



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

P-133140-1

"Fernández, Marcelo Gabriel y
Bongiovanni, Walter Adrián s /Queja en
causa N° 83.742 y 83.746 del Tribunal de
Casación Penal, Sala IV"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal resolvió rechazar -por improcedentes- los recursos de casación deducidos en favor de Marcelo Gabriel Fernández y Walter Adrián Bongiovanni contra la sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial San Isidro que condenó a Walter Adrián Bongiovanni a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas del proceso, por resultar coautor de los delitos de homicidio agravado *criminis causae* en concurso real con robo calificado por el uso de arma de fuego; y a Marcelo Gabriel Fernández a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas del proceso y multa de \$ 225 (doscientos veinticinco pesos) como coautor del delito de homicidio agravado *criminis causae*, robo calificado por el uso de arma de fuego y autor de los delitos de portación ilegal de arma de guerra y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, todos en concurso real entre sí -arts. 5, 12, 29 inc. 3°, 40, 41, 45, 55, 80 inc. 7°, 166 inc. 2° segundo párrafo, 189 bis inc. 2° cuarto párrafo del Código Penal-. (v. fs. 175/196 vta.).

II. Contra esa decisión, los defensores adjuntos de Casación, Dr. Nicolás Agustín Blanco y Dr. Daniel Anibal Sureda interpusieron recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley (v. fs. 202/211 y 239/257 respectivamente) y el tribunal intermedio decidió declararlo inadmisibile el primero (v. fs. 228/231 vta.) y parcialmente admisibile el

segundo (v. fs. 270/272). Frente a esas resoluciones se interpusieron sendos recursos de queja ante esa Suprema Corte de Justicia los que fueron finalmente admitidos (v. fs. 60/62 vta, causa P. 132.414-Q y fs. 129/132 causa P. 133.002)

III. a. Recurso de inaplicabilidad de ley en favor de Walter Adrián

Bongiovanni.

i. El recurrente denuncia, en lo sustancial, la errónea aplicación de los arts. 45 y 80 inc. 7 del Código Penal y la desconsideración del art. 47 del Código Penal, la violación del principio de culpabilidad en el acto -arts. 18, 19 y 75 inc. 22, Const. nac.; 11 y 57, Const. prov.-, la errónea revisión de la sentencia de condena por violación a la obligación de fundar los pronunciamientos judiciales que derivan de la razonabilidad republicana (art. 1, Const. nac.) y del derecho de defensa (art. 18 y cc., Const. nac.), la violación a la presunción de inocencia y al principio "*in dubio pro reo*" (arts. 18, Const. nac., 8.2 de la CADH y 14.2. del PIDCP).

Sostiene que no se acreditó debidamente el aspecto subjetivo de la figura de homicidio *criminis causae* del art. 80 inc. 7 del Código Penal ni fundó debidamente que en el plan inicial de cometer un robo estuviera incluido disparar a una de las víctimas para procurar la impunidad, ya que la conducta de Fernández resultó un exceso de la cual su asistido no debe responder.

Señala que de la plataforma fáctica que viene probada en estas actuaciones la víctima intentó defenderse y ello motivó la reacción del imputado Fernández



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

P-133140-1

efectuando un disparo con el arma que portaba acabando con la vida de Meza; además, la sentencia estableció que Bongiovanni también estaba armado aunque sólo la utilizó para intimidar a Bogado Báez, sin efectuar disparos.

Bajo esas circunstancias considera que su defendido no resulta coautor del delito de homicidio dado que no se establece en el fallo atacado de qué modo es que Bongiovanni tomó parte en la ejecución del hecho homicida o cual fue su aporte objetivo que consista en la realización de un elemento del tipo, sin el cual el homicidio no hubiera podido cometerse o que le hubiera dado el dominio funcional del hecho.

Afirma que la conducta de Bongiovanni no permite más que la aplicación de la figura del art. 165 del Código Penal pues su función en el hecho criminal quedó delimitada a interceptar a la víctima Bogado Báez con fines de robo y que fue el imputado Fernández quién sorpresivamente realizó el disparo que causó la muerte sin poder afirmarse que previamente existió un acuerdo en el que formara parte su defendido.

Por otro lado, denuncia que la explicación brindada por el *a quo* sobre el aspecto subjetivo de la coautoría resulta arbitraria ya que perdió de vista que la víctima "imprevistamente tomó del cuello a Fernández", por lo que su actuar pudo ser -aunque ilegítima y desproporcionada- defensiva, y no una respuesta vengativa por ver frustrado el robo que intentaban; de ese modo, la conducta de Fernández resultó un exceso del robo, pero que impide afirmar una plan homicida con ultrafinalidades. Cita en su apoyo el precedente P. 114.722 de esa Suprema Corte de Justicia.

Cerrando este tramo, entiende que la significación jurídica de los hechos probados ha sido errónea al no concurrir los elementos que nutren la elaboración dogmática empleada (coautoría funcional) para atribuir el homicidio agravado a Bongiovanni en carácter de coautor. Agrega que el fallo impugnado incurre en violación al principio de culpabilidad (arts. 18 y 19, Const. nac.) por haber recaído condena por un hecho de homicidio respecto del cual Bongiovanni no tomó parte en su ejecución y que igual garantía se transgredió a nivel de la tipicidad por imputarse una conducta en donde no existe un vínculo subjetivo entre su asistido y el hecho reprochado.

ii. En segundo lugar, denuncia el recurrente que se ha erróneamente aplicación el art. 80 inc. 7 del Código Penal en tanto el hecho que se tuvo por probado demuestra que la muerte de Franco Meza se produjo en el marco de un intento de robo a raíz de un exceso de uno de los coautores del ilícito contra la propiedad, aunque no logra establecer la sentencia, con el grado de certeza que una condena exige, ninguna de las ultrafinalidades exigidas por la figura penal prevista por el art. 80 inc. 7 del Código Penal ya que no puede descartarse la reacción natural de la víctima.

En relación a ello, dice que la discusión acerca de la aplicación del arts. 80 inc. 7 o 165. ambos del Código Penal, queda sometida también al alcance de la regla del *in dubio pro reo*, por lo que la duda acerca de la acreditación de alguna de las ultrafinalidades del art. 80 inc. 7 -"garantizar su impunidad" o "asegurar el provecho de lo sustraído"-, obliga a reconducir el análisis hacia los márgenes de la figura del art. 165 del Código Penal, pues sólo se revela un dolo homicida intempestivo por parte de Fernández que



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

P-133140-1

no conduce a afirmar la ultrafinalidad del tipo agravado y menos aún de su asistido.

III. b. Recurso de inaplicabilidad de ley en favor de Marcelo

Gabriel Fernández.

i. El recurrente denuncia que la sentencia del tribunal intermedio constituye un pronunciamiento arbitrario en tanto se basa en afirmaciones dogmáticas que no abastecen el requisito de fundamentación de las mismas -arts. 18, 33, 75 inc. 22, Const. nac.; 8.2 de la CADH; 14.5 del PIDCP; 168 y 171, Const. prov.- e infracción a los arts. 45, 55. 80 inc. 7, 165 y 166 inc. 2 del Código Penal.

Sostiene que el Tribunal de Casación convalidó la calificación legal que impusiera el tribunal de juicio a su asistido pero infiriendo la ultrafinalidad que exige la figura agrada del homicidio, proceder que se efectuó de un modo superficial y con meras afirmaciones dogmáticas que no se compadecen con el contenido de las actuaciones y de la prueba recolectada en la causa.

En relación a ello arguye que la resistencia por parte de la víctima -al intentar evitar el robo- hace que no deba hablarse de un homicidio calificado *crimis causae* sino del robo agravado previsto en el art. 165 código de fondo y agrega que en los delitos dolosos debe demostrarse el dolo directo el que según su opinión no ha sido demostrado con la certeza necesaria.

Agrega que resulta arbitraria la destimación de los planteos realizados por la defensa de instancia, lo rechazó con la simple indicación de las constancias de

la causa, afectando ello el requisito de fundamentación de los pronunciamientos judiciales, lo que autoriza a descalificar el fallo como acto judicial válido. Añade que se exige certeza sobre la acreditación del elemento subjetivo que requiere la figura del art. 80 inc. 7 del Código Penal y, por ello, de ninguna manera pueden valorarse presunciones *in malam parte*. Cita en su apoyo las sentencias en causas P. 45.957 y P 50.161 de esa Suprema Corte de Justicia y opinión doctrina.

Asimismo, afirma que la sentencia de mérito -a la que se remitiera el tribunal intermedio- no cuenta con la presencia de un tercero que permita reconstruir la existencia del elemento subjetivo del tipo penal en discusión. Cita en su apoyo doctrina vinculada al "modelo de control de terceros", la cual se caracteriza por la exigencia de que otra persona pueda reconstruir mentalmente la constatación de los hechos tenidos por probados en un veredicto. Cita en su apoyo un precedente del Tribunal de Casación Penal (*in re* "González")

Concluye el impugnante que al aplicar la figura del art. 80 inc. 7 del Código Penal sin tener en cuenta la ultrafinalidad mencionada, se violenta el principio constitucional de culpabilidad en el acto consagrado en el art. 18 de la Constitución nacional por lo que solicita se califique en los términos de art. 165 o, en su defecto, bajo el art. 79 y 166 inciso segundo, todos del Código Penal.

ii. Seguidamente, y de modo subsidiario -para el caso de rechazarse el planteo anterior-, expone que debe efectuarse, mediante una interpretación analógica *in bonam partem*, una adecuación de la pena impuesta a tenor de los arts. 55, 79 y



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

P-133140-1

166 inciso segundo -primer párrafo- del Código Penal, debiéndose fijar una pena respetuosa de los principios de culpabilidad por el acto, *pro homine*, razonabilidad y proporcionalidad, pues la pena perpetua vulneran esos principios. Asimismo, deja peticionada la inconstitucionalidad de las penas fijas.

A continuación realiza un desarrollo vinculado a la arbitrariedad de las sentencias y cita en su apoyo jurisprudencia de la CSJN, advierte de ese modo que la fundamentación de las sentencias tiene su base en el art. 1 y 18 de la Constitución nacional y en la garantía de la revisión integral de las sentencias de acuerdo a los arts. 8.2 h de la CADH y 14.5 del PIDCP. Cita en su apoyo el fallo "Casal" de la CSJN y "Herrera Ulloa" de la Corte IDH.

Peticiona que en caso de que se considere el cambio de calificación legal se haga un reenvío de la actuaciones a fin de ajustar una pena de acuerdo a los hechos y al derecho aplicable conforme los arts. 40 y 41 del Código Penal, mediante un revisión integral.

iii. Finalmente y ante la hipótesis de no recalificarse el hecho, retoma lo vinculado a la inconstitucionalidad de las penas perpetuas y agrega que la misma resulta violatoria de los principios de igualdad, legalidad culpabilidad, proporcionalidad de la pena (arts. 1, 16, 18, 19, 28, 31 y 75 inc. 22, Const. nac.; 5.6 y 7.1, CADH; 9.1 y 10.3, PIDCP; 2.1 de la Convención contra la Tortura y 57, Const. prov.).

Aduce por último que la falta de cesura del Tribunal de Casación

va contra la doctrina interamericana vinculada a la materia de la revisión amplia y propone que ante la imposición de dicha pena y a fin de no vulnerar las garantías mencionadas se debería interpretar como un máximo de 25 (veinticinco) años teniendo en cuenta lo estipulado por el Estatuto de Roma ratificado por ley 26.200. Cita en su apoyo casos de la CIDH y opinión doctrinaria.

IV. Considero que los recursos interpuestos no pueden ser atendidos favorablemente en esta sede por los motivos que pasaré a exponer.

Por guardar vinculación los agravios de ambos recursos enumerados bajo los puntos III.a.ii y III.b.i, me expediré en forma conjunta.

a. En ambos recursos los Defensores Ajuntos de Casación plantearon la errónea aplicación del art. 80 inc. 7 del Código Penal y la inobservancia del art. 165 pues consideran que no se configuró la ultrafinalidad que requiere el tipo penal.

Corresponde traer a colación lo resuelto por el tribunal intermedio en relación a ello, así el Dr. Kohan en el punto c) de la segunda cuestión tratada en la sentencia expresó respecto al imputado Fernández que *"[c]omparto el fundamento dado por el Tribunal de juicio cuando en la cuestión primera de la sentencia sostiene que "el homicidio de Franco Meza se produce con la intención de procurar la impunidad para los sujetos activos del delito de robo agravado, y para consumir el fin de desapoderamiento propuesto. La demostración de esta conexidad subjetiva basta en este caso para agravar el homicidio... no es necesario que la intención de dar muerte aparezca preordenada o programada sino que basta con la conexión ideológica y*



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

P-133140-1

subjetiva, tal como la que se corroboró en autos ...pudo el agresor pedir ayuda a sus compañeros, disparar al aire, al pie de su oponente, trezarse en lucha —todas alternativas posibles de acuerdo a las posiciones en que se encontraban de acuerdo a lo que fuera actuado y recreado en la audiencia de debate-, pero no hizo nada de esto, optó por dispararle a zona vital de su cuerpo y causarle la muerte" (v. fs. 94/95). (fs. 186 y vta.)

Y agrega respecto a la figura en cuestión: "[d]ebo señalar que en la figura del art. 80 inc. 7 el delito que ha de ser conectado ideológicamente con el conato de homicidio de Franco Meza es el robo calificado por el uso de arma de fuego. // En cuanto al aspecto subjetivo que llevó a dicho resultado típico entendemos que existe entre ambos ilícitos (homicidio y robo) una conexión ideológica del tipo "final", si nos atenemos al distingo formulado por NUÑEZ. Ello así por cuanto el delito de robo ha sido el motivo que ha inducido a los agentes a actuar: en otras palabras, en el caso que nos ocupa, el homicidio fue cometido para procurar asegurar el fin propuesto (el desapoderamiento) y lograr la impunidad de él y sus compañeros. // Siguiendo con el desarrollo, la procuración de la impunidad, tal y como lo sostiene la doctrina, puede estar dada tanto para el autor material del delito de homicidio como para terceros. La fórmula actual del art. 80 inc. 7° del C.P. extiende a toda procuración de impunidad, respecto de cualquier sujeto, con referencia a delitos en que el homicida no haya participado, incluidos desde ya en los que sí haya participado. // En el homicidio finalmente conexo, se mata para conseguir una de las finalidades enunciadas en la ley.

Esta circunstancia muestra a las claras lo imprescindible de la conexión subjetiva que se tiene que dar en el agente, entre el homicidio y el otro delito. La demostración de la existencia de dicha conexidad subjetiva basta para agravar el homicidio. // La agravación del homicidio surge por el menosprecio por la vida humana demostrado por los autores ante un propósito delictuoso. Es que los sujetos activos matan para lograr un fin relacionado con el otro hecho criminoso. Es decir que no se detienen en su propósito de lograr el fin perseguido (que en el caso es procurar la impunidad por el delito de robo), aun habiendo previsto que será conveniente o necesario para tal fin el cometer el homicidio. // El aspecto subjetivo de la figura, siguiendo a SOLER, está dado por un desdoblamiento psíquico: su psiquismo tiende directamente a otra cosa distinta para cuyo logro la muerte -a la cual la acción también se dirige aparece para él como medio necesario o simplemente favorable. (fs. 186 vta./187)

Respecto a lo pretendido por la defensa del imputado Bongiovanni expresó: "*[d]ebemos pues apartarnos de la figura del homicidio en ocasión de robo, pretendida por la defensa de Bongiovanni, porque del propio contexto de la acción incriminada, así como de la gravedad e innecesariedad del ataque de que fue víctima Franco Meza, se pierde la posibilidad que se trató de un acto no querido, puesto que de la modalidad evidenciada —un disparo certero, a corta distancia y con intención de matar, impactando en zonas vitales de la humanidad de la víctima, causándole la muerte-, surge que la intención estuvo dirigida al resultado mortal. (fs. 187)*

Y argumenta que "*[e]l distingo que se debe realizar entre la*



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

P-133140-1

figura en estudio y la del 165 radica en que en esta última, la muerte aparece como consecuencia de una situación no prevista, impensada, accidental o no querida, lo cual no se verifica en autos. Tampoco debe existir una pre-ordenación deliberada y resuelta con anterioridad de cometer el homicidio en la psiquis del delincuente, el agravante se configura al corroborarse una conexión ideológica y subjetiva. // La agravante de la figura base contenida en el art. 79 del Código Penal, para que se vea corroborada al decir de Donna, "...no siempre es necesario una preordenación anticipada, ya que la ley únicamente exige que el fin delictuoso funcione como motivo determinante del homicidio, lo que no requiere indefectiblemente una reflexión sino sólo una decisión, que puede incluso producirse súbitamente en la ejecución del hecho...". (fs. 187 y vta.)

Y respecto al dolo directo expresa: "[e]n el caso en análisis, ninguna duda cabe del dolo directo en el homicidio demostrada por el accionamiento del arma de fuego sobre el cuerpo de Franco Meza. Allí se demuestra el desprecio por la vida humana demostrado por Fernández y su coautor. // Con lo dicho, de conformidad con las pruebas discutidas en el debate, resulta incuestionable que el accionar de Fernández y Bongiovanni fue doloso y dicho dolo fue el directo de matar. Quisieron el resultado típico de la muerte al propinar el disparo a la víctima." (fs. 188).

Atento lo transcrito hasta aquí, puede advertirse que aún cuando ambas defensas plantean la errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 80 inc. 7, Cód. Penal), se refieren en definitiva a cuestiones vinculadas con la valoración de la prueba y la fijación de los hechos en función de entender que no se encuentra acreditado el aspecto subjetivo de la

figura 80 inc.7 del Código Penal, pero como es sabido resultan materias ajenas al ámbito de competencia revisora de esa Suprema Corte conforme doctrina del art, 494 del Código Procesal Penal.

Y si bien tiene dicho esa Suprema Corte de Justicia que “...una incorrecta apreciación de los aspectos fácticos de la sentencia puede derivar en una aplicación errónea de la ley sustantiva, en especial, respecto de la subsunción legal; empero, salvo supuestos de absurdo o arbitrariedad, claramente alegados y demostrados, no le corresponde a este Tribunal revisar los supuestos errores de hecho invocados (conf. doctr. causas P. 98.594, sent. de 20-VIII-2008; P. 81.789, sent. de 13-V-2009; P. 116.231, sent. de 23-XII-2016; e.o.)” (conf. causa P. 132.452, sent. del 20 de noviembre de 2019), extremos que no advierto debidamente alegados en los reclamos.

Por su parte, los recurrentes han señalado una opinión diversa pero sin demostrar con ese proceder la concurrencia del vicio que se le atribuye a la sentencia ni han rebatido las concretas respuestas brindadas por el *a quo* a similares agravios a los aquí traídos, postulando simplemente que el tribunal revisor ha brindado afirmaciones arbitrarias (art. 495, CPP).

Es que ambos recurrentes centran su argumento de la errónea aplicación de la ley sustantiva en la circunstancia de que la víctima tuvo una conducta defensiva, y sobre ello es doctrina de la esa Suprema Corte de Justicia que “...la posible coexistencia en el acusado del propósito de defenderse frente a la reacción de la víctima, no obsta a la relevancia de la ultrafinalidad típica constatada que prevé la norma citada



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

P-133140-1

(causas P. 127.176, sent. de 27-XII-2017; P. 127.378, sent. de 28-III-2018 y P. 122.858, sent. de 19-IX-2018)” (conf. causa P. 129.566, sent. del 29 de mayo del 2019, e/o).

Por otro lado, tiene dicho la Corte local que “...*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)” (conf. causa P. 130.931, sent. del 4 de diciembre de 2019), sin que nada de ello haya logrado demostrar la defensa de Bongiovanni.

b. En relación a lo planteado por la defensa de Bongiovanni resta dilucidar el agravio vinculado a la errónea aplicación del art. 45 del Código Penal en relación al art. 80 inc.7 e inobservancia del art. 47, ambos del Código Penal, pues considera que su defendido no resulta coautor del delito de homicidio *criminis causae* dado que no se establece en el fallo de qué modo es que Bongiovanni tomó parte en la ejecución del hecho homicida o cual fue su aporte objetivo que consista en la realización de un elemento del tipo, sin el cual el homicidio no hubiera podido cometerse o que le hubiera dado el dominio funcional del hecho.

En relación a ello el *a quo* expuso en el punto b) del tratamiento a la segunda cuestión de la sentencia que *"...en cuanto a la coautoría funcional, comparto el criterio adoptado por los juzgadores, toda vez que conforme lo sostienen de manera pacífica todos los testimonios arrimados, tanto Fernández como Bongiovanni esgrimían armas de fuego al momento del evento, existiendo una clara división de roles en el actuar, el primero increpó a Jorge Javier Franco Meza exigiéndole que le entregara todo lo que portaba y el segundo se encargó de desapoderar de sus pertenencias a Marisol Bogado Báez"*. (fs. 183) y agrega: *"[a]ún más, luego de que Fernández disparara contra Jorge Franco Meza, advirtiéndole que la tercer víctima -Darío Franco Meza- intentaba alejarse de la escena indicó a Bongiovanni que lo persiguiera, acción que éste acató iniciando una carrera de persecución contra el nombrado. // No puedo dejar de remarcar que los ilícitos imputados, tal como se desarrollaron, sólo podían llevarse a cabo con la participación protagónica de Bongiovanni. // De tal modo, el rol activo que desempeñó en los hechos, demuestra una organización y división de roles, donde objetivamente existió una mancomunación de esfuerzos y condominio final en los injustos achacados."* (fs. 183 vta.)

El tribunal intermedio comparte con el tribunal de mérito el rol asignado a Bongiovanni y apoya su decisión en la aplicación de la doctrina de la coautoría funcional de la que realiza una reseña teórica al respecto (v. fs. 184/185 vta.). Todas estas circunstancias fácticas y jurídicas fueron soslayadas por el recurrente, dejando sin rebatir



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

P-133140-1

aspectos trascendentales de la sentencia impugnada y que dejan traslucir un mero disenso del recurrente, técnica por demás ineficaz (art. 495, CPP).

A mayor abundamiento, la Corte Provincial tiene dicho que "*...la 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 (conf. por muchos, Stratenwerth, Derecho penal, parte general, I, Madrid, Edersa, 1982, t. 814, pág. 248). 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 aquélla 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)"; (conf. causas P. 82.042, sent. de 30-III-2005; P. 98.727, sent. de 2-VII-2008; P. 103.203, sent. de 2-IX-2009; P. 103.207, sent. de 14-VII-2010; P. 104.036, sent. de 11-V-2011; P. 123.527, sent. de 26-X-2016; P. 121.183, sent. de*

12-IV-2017; P. 127.705, sent. de 20-XII-2017; P. 127.647, sent. de 9-V-2018; e.o.)" (Causa P. 130.612, sent. 26/12/2018).

La ejecución conjunta que derivó en el codominio del hecho a través de una división de trabajo resulta indiscutible en el presente hecho en virtud de las probanzas reseñadas y confirmadas por el tribunal intermedio.

Sostengo entonces que el agravio relacionado con la falta de demostración de la coautoría funcional y en consecuencia la violación al principio de culpabilidad devienen inatendibles en tanto la decisión atacada cuenta, en lo que respecta a la determinación de la intervención activa de Bongiovanni ejecutando un plan común, con fundamentos suficientes, circunstancia que imponen rechazar el reclamo formulado (doct. arts. 494 y 495, CPP).

c. De acuerdo a lo que vengo dictaminado, resulta carente de virtualidad el planteo subsidiario referido a los límites del reenvío requerido por el defensor.

d. Por último, resta abordar el planteo de la defensa del imputado Fernández en cuanto a la inconstitucionalidad de las penas perpetuas y su petición en subsidio de fijar una interpretación constitucional de la pena perpetua estableciendo un límite máximo de veinticinco años de prisión; agravios que tampoco son de recibo.

En relación a ello el tribunal intermedio también dejó sentada su postura al decir que *"...la declaración de inconstitucionalidad debe obedecer a una cuestión grave y manifiesta, circunstancia que en el caso no se observa, toda vez que las leyes dictadas por el Congreso de la Nación se presumen válidas, amén la interpretación*



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

P-133140-1

propiciada por la norma en cuestión no hace más que introducirse en temas relativos de la política criminal del Estado". (v. fs. 191 vta.). Y agrega más adelante en relación a la posible vulneración de normativa internacional: "...corresponde señalar que -con excepción de la prohibición expresa contenida en el art. 37 de la Convención de los Derechos del Niño (...)-, de las previsiones de los tratados internacionales incorporados a la Constitución en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 CN, no surge que aquéllas sean incompatibles con la aplicación de la pena de prisión perpetua, dado que, si cumpliendo el recaudo de brindar una potencial soltura, se permite válidamente aplicar la pena de prisión perpetua a un menor de edad, con más razón, entiendo, no pugna con la normativa constitucional que ella se vea conminada para el delincuente mayor cuando, como dije, no sólo no existe norma alguna en el plexo constitucional que lo prohíba, sino que tampoco surge implícita su contradicción con los derechos humanos que aquél tutela y siempre que se respete -al igual que en el caso de aquellas temporalmente determinadas- la integridad de la persona condenada (cfr. art. 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica -ley 23.054, BO del 27/3/1984 -ADLA 1984- B, 1250-; art. 5° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 7° y 10° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 11° y 16° de la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes)." (fs. 194 y vta.).

Es evidente que el impugnante formula su agravio -vinculándolo con la violación de principios constitucionales y normas convencionales- a partir de

consideraciones dogmáticas pero no explica por qué ante la magnitud de los graves delitos por los que fuera condenado su ahijado procesal Fernández -homicidio agravado *criminis causae*, robo calificado por el uso de arma de fuego, portación ilegal de arma de guerra y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización- la sanción penal impuesta resulta desproporcionada o excesiva.

Sin perjuicio de ello -pues el a quo abordó la inconstitucionalidad-, vale recordar que esa Suprema Corte ha reiterado en relación al pedido de imponer un límite temporal a las penas perpetuas que “[d]e tal modo, y más allá de lo que podría decirse respecto de la oportunidad del reclamo, la pretendida necesidad de fijar un límite temporal surgiría eventualmente- al momento de serle negado el acceso al medio libre por lo que no se advierte el interés actual que motiva el agravio (art. 421, CPP). El punto constituye un asunto a decidir y, eventualmente, disputar- en una incidencia en otra etapa del proceso, la del control de la ejecución de la pena, por ahora prematuro, según se indicó más arriba (art. 497 y sigs., CPP; conf. causa P. 128.911, sent. de 17-X-2018)” (causa P. 131.928, sent. del 26 de diciembre de 2019).

Por último debo decir, contrariamente a lo propiciado por la defensa oficial de Fernández y de acuerdo a lo dicho hasta aquí que la determinación de la sanción punitiva fue revisada de acuerdo a los parámetros de una revisión amplia, apareciendo las afirmaciones del recurrente en este sentido como dogmáticas y desconectadas de los datos verificables de la causa, resultando ello un método ineficaz para conmover en modo alguno lo decidido (arg. art. 495, CPP).



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

P-133140-1

En rigor de verdad, el impugnante expone -en esta instancia- la misma temática que le ofreciera analizar al juzgador *a quo*, por lo que su argumentación exhibe una falencias en la técnica recursiva que conllevan a la insuficiencia del agravio (art. 495 CPP).

De este modo, la denuncia de "arbitrariedad" efectuada por el recurrente deja sin demostrar la relación directa e inmediata entre las cuestiones federales traídas y lo debatido y resuelto en el caso por el Tribunal de Casación, pues solo alega genéricamente la vulneración de los artículos 1 y 18 de la Constitución nacional y los arts. 8.2 h de la CADH y 14.5 del PIDCP, que no se advierten vulnerados en esa instancia.

V. Por todo lo expuesto, considero que esa Suprema Corte debería rechazar los recursos interpuestos por los Defensores Adjuntos ante el Tribunal de Casación Penal.

La Plata, 4 de febrero de 2021.

Digitally signed by
Dr. CONTE GRAND, JULIO
MARCELO
Procurador General de la
Suprema Corte de Justicia
PROCURACION GENERAL -
PROCURACION GENERAL
Procuracion General

04/02/2021 12:07:24

