



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Sede de la Sala III del Tribunal de Casación Penal, a los 14 días del mes de mayo de dos mil catorce, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces, doctores Ricardo Borinsky y Víctor Hugo Violini, con la presidencia del primero de los nombrados, a fin de dictar sentencia definitiva en la causa número 18144 (Registro de Presidencia 60578), caratulada: "Portillo, Ernesto Florentín s/recurso de casación", conforme al siguiente orden de votación: BORINSKY-VIOLINI.

ANTECEDENTES

El Tribunal en lo Criminal número 2 de La Matanza condenó a Ernesto Florentin Portillo a veinte años de prisión, accesorias legales y costas por encontrarlo autor responsable de los delitos de homicidio agravado por haber sido cometido mediante el empleo de arma de fuego, homicidio calificado por haber sido cometido para ocultar otro delito, en grado de tentativa y portación ilegal de arma de guerra, todos en concurso real entre sí.

Contra dicho pronunciamiento la Defensa Oficial interpuso recurso de casación (fs. 146/124) denunciando errónea aplicación del artículo 80 inc. 7mo y 45 del Código Penal, en función de los artículos 210, 305 y concordantes del Código Procesal Penal y errónea aplicación de los artículos 40 y 41 del Código Penal, toda vez que la pena impuesta se aparta del mínimo legal establecido por ley para los delitos materia de juzgamiento.

Solicita se tenga en cuenta como atenuante los informes ambiental y psicológico-psiquiátrico realizados por los Peritos de la Defensoría General de La Matanza, así como las lesiones padecidas por el

autor al tiempo del delito.

Concedido el recurso (fs. 126/vta.), radicado en Sala (fs. 132), con noticia a las partes, éstas desistieron de informar oralmente y optaron por la presentación de sendos memoriales en virtud del cual la defensa lo mantuvo e incorporó como nuevos agravios i) omisión de valorar como atenuante la pena natural; y ii) falta de motivación del monto de pena impuesto (fs. 133/137vta.); en tanto el Fiscal Adjunto, solicitó su rechazo (fs. 146/148).

Encontrándose la Sala en condiciones de dictar sentencia definitiva, se tratan y votan las siguientes

C U E S T I O N E S

Primera: ¿es procedente el recurso de casación?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A la primera cuestión el señor juez doctor Borinsky dijo:

Primero. El Tribunal tuvo por acreditado que el 22 de mayo de 2011, entre las 01.00 y las 02.15 horas, en la calle Las Orquideas, a la altura catastral del n° 880 de Ciudad Evita, al menos un sujeto, con la clara intención de matarlo, mediante el empleo de una pistola calibre 9 mm, que portaba sin estar autorizado disparó a Rosalino López Vera en tres oportunidades , impactando dos de los proyectiles en la espalda, mientras el tercero fue en la sien izquierda; las heridas en cráneo, tórax y abdomen determinaron el fallecimiento de López Vera por paro cardíaco respiratorio traumático.

Declara igualmente probado el tribunal , que poco después del hecho anterior, promediando las 03.50 horas en la calle Las Flores, a la altura catastral n° 125 de la misma ciudad , su autor no acató la legal orden de detención impartida por el Oficial de la Policía Metropolitana de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Emiliano Matías Pérez, y volvió a accionar el arma de fuego procurando matar al funcionario y de tal forma ocultar el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

homicidio precedente, pero no lo logró y escapó cubriendo la retirada a balazos contra personal policial que consiguió herirlo, aprehenderlo e incautar la pistola usada.

Segundo. La función de esta Sala no consiste en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas en presencia del tribunal de primera instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa pero sí debemos (argumento del artículo 8.2.h. de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos) verificar que, efectivamente, el tribunal de grado contó con suficiente prueba sobre la comisión de los hechos y la intervención que en el mismo le cupo al imputado, para dictar su condena, y que esa prueba fue lograda sin quebrantar derechos o garantías fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, además de comprobar que en la preceptiva motivación del veredicto se expresa el proceso de su raciocinio de manera lógica y convincente.

Por otras palabras, corresponde a la Sala comprobar que el tribunal sentenciador ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en el veredicto, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo y abastezcan la certeza que se dice alcanzada.

En el control sobre la constitucionalidad de las pruebas, la fundamentación del veredicto resiste adecuadamente el embate de la defensa.

El tribunal expuso las razones conducentes a la comprobación de los hechos puesto en cabeza de Portillo esencialmente a partir de lo narrado durante el juicio por Juan Antonio López Vera, Américo Cancino y Emiliano Matías Pérez.

El primero, brindó minuciosos detalles referidos a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron los hechos que tuviera como víctima a su hermano Rosalino López Vera y a Ju-Ju, describiendo que se encontraba en una fiesta de cumpleaños junto a veinte o veinticinco personas aproximadamente, donde hubo un empujón entre Ju-Ju y Carmelo.

Que en ese momento se retiraron de la fiesta Portillo y Carlitos, viendo el testigo que se dirigieron por Los Malvones doblando en Las Orquídeas, oyendo detonaciones similares a las producidas por arma de fuego, y al mirar hacia el lugar de donde provenían vio a su hermano Rosalino, parado en la esquina, quien inmediatamente comenzó a correr hacia el sitio desde el que se escuchó los disparos.

Que, de seguido, volvió a oír más tiros, circunstancias por la que salió de su vivienda, y corrió hasta la esquina referenciada, encontrando el cuerpo de su hermano, a unos veinte metros de la intersección, quien presentaba varias heridas en su cuerpo, una en la cabeza y dos en el pecho.

Que en ese momento, logró ver a una distancia de cincuenta o setenta metros aproximadamente, corriendo por Las Orquídeas, con dirección a Las Flores, a Portillo y Carlitos.

Agregó y el tribunal igualmente estimó que los vecinos comentaron en el momento del hecho que Néstor o Ernesto Portillo había sido el autor de ambas muertes.

El tribunal enlazó la anterior con la de Américo Cancino, concordante con lo declarado por Juan Antonio López Vera, quien describió las características físicas y de vestimenta de los que observó desde el interior de la ventana de su vivienda, precisando que vio, en el momento en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

el que escuchó unas detonaciones similares a las que producen las armas de fuego, a uno vestido con una chomba de color rojo, mirando hacia la esquina de Los Malvones, haciendo el clásico gesto para pedir que otro se apure, moviendo rápidamente una mano de arriba hacia abajo.

Añadió con similar valoración del tribunal de la audiencia que, en cuestión de segundos, por la vereda contraria, llegó corriendo desde la esquina mencionada, otro ataviado con una chomba de color claro o beige, dándose ambos a la fuga.

El tribunal sumó con lógica la declaración del Oficial de la Policía Metropolitana de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Emiliano Matías Pérez, quien refirió que tomó conocimiento, por una pareja que no pudo ser identificada, que los intervinientes en el homicidio habrían sido Néstor o Ernesto Portillo y Carlitos, por lo que fue junto a la morada de los mismos sin encontrarlos, y cuando llegaba uno con intenciones de entrar trataron de individualizarlo, dándole la voz de alto policía, pero el destinatario extrajo de entre sus ropas un arma de fuego tipo pistola y sin mediar palabra apuntó con su mano extendida, a la altura del pecho del testigo y le disparó escapando a la carrera sin dejar de tirar contra los efectivos.

Emiliano Matías Pérez recordó en la audiencia haber sentido un golpe en el costado derecho de la cabeza, dándose cuenta posteriormente que estaba herido y sangraba profusamente, como consecuencia de haber sido alcanzado por el proyectil del arma de fuego.

Continuó explicando, que repelió la agresión efectuando varios disparos, logrando herir al agresor, quien cayó en la calle, oportunidad en la cual se procedió a su aprehensión, y al secuestro en poder del sujeto de una pistola calibre 9 mm., con un proyectil en recámara y otros tres en su

almacén cargador, identificándolo posteriormente como Ernesto Florentin Portillo.

Este es el haz de pruebas suministradoras de la certeza que tiene el tribunal y que este control homologa.

El tribunal igualmente residencia convicción de autoría en la declaración del perito Completa balístico Sargento Diego Raúl Lazarte, quien determinó fehaciente y científicamente que el proyectil encamisado calibre 9 mm. obtenido de la operación de autopsia n° 300, de quien fuera en vida Rosalino López Vera, había sido disparado a través del cañón de la pistola calibre 9 mm, marca F.M. Modelo Hi-Power n° 374.345, secuestrada en poder del imputado Portillo.

Luego, los embates contra la base fáctica decaen (artículos 8.2.h de la CADH; 210, 448, 451, 456 y 459 del Código Procesal Penal).

Tercero. Los hechos han recibido adecuada significación jurídica pues el homicidio se califica por el empleo de arma de fuego por los argumentos de Sala que cita el Tribunal y el propio pleno.

Al respecto se han expresado entre otras consideraciones, que la ley 25.297 - introdujo una agravante calificadora ante la imposibilidad, según dijera el senador Agúndez, de modificar delito por delito, como se hiciera a través de la ley 25.087 que llevó a los denominados abusos sexuales agravados a una escala más severa, en el caso del empleo de armas.

La norma se aplica a los delitos que se cometen con violencia física contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego, cuando es factible llevarlos a cabo con otro tipo de armas o sin ellas.

El homicidio se puede realizar persiguiendo a la víctima; que a raíz de ello cae por la cornisa de un edificio; mediante intimidación que la obliga a internarse en un espacio de agua, en el que se ahoga; a través de la palabra, como cuando se le indica al no vidente que está habilitado para cruzar la avenida donde es atropellado; empleando la fuerza física de las manos que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

ahorcan, el puntapiés o golpe de puño letal – esto es extensible a la resistencia a la autoridad - etc., etc.; pero cuando el autor emplea un arma de fuego que, como tal, posee alto poder lesivo, la escala penal del artículo 79 del Código Penal queda modificada en razón de la norma de mentas.

Convengo igualmente que la acción de disparo a una zona vital, como es la cabeza de la víctima, afama el dolo que niega la defensa a partir de una personal y contraria versión del hecho que denomina enfrentamiento por lo que argumenta que no es correcto descartar algún movimiento involuntario o instintivo de defensa que explica la diferencia entre el lugar al que se apunta y al que llega el proyectil.

Las armas no se disparan solas, requieren del empleo de fuerza para jalar el gatillo, Portillo sabe de que se trata pues viene de matar a otro cuando la acciona contra Pérez, impactando en su cabeza, se trata de una acción voluntaria que nutre el negado dolo, no cambiando la solución porque la respuesta armada contra el acusado sea múltiple.

Además, la acción se realizó con la evidente intención de lograr impunidad por lo hecho con anterioridad, afamando la ultra intencionalidad que surca las aguas del artículo 80 inciso séptimo del Código Penal.

Por último, la detención de la pistola luego del homicidio de López Vera y su nuevo empleo en el conato contra Pérez acreditan el enlace real del delito contra la seguridad común, esto es, portación ilegal de arma de guerra, con los restantes (artículos 41 bis, 42, 44, 55, 79, 80 inciso séptimo y 189 inciso segundo párrafo cuarto del Código Penal).

Cuarto. Es doctrina de Sala que en el marco de los artículos 40 y 41 del Código de fondo, la ausencia de agravantes -y aun la concurrencia de atenuantes- no implica la obligación legal de fijar el mínimo de pena

contemplado para el delito respectivo, no existe -para las penas divisibles- un punto de ingreso a la escala penal.

Por otras palabras, la aplicación de una sanción que dista del mínimo legal previsto para la subsunción típica efectuada, sin que se hayan ponderado circunstancias agravantes no importa, por esa sola razón, transgresión a los citados artículos 40 y 41, por lo que el planteo traído en el recurso no progresa.

De todos modos ingreso como atenuante la personalidad del imputado y su situación de transculturación informada a fs.74/75 desde que importa una mayor dificultad para comportarse conforme la norma, y su presunto buen concepto, ya que en doctrina de Sala si bien no se puede pregonarlo tampoco hay prueba de lo opuesto de lo que resulta un estado de duda que favorece al acusado.

En cambio, es improcedente estimar las lesiones sufridas por el imputado en el conato de homicidio agravado toda vez que las mismas tuvieron como génesis la propia actividad riesgosa desplegada por aquél, ya que en tales circunstancias la valoración de la pena natural como entidad compensadora no resulta aplicable.

Lo expuesto conduce a la adecuación del reproche y como un reenvío para que un nuevo tribunal decida sobre la pena constituiría una delación que debemos evitar (art. 15 Constitución Provincial) entiendo corresponde asumir competencia positiva a nivel de la pena considerando justo condenar a Ernesto Florentin Portillo a diecisiete años de prisión, accesorias legales y costas de primera instancia por resultar autor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado por haber sido cometido mediante el empleo de arma de fuego, homicidio agravado por haber sido cometido para ocultar otro delito, en grado de tentativa y portación ilegal de arma de guerra, todos en concurso real entre sí, en los términos de los artículos 12, 19, 29 inc.3ro., 40, 41, 41 bis, 42, 55, 79, 80 inc. 7mo., y 189 bis inc. 2do., 4to párrafo del Código Penal (75 inciso 22 de la Constitución



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Nacional; 14.5 del PIDCyP.).

En consecuencia a esta cuestión, VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A la primera cuestión el señor juez doctor **Violini** dijo:

Por sus fundamentos, adhiero al voto del doctor Borinsky, y a esta segunda cuestión también me pronuncio POR LA AFIRMATIVA.

A la segunda cuestión el señor juez doctor **Borinsky** dijo:

En atención al resultado que arroja el tratamiento de la cuestión precedente, corresponde hacer lugar parcialmente al presente, y condenar a Ernesto Florentin Portillo a diecisiete años de prisión, accesorias legales y costas de primera instancia por resultar autor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado por haber sido cometido mediante el empleo de arma de fuego, homicidio agravado por haber sido cometido para ocultar otro delito, en grado de tentativa y portación ilegal de arma de guerra, todos en concurso real entre sí. ASI LO VOTO.

A la segunda cuestión el señor juez doctor **Violini** dijo:

Que vota en igual sentido que el doctor Borinsky.

Por lo que no siendo para más se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal, por mayoría, la siguiente

S E N T E N C I A

I.- HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto.

II- CONDENAR A Ernesto Florentin Portillo a diecisiete años de prisión, accesorias legales y costas por resultar autor responsable de los delitos de homicidio agravado por haber sido cometido mediante el empleo

de arma de fuego, homicidio agravado por haber sido cometido para ocultar otro delito, en grado de tentativa y portación ilegal de arma de guerra, todos en concurso real entre sí.

Rigen los artículos 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; 8.2.h de la C.A.D.H.; 14.5 del P.I.D.C.yP.; 12, 19, 29 inc.3ro., 40, 41, 41 bis, 42, 55, 79, 80 inciso séptimo, 189 bis inciso segundo , párrafo cuarto del Código Penal; 448, 451, 454, 459, 460, 530 y 531 del Código Procesal Penal.

Regístrese, notifíquese y oportunamente, remítase a origen.

FDO.: RICARDO BORINSKY - VICTOR VIOLINI

ANTE MI: KARINA ECHENIQUE