunciamiento dictado y se remitan los autos al órgano casatorio a fin de proceder a la determinación de una pena numérica que deberá tener como máximo los veinticinco (25) años de prisión y luego se reduzca por la obliteración de la agravante genérica del art. 41 bis del C.P. respecto del delito de homicidio.

Por último, deja planteada la inconstitucionalidad del art. 80 inc. 7º de igual cuerpo legal para el caso de una interpretación contraria a la postulada, haciendo hincapié en el caso "Hilaire Constantine y otros contra Trinidad y Tobago" de la C.I.D.H.; en que una pena fija vulnera el principio constitucional de culpabilidad; y por contrariar lo normado en los arts. 1, 4, 5 y 8 de la C.A.D.H..

III. El recurso no puede prosperar.

En lo que concierne al primer planteo, debo decir que de la síntesis de agravios puede advertirse que el impugnante deduce -no obstante la expresa referencia a la errónea aplicación de la ley de fondo al cuestionar la calificación legal determinada- cuestiones de índole procesal, vinculadas con la motivación del decisorio y, en definitiva, con la valoración de la prueba y la fijación de los hechos, materias ajenas al acotado ámbito de competencia revisora de esa Suprema Corte conforme reza el art. 494 del ritual. En este sentido, ha expresado V.E. que aquellos planteos que "suponen una pura confrontación con la valoración probatoria tenida en vista (o, por el contrario, desconsiderada) en las instancias previas (...) no resultan materia asequible al acotado ámbito de conocimiento de esta Corte en el recurso de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

**PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

P-122860-1

inaplicabilidad de ley" destacando, además, que "En tal sintonía, resultan estériles los reproches contra la apreciación probatoria realizada por los órganos jurisdiccionales que intervinieron con anterioridad (ref., en particular, a la composición de la convicción del juzgador originario confirmada por el Tribunal de Casación al desestimar análogo planteo al introducido aquí)" (cfr. causa P.100.761, s. del 17/06/09; entre otras).

Ello no obstante, debo señalar que tampoco demuestra el quejoso que en el caso concurra un supuesto de arbitrariedad que permita excepcionar aquella regla, pues se limita a cuestionar la suficiencia del material probatorio reunido en la instancia de mérito para acreditar la participación de los imputados en el evento y la ultrafinalidad exigidas por el art. 80 inc. 7º del digesto de fondo, dejando sin rebatir debidamente la concreta respuesta vertida, en este sentido y ante los planteos de la defensa llevados al Tribunal de Casación Penal.

Al respecto ha expresado esa Suprema Corte, citando a la Corte Suprema de la Nación, que "el objeto de la doctrina de la arbitrariedad no es corregir en tercera instancia fallos equivocados, sino cubrir los defectos graves de fundamentación o razonamiento que tornen ilusorio el derecho de defensa y conduzcan a la frustración del derecho federal invocado" (C.S.J.N., Fallos t. 310, p. 234), afirmando que no consigue demostrar la existencia de la mentada arbitrariedad quien se limita a consignar su discrepancia con el pronunciamiento atacado, sin poner en evidencia la existencia de esos graves defectos de fundamentación o razonamiento en el

fallo cuestionado (doct. art. 495 del C.P.P., causa P. 98.529, s. del 15/07/09).

En ese sentido, cabe destacar que el órgano casatorio expuso que: *"Respecto de la calificación del hecho de homicidio no dudo que lo ha sido en los términos del art. 80 inc. 7º del C.P. sobre todo en virtud de la acreditada circunstancia de que fuera quien no estaba armado el que ordenara al otro que disparara el arma. Esa decisión está claramente encaminada a neutralizar una resistencia absolutamente desigual -inerme- y aventa la casuística del art. 165 C.P. al que esta Sala ha caracterizado sobradamente en el precedente 'Mendez'. Más claramente: frente al infértil intento (ex ante y ex post) del interfecto de hacer cesar la consumación de los injustos en curso, se lo neutraliza con un disparo de un arma de guerra a quemarropa con el evidente propósito de que esa interposición no aborte el curso de los delitos que se llevaban adelante. A eso se refiere el artículo e inciso mencionados: el elemento subjetivo diferente del dolo de matar que es hacerlo para poder perpetrar el fin propuesto (...) No ha sido eventual el dolo puesto de relieve a la luz de los datos fácticos expuestos"* (v. fs. 133 vta.).

A ello agregó que: *"Los argumentos que aluden a que no se mató a la testigo antes que llevar agua al molino de la defensa la vierten en el de la acusadora: no mataron a Rivadeneira porque no resistió el accionar que querían consumir y porque la Providencia así lo quiso. Nótese que el imperativo 'disparale, disparale, disparale' se limitó al varón que resistía. Esta es otra razón por la que Silva no tiró (...) En todos esos argumentos que desgrana el recurso radica además la fuerza de la imputación de la testigo que miró fijo a quien también la miraba fijo y que ya había disparado contra su novio y quien -supuso- también le dispararía a ella (...) Todo lo que vengo diciendo tornan fútiles las críticas de que no se haya secuestrado el arma como que el disparo haya podido resultar fortuito. En el contexto físico en que se produjeron los hechos tornan irrelevante las diferencias de talla entre los protagonistas y -antes bien- parecerían favorecer al más pequeño*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-122860-1

máxime si se encontraba armado de una pistola calibre 9 mm." (v. fs. 133 vta./134).

De lo reseñado, se advierte que la alegada arbitrariedad del fallo del tribunal intermedio en cuanto confirmó -por los argumentos citados con anterioridad- la decisión que determinó la aplicación al caso del art. 80 inc. 7º del Código Penal, no se corresponde con lo efectivamente decidido, en tanto que el "a-quo" sustentó su postura dando fundamentos bastantes y la inteligencia determinada, estimo, no desborda el marco de las interpretaciones posibles. En definitiva, la parte ensaya hipótesis fácticas fundadas en su particular valoración de la prueba que no demuestra la existencia de los vicios que denuncia si se tiene en cuenta que el tribunal revisor tuvo en cuenta los materiales probatorios utilizados en el juicio, se centró en los hechos de la causa y enfocó el conflicto individual y concreto. Decaen, entonces, los planteos referidos a que el "a-quo" efectuó afirmaciones dogmáticas o apartadas de las constancias del expediente.

Tampoco consigue demostrar el impugnante que el tribunal revisor haya incurrido en un vicio lógico o en una absurda valoración de la prueba (arts. 210 y 373 del ritual) capaz de conmover lo decidido, incurriendo de ese modo en insuficiencia (art. 495 del ritual). Entiendo que los magistrados han dado razones suficientes para sustentar su decisión indicando expresamente y con la certeza necesaria la forma en que se acreditaron el dolo directo y la ultrafinidad subjetiva en el homicidio calificado *criminis causae*, razón por la cual la petición de mutar la calificación legal por la contenida en

el art. 165 del digesto de fondo no puede tener acogida favorable.

De igual modo, debo decir que no puede progresar la crítica de la defensa haciendo hincapié en que diversas circunstancias hacen que la conducta imputada no pueda encuadrar en el tópico relacionado con que se mató para lograr la impunidad, pues tal como lo transcribiera ut supra el "a-quo" estimó que la ultrafinalidad que se daba en el caso era quitar la vida para poder perpetrar el fin propuesto. Media, entonces, insuficiencia (arg. doct. art. 495 del ritual).

Por lo demás, es dable destacar que esa Suprema Corte determinó en la causa P. 119.733, s. del 02/07/14, que "...si bien la sentencia de condena sólo puede ser el resultado de un convencimiento que esté más allá de toda duda razonable acerca de la responsabilidad del encausado por un hecho punible, no basta la invocación de cualquier versión contrapuesta sobre la fijación de los hechos para objetar el análisis de la prueba a tenor del principio favor rei, si no es posible poner en evidencia que el análisis razonado y detenido de toda la prueba en conjunto impide alcanzar ese grado de convencimiento, de modo de habilitar a cuestionar esa certeza subjetiva (...) (P. 103.093, resol. 14/7/2010; P. 112.761, resol. del 19/IX/2012; P. 112.573, resol. del 19/XII/2012; P. 113.417, resol. del 10/IV/2013; P. 115.269, resol. del 27/XI/2013; e/o)".

Finalmente, caber acotar que la decisión criticada cuenta en el punto con la debida fundamentación exigida constitucionalmente no dándose, en consecuencia, ninguno de los supuestos que configurarían una



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-122860-1

sentencia arbitraria. Es decir, no se advierte que en el fallo cuestionado el tribunal se haya apartado inequívocamente del derecho aplicable, haya incurrido en omisiones sustanciales, sea una sentencia carente de fundamentación o basada exclusivamente en la opinión subjetiva de los sentenciantes (conf. op. en causas P. 83.926, del 08/07/03, y P. 88.581, del 15/09/04; entre otras).

Consecuentemente, debe rechazarse el embate deducido (conf. art. 495 del C.P.P.).

En lo que atañe a los planteos vinculados con la determinación numérica de la pena perpetua y la solicitud de inconstitucionalidad del art. 80 inc. 7º del digesto de fondo, debo decir que los mismos resultan extemporáneos ya que dichas cuestiones no fueron llevadas por ante el juzgador intermedio y, por ende, aparecen palmariamente novedosas. En efecto, los reclamos no han sido sometidos a la instancia precedente a través del remedio casatorio (v. fs. 40/85 vta.) o en la oportunidad que regula el art. 458 del ritual (v. fs. 106/113 vta.) cuando ello era posible, pues la imposición de una pena perpetua fue propuesta en los alegatos y decidida en la sentencia del tribunal de mérito, circunstancia que basta para que el planteo sea rechazado en esta sede (conf. causa P. 108.669, s. del 31/10/12, entre otras).

Sin perjuicio de ello, no deber olvidarse que la aplicación de las penas privativas de libertad perpetuas no puede reputarse incompatible con el texto de la Convención Americana de Derechos

Humanos, en cuanto la citada prevé la imposición, en ciertos casos y "por los delitos más graves" (art. 4.2), de penas de mayor entidad y carentes de todo contenido socializador, como la pena de muerte, previsión similar a la contenida en el art. 6.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De igual modo, es evidente que la propuesta carece de asidero legal -al proponer un alcance numérico máximo y un mínimo indeterminado para sustituir la referencia expresa del art. 80 del digesto de fondo a una sanción indivisible- y desconoce el texto expreso del art. 40 del Código Penal que establece que sólo a las penas divisibles le serán aplicables las atenuantes y agravantes del artículo siguiente.

Finalmente, debo traer a colación que al decidir en la causa P. 113.096, s. del 09/04/14, V.E. indicó que la defensa "... no posee agravio actual en tanto el asunto concierne a la etapa de ejecución de la condena y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación cabe inferir que aún para el caso de las penas perpetuas deberá fijarse, eventual y oportunamente, el momento de su agotamiento (C.S.J.N., "Ibáñez", sent. del 14/VII/2006; S.C.B.A., P. 84.479, sent. del 17/XII/2006; P. 94.377, sent. del 18/IV/2007).", criterio también sostenido al resolver en P. 106.068, el 14/11/2012, p. 107.972 el 19/12/2012, P. 111.473 el 17/4/2013; P. 116.671 el 3/9/2014 de 2014 y p. 118.280 el 26/3/2015, entre otras.

En consecuencia, estimo corresponde rechazar por extemporáneos los embates deducidos y, en caso de no compartirse tal



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-122860-1

solución, declarar que los agravios resultan insuficientes (conf. art. 495 del ritual).

IV. Por todo lo expuesto, aconsejo a V.E. el rechazo del recurso extraordinario deducido.

Tal es mi dictamen.

La Plata, 3 de febrero de 2017.

JUAN ANGELO DE OLIVEIRA
Subprocurador General
Suprema Corte de Justicia

