



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

P-131507-1

"Bogao, Damián Marcelo
s/ Recurso extraordinario
de inaplicabilidad de ley"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala V del Tribunal de Casación Penal rechazó el recurso de la especialidad interpuesto por la Defensa Oficial de Damián Marcelo Bogao contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal N° 4 del Departamento Judicial San Isidro, que le impuso la pena de quince años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar coautor penalmente responsable de los delitos de homicidio en ocasión de robo, hurto en grado de tentativa y robo calificado por el uso de arma de aptitud no acreditada (v. fs. 178/196).

II. Contra esa decisión la defensa deduce recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 200/211), el que fue declarado admisible por el órgano intermedio (v. fs. 218/219).

Denuncia el recurrente que la sentencia resulta arbitraria por falta de fundamentación y apartamiento de precedentes de la Corte Suprema de Justicia ("Casal" y "Descole"), afectándose el derecho a ser oído, la defensa en juicio, el debido proceso, el derecho al recurso y el principio de inocencia, así como también que existió una revisión aparente de la sentencia de condena (arts. 18 y 75 inc. 22, CN; 8.1 y 8.2.,h CADH; 14.5, PIDCyP; 168 y 171, Const. Prov.), quebrantándose el principio de culpabilidad con infracción a lo dispuesto por los arts. 45, 47, 165 y 166 del Código Penal.

En primer término, aduce que el tribunal intermedio no cumplió con

la revisión amplia exigida constitucionalmente sino que limitó su labor a repetir los fundamentos del inferior en lo que atañe a la participación del acusado, agregando que el sentenciante descarta los dichos del imputado en referencia a que se encontraba en otro lugar al momento del hecho atento que supuestamente no se apoyan en otros elementos de prueba.

Sostiene que tal forma de decidir transgrede el doble conforme y el principio de inocencia, contiene afirmaciones dogmáticas y se aparta de las constancias de autos.

En segundo lugar, estima que los órganos jurisdiccionales actuantes no lograron fundar con la certeza necesaria que en el plan inicial de cometer el robo estuviera incluido dar muerte a la víctima, atento que el otro coimputado la arrolló reiteradas veces con el automotor que intentaba sustraer, añadiendo que el arma de fuego utilizada era ostensiblemente no apta para el disparo y ello indica que su empleo no era a los fines de lesionar o herir de muerte.

Asimismo, alega que la secuencia se produjo en escasos segundos donde Díaz asume una decisión unilateral y pretende deshacerse del escollo que representaba el damnificado al ubicarse éste por detrás del automóvil para impedir el desapoderamiento, considerando el quejoso que dicha conducta no puede extenderse a su pupilo procesal conforme lo disponen el art. 47 del C.P. y el principio de culpabilidad por el acto (art. 18, CN).

Expone que no se probó que el acusado haya efectuado un aporte objetivo al homicidio que constituya dominio del hecho. Agrega que no fue él quien dio muerte



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

P-131507-1

a la víctima y que no consintió el accionar del otro sujeto activo ya que las indicaciones brindadas desde afuera del vehículo eran sólo un diálogo necesario a los efectos de huir del lugar ante el frustrado robo.

De igual modo, afirma que la circunstancia de que ambos coimputados huyeran juntos no determina que Bogao consintiera el homicidio; que no es cierto que intentó neutralizar el auxilio por parte de un vecino al damnificado, sino que lo que hizo el acusado fue impedir la posible agresión hacia el coprocesado Díaz ya que el vecino se dirigía hacia donde se encontraba el citado y no hacia donde estaba la víctima; y que el imputado trató de intimidar al vecino para facilitar la huida del lugar con el hipotético uso de un arma de fuego cuyo poder ofensivo sabía nulo.

Sostiene que se ha aplicado en forma errónea lo dispuesto por el art. 45 del C.P. dado que no se estableció de qué modo el acusado tomó parte en la ejecución del hecho homicida o cuál fue su aporte objetivo a los fines de la realización del tipo penal endilgado, sin el cual no hubiera podido cometerse el suceso o que le hubiera dado el dominio funcional.

Señala que es arbitraria la afirmación del *a quo* relativa a que la decisión abrupta de uno de los atacantes, que en solitario decidió ir más allá del plan común y dar muerte a la víctima, fue consentida por el procesado. Por ello, expone que al no haberse acreditado fehacientemente el elemento subjetivo sin margen de dudas deviene aplicable lo dispuesto en el art. 47 del Código Penal por imperio del principio *in dubio pro reo*.

III. El recurso no puede prosperar.

En lo que atañe al primer agravio, debo recordar que el tribunal casatorio describió la materialidad ilícita imputada (v. fs. 185 y vta.) y a continuación enumeró la prueba valorada a los fines de su acreditación describiendo lo que expusieron los testigos directos en el debate; el resultado positivo de las ruedas de reconocimiento realizadas; los indicios ponderados; las declaraciones de los policías que intervinieron en las primeras tareas de investigación; el descarte de la versión exculpatoria del procesado que se fundaba en que el mismo se encontraba en otro lugar al momento del hecho, sosteniendo el juzgador que la circunstancia de que el acusado estuviera a las 21:13 hs. en la casa de su tía como surgiría de una fotografía no resulta incompatible con su participación en el suceso ocurrido alrededor de media hora antes, atento que un registro filmico muestra al vehículo Ford Ka en el que huyeron los procesados a las 20:58 hs. a menos de cinco minutos de distancia del lugar en el que fue abandonado, lo que permitió que Bogao estuviera en el domicilio de su tía quince minutos después; que el valor de los dichos de los acusados tenía nulo valor probatorio atento la falta de razonabilidad y logicidad de las versiones y por su contraposición con la contundente prueba de cargo; y que por todo lo dicho el fallo impugnado resultaba debidamente fundado con apego a las constancias de la causa (v. fs. 185 vta./189).

De este modo, no se evidencia -a tenor de lo antes reseñado- que la decisión del *a quo* sobre el modo en que abordó los reclamos de la defensa haya significado un incumplimiento a los estándares emergentes del fallo "Casal" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que cita. Tampoco evidencia el impugnante el vicio de arbitrariedad denunciado, pues la queja de afectación a la revisión integral se asienta básicamente en una



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

P-131507-1

reedición de criterios valorativos divergentes a los expuestos por el *a quo* para refrendar el pronunciamiento de la instancia anterior (doctr. art. 495, CPP).

Tiene dicho esa Suprema Corte que si el recurrente realiza un ataque a la valoración de los testimonios brindados en la causa, sólo de un modo indirecto se relaciona con las disposiciones internacionales vinculadas a la revisión integral de la sentencia condenatoria (cfr. art. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCyP), y ello así, pues: *"esas normas no se refieren al acierto de las conclusiones alcanzadas en la primera instancia acerca de la veracidad de las declaraciones de los testigos, ni a la evaluación que sobre ellas haga la segunda instancia, sino a la necesidad de que esa revisión sea realizada, y que se la haga cabalmente. Esto último es lo que corresponde examinar en la presente instancia extraordinaria. Se observa entonces que si bien el Tribunal de Casación hizo referencias a la sentencia recurrida -lo que en rigor resulta inevitable- no se limitó a expresar su coincidencia con lo valorado en ella, sino que dio los fundamentos que la llevaban a esa determinación"* (causa P. 130.089, sent. de 21/8/2019).

A lo anterior cabe agregar que la revisión amplia e integral de la sentencia de condena, incluso a la luz de la "teoría del máximo rendimiento", no exige una renovación del debate y una nueva consideración de la prueba en una segunda instancia, sino que puede ser satisfècha con un control adecuado de la sentencia condenatoria, que incluya el modo en que los jueces de la instancia de mérito aplicaron las reglas de la sana crítica y lo volcaron en la decisión sometida a revisión, conforme los planteos de la parte recurrente.

En consecuencia, el embate no puede progresar.

En lo que atañe al segundo agravio, considero que el quejoso plantea una divergencia sobre la existencia y alcances del acuerdo -previo o concomitante- que vinculaba a los imputados de autos, cuestión que se vincula exclusivamente con la valoración de la prueba y la determinación de los hechos, materia ajena al acotado ámbito de revisión que habilita el art. 494 del C.P.P..

El impugnante no consigue demostrar que la decisión adoptada sobre el punto aparezca viciada de absurdo o arbitrariedad, únicos carriles que habilitarían su excepcional tratamiento en esta sede, pues no se ocupa adecuadamente de los fundamentos vertidos en la instancia intermedia al abordar la cuestión.

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" (CSJN, Fallos: 310: 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, CPP, causa P. 98.529, sent. de 15/7/2009).

La plataforma fáctica fue descripta exponiéndose que "*...el día 16 de mayo de 2015, alrededor de las 20:30 horas, Jorge Fernández fue interceptado cuando egresaba de la cochera de su vivienda (...) a bordo de su automóvil Renault 9,*



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

P-131507-1

dominio TET-730. Uno de los activos lo compelió a descender del rodado, colocándose al comando, mientras el segundo agente aguardaba en las proximidades de la vereda asegurando la zona. Que el damnificado ejerció resistencia colocándose en la parte trasera del vehículo, junto al baúl, obstruyendo la salida, ocasión en la que el atracador situado en el automotor, tras los gritos de los vecinos para que depusiera su agresión, hizo marcha atrás arrollando a la víctima, seguidamente movió el vehículo hacia adelante y luego nuevamente en reversa, pero el cuerpo de la víctima impedía el desplazamiento del vehículo. En ese momento un vecino se acercó al auto y abrió la puerta del conductor, momento en que el consorte que estaba afuera del vehículo ordenó a su compañero 'tirale, tirale'. Luego, ante la congregación de muchos vecinos en el lugar, los autores del hecho se dieron a la fuga a la carrera, no logrando consumar su designio criminal por cuestiones ajenas a sus voluntades. Como consecuencia de la embestida el nombrado Fernández sufrió múltiples heridas en el cuerpo que desencadenaron su fallecimiento.// Durante la fuga los mismos sujetos se toparon con Damián Omar Guerrini, quien había descendido de su automóvil a la altura de la vivienda de Fernández para prestar ayuda, subiéndose los malvivientes a este otro vehículo intentando apoderarse de él, no lográndolo por no haber podido darle arranque, por lo que continuaron con su fuga a pie.// Luego de ello, los imputados interceptaron a Francisco Javier Folino cuando estaba a bordo de su vehículo Ford Ka, y mediante intimidación con armas de fuego cuya aptitud para el disparo no se pudo acreditar, lo despojaron ilegítimamente de su automóvil con el que se dieron a la

fuga" (fs. 185 y vta.).

Por otro lado, al abordar el reclamo vinculado con la aplicación del art. 47 del Código Penal y el cambio de calificación legal, el órgano casatorio manifestó que *"...para que haya coautoría es necesario que exista una división de roles, materializada a través de un acuerdo que puede ser expreso como tácito (o mediante un actuar concluyente), en donde cada interviniente tenga a su cargo la ejecución de una función decisiva par la realización del hecho proyecta (...) de una atenta lectura de la causa surge que la función que le cupo al encartado quedó enmarcada dentro de las referidas exigencias (...) los magistrados de mérito entendieron (...) que éste [Bogao] debía responder a título de coautor, en razón de haber sido -conjuntamente con Díaz- quienes intentaron apoderarse ilegítimamente del vehículo automotor propiedad de Jorge Fernández. Para ello lo abordaron cuando salía de la cochera de su vivienda, ocupándose Díaz de compelerlo mediante intimidación con un arma a descender del rodado, mientras que Bogao se quedó en la vereda asegurando la zona, dándole indicaciones a su compañero. En ocasión de ese intento de robo uno de los coautores produjo la muerte de la víctima atropellándolo en más de una oportunidad con el vehículo ante la resistencia que intentó la víctima colocándose [...] detrás del auto para intentar impedir su marcha (...) ambos coautores se dieron a la fuga, para lo cual intentaron desapoderar a otro vecino de su automóvil y finalmente se apoderaron del vehículo de un tercero, demostrando un persistente actuar mancomunado que da cuenta del asentimiento de ambos intervinientes respecto de las conductas cometidas"* (fs. 189



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

P-131507-1

vta./190 vta.).

A ello agregó que "...independientemente de que, tal como quedó acreditado, haya sido Díaz el que ejecutó materialmente la conducta que produjo la muerte de la víctima, de la prueba también surgió que Bogao consintió claramente ese accionar, dándole órdenes e indicaciones desde afuera del vehículo, y luego ratificó ese consentimiento al emprender una pertinaz fuga junto a su compañero (...) Deviene irrelevante cuál de los coautores efectuó la concreta agresión que produjo la muerte, pues para que se abstezcan las exigencias de la coautoría no es indispensable que cada uno de los intervinientes realice de propia mano la totalidad de las acciones típicas sino que bastará con que cada uno haya ejecutado alguna de las acciones que integran la figura, en el marco de una empresa criminal común (...) La víctima fue salvajemente lesionada pasándole en más de una oportunidad con el vehículo, todo ello frente a vista de Bogao, lo cual impide aceptar la hipótesis defensiva relativa a que el accionar de Díaz no resultaba 'previsible' para Bogao, puesto que se trató de un accionar que consintió durante su desarrollo y con su conducta posterior -aún cuando se haya desencadenado sin premeditación- y con el que en cierto modo colaboró, al intentar con sus indicaciones neutralizar el auxilio que intentó prestarle un vecino de la víctima" (v. fs. 190 vta. y 191).

De igual modo, el órgano revisor expuso que "...la calificación legal asignada a la conducta de Bogao que se tuvo por probada sin absurdo, resulta ajustada a derecho (...) Resulta notoriamente evidenciado y debe imputársele a Bogao

que aceptó la muerte que su compañero le causó [...] a Jorge Fernández (...) no cabe sino homologar el criterio del tribunal a quo pues, como en el decisorio se señalara con abundantes citas de doctrina judicial, basta que la muerte se produzca en el contexto del apoderamiento ilegítimo violento para que (ambos intervinientes) queden incurso en la figura del artículo 165 del Código Penal, con el grado de coautor, lo que descarta que su accionar se ubique dentro de los límites de los artículos 47 y 166 inciso segundo del Código Penal..." (fs. 190 vta. y 191).

Frente a estos argumentos, el recurrente insiste con una valoración probatoria diversa que impediría afirmar el componente subjetivo del tipo endilgado y su consecuente negación de la coautoría, mas no consigue demostrar que la revisión realizada carezca de fundamentos o se aparte infundadamente de las constancias de la causa.

En este contexto, si el tribunal de mérito estableció que el imputado debe responder por el ilícito establecido en el art. 165 del C.P., las consideraciones acerca del tipo de aporte brindado por el encausado -a su juicio, exclusivamente ceñida a la participación en el delito de desapoderamiento- y la invocación de que habría existido un exceso del otro interviniente en la muerte de la víctima, no sólo se desentiende de los fundamentos esgrimidos en la sentencia, sino que tampoco logra evidenciar el desajuste normativo que le reprocha.

Cabe añadir, por lo demás, que la categoría de coautoría funcional surge justamente para supuestos en que más de un sujeto codomina el hecho a través de su función específica en la ejecución del suceso total sobre el que existe una decisión común. Desarticular tal coautoría funcional y exigir la acreditación de la causación física en cada tramo



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

P-131507-1

fáctico de la ejecución del delito es negar aquella categoría de participación -en sentido lato- pues el dato esencial de la coautoría funcional es justamente la división de tareas (cfr. P. 82.042, sent. de 30/3/2005, entre otras).

En el mismo sentido ha señalado esa Suprema Corte que: "[l]a *decisión común es el vehículo que determina la conexión de los diversos aportes al hecho llevados a cabo por distintas personas, permitiendo imputar a cada uno de los intervinientes la parte de los otros. Ciertamente, no siempre es sencillo distinguir si tal o cual modalidad de aporte objetivo atribuye realmente el dominio del hecho, a fin de imputar coejecución o simplemente otra forma de cooperación. Sin embargo, hay consenso generalizado en afirmar la coautoría cuando quien ejecuta junto con otro u otros el evento criminoso lo hace en virtud de un acuerdo previo por el cual cada uno conoce la acción de los demás y distribución de funciones. Justamente, esto es lo que caracteriza la coautoría de las demás formas de intervención a través de pluralidad de autores. En aquella el hecho no es dominado por uno de los intervinientes, sino por el conjunto o 'colectivo'. Importa, pues, el despliegue de una parte del suceso típico en combinación con el aporte de los otros. Por ello, rige en la coautoría la imputación recíproca de todas las contribuciones al suceso que tienen lugar en el marco del común acuerdo (conf. Jescheck, Tratado de Derecho Penal, t. II, Bosch, Barcelona, 1981, p. 993)*" (cfr. causa P. 131.593, sent. de 14/8/2019, entre muchas otras).

En el marco de situación descripto por el tribunal intermedio, las particularidades del aporte de cada uno de los coautores pierden la relevancia que el defensor

pretende asignarle pues, como es sabido, la coautoría funcional permite -reunidos los extremos que exige su aplicación- la atribución recíproca de las consecuencias correspondientes a la conducta de cada uno de los coautores. Y el órgano intermedio confirmó que los sujetos activos conformaban una banda organizada que no sólo cometió el evento bajo análisis calificado en los términos del art. 165 del Código Penal (hecho primero), sino que los sujetos activos siguieron juntos en la huida y trataron de apropiarse ilegítimamente de un automotor perteneciente a Damián Guerrini a tales fines (hecho segundo), y atento no lograr su cometido intimidaron posteriormente a Francisco Folino que se encontraba junto a su hija de seis años de edad con armas de fuego cuya aptitud para el disparo no se pudo establecer, desapoderándolo ilegítimamente de su automóvil con el que se dieron a la fuga (hecho tercero), tal como consta a fs. 66/67.

Es decir, en todo el *raid* emprendido interceptaron juntos e intimidaron a las víctimas de cada suceso, huyendo también en forma mancomunada, lo que permite descartar cualquier cuestionamiento referido a la falta de "acuerdo previo".

De conformidad con lo transcrito, se advierte que los argumentos defensistas no se ajustan a la realidad expuesta, habida cuenta que para el tribunal intermedio los dos sujetos que formaron parte del grupo tomaron parte activamente en la ejecución del suceso, con comprensión de la acción que iban a emprender y con los medios que iban a utilizar, consintiendo las consecuencias que pudieran derivar de esa conducta en la cual se habían dividido las tareas, sin importar quién fue materialmente el que causó el fallecimiento del damnificado.



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

P-131507-1

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 considera 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.

Entiendo que los magistrados han dado razones suficientes para sustentar su decisión indicando expresamente y con la certeza necesaria la forma en que se acreditó el dolo en el homicidio en ocasión de robo, razón por la cual la petición de mutar la calificación legal por la contenida en el art. 166 inc. 2 del Código de fondo no puede tener acogida favorable.

En resumen, en el contexto fáctico que ha quedado incontrovertido, aparece adecuada la subsunción de la conducta del procesado efectuada por el sentenciante, no habiéndose demostrado que en autos se hubiera quebrantado el principio de culpabilidad por el acto que denuncia la defensa, en tanto que el tribunal intermedio sustentó su postura dando fundamentos bastantes y la inteligencia determinada, estimo, no desborda el marco de las interpretaciones posibles (art. 495, CPP, y doct. P. 98.526, sent. de 15/7/2009; P. 102.106, sent. de 5/5/2010; P. 106.350, sent. de 15/6/2011; P. 105.074, sent. de 29/6/2011, entre otras).

Teniendo en cuenta todo ello, se pone en evidencia que la decisión del tribunal revisor sobre estos aspectos trascendentes para la resolución del caso cuenta con la debida fundamentación exigida constitucionalmente.

Por lo demás, y en lo tocante a la solicitada aplicación al caso del

principio *in dubio pro reo*, en atención a su eventual raigambre federal, cabe señalar que el reclamo se encuentra desprovisto de desarrollos argumentales que le den sustento, más allá de que del fallo en crisis no se vislumbra cuestión alguna que permita hacer jugar tal contingencia. En tal sentido, es dable destacar que esa Suprema Corte determinó en la causa P. 119.733, sent. de 2/7/2014, 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 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.

IV. En virtud de lo expuesto, estimo que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto a favor de

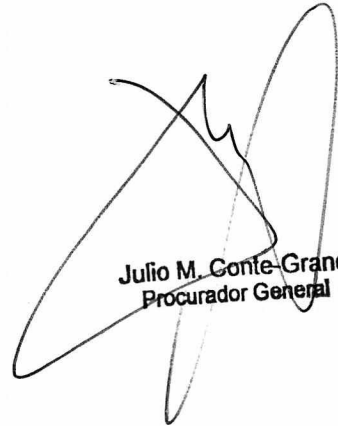


PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-131507-1

Damián Marcelo Bogao.

La Plata, 29 de octubre de 2019.



Julio M. Conte Grand
Procurador General

Vertical line on the left side of the page.

Vertical line on the right side of the page.

Faint, illegible text or markings in the center of the page.