

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 20803/05 STJ

SENTENCIA Nº: 192

PROCESADO: SALAZAR VEGA ALEJANDRO ALBERTO

DELITO: PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL
REITERADA -DOS HECHOS- EN CONCURSO REAL CON TENENCIA ILEGAL
DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 30-11-06

FIRMANTES: SODERO NIEVAS – BALLADINI – LUTZ EN ABSTENCIÓN

//MA, de noviembre de 2006.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Víctor Hugo Sodero Nievas, Alberto Ítalo Balladini y Luis A. Lutz, con la presidencia del tercero y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “SALAZAR VEGA, Alejandro Alberto; GARCÍA, Daniel; TEKER, José Luis s/Portación de armas de uso civil s/Casación” (Expte.Nº 20803/05 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 438 del Código Procesal Penal, con el planteo de la siguiente:--

C U E S T I Ó N

----- ¿Es procedente el recurso deducido?- - - - -

V O T A C I Ó N

El señor Juez doctor Víctor Hugo Sodero Nievas dijo:- - -

-----1.- Mediante sentencia Nº 130, del 11 de octubre de 2005, la Cámara Primera en lo Criminal de General Roca resolvió -en lo pertinente- condenar a Alejandro Alberto Salazar Vega a la pena de cinco años de prisión, accesorias del art. 12 del Código Penal y costas por ser co-autor del delito de portación de ilegal de armas de fuego de uso civil, reiterada -dos hechos-, en concurso real con tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil (arts. 29, 45, 189 bis inc. 2º C.P. y 1, 4 y 5 Dec. 395/75). Aclaró que el delito de

portación era más severamente penado (art. 189 bis inc. 2º último párrafo C.P.) dado que el imputado registraba antecedentes condenatorios por delito doloso con el uso de arma de fuego.----- //2.--2.- Contra lo decidido la defensa dedujo recurso de casación, del cual sólo fue admitido el agravio en el que planteaba la inconstitucionalidad del art. 189 bis inc. 2º de la ley sustantiva. Dispuesto que el expediente quedara por diez días en la Oficina para su examen por parte de los interesados, la señora Procuradora General emitió su dictamen, en el que propicia rechazar el recurso de casación deducido. Luego se realizó la audiencia prevista por los arts. 434 y 437 del rito sin que las partes comparecieran, por lo que los autos han quedado en condiciones para su tratamiento definitivo.-----

-----3.- La señora Procuradora sostiene que los fundamentos expuestos en el recurso no resultan suficientes para invalidar la normativa cuestionada. Para abonar su postura, cita la sentencia N° 30/06 de este Cuerpo, dictada el 26 de abril del corriente in re “GONZÁLEZ MENDOZA”, en la que no se hizo lugar a un recurso de revisión por considerar que la Ley 25886 no era más benigna que la vigente al momento de los hechos, atento a que el condenado registraba antecedentes penales y, en consecuencia, la escala penal aplicable -de cuatro a diez años de prisión- sería superior.-----

-----4.- La defensa argumenta que su pupilo fue condenado por el delito de portación de armas en la figura agravada del art. 189 bis inc. 2º último párrafo del Código Penal, porque registraba antecedentes condenatorios por delito doloso con el uso de armas de fuego. Afirma que esto vulnera los arts. 18 de la Constitución Nacional, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto//3.- Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporados mediante el art. 75 inc. 22 a la Carta Magna. Alega asimismo que dicha norma lesiona el principio de culpabilidad y que cuenta con una escala penal desproporcionada. En tal sentido, expresa que el legislador se apartó de toda consideración sobre el hecho para reprimir las condiciones personales del sujeto, castigándolo por su peligrosidad y no por lo que hizo, de modo tal que incurre en un derecho penal de autor y no de acto. Cita doctrina para dar fundamento a este planteo y luego se ocupa de la desproporción de la escala penal, porque se trata de un delito de peligro abstracto y entonces su pena no podría superar a las propias de los de peligro concreto o de daño. Así, ejemplifica que la simple portación de un arma de fuego se castiga con una pena notoriamente superior al efectivo disparo del arma contra una persona determinada, cuando en este último caso se produce un resultado de peligro

sobre la vida o la integridad física. En sostén de su argumentación, cita doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y menciona el fallo “PAILACURA”, de la Cámara Criminal de Zapala (Expte.Nº 3393).- - - - -

-----5.- El octavo párrafo del inc. 2º del art. 189 bis del Código Penal, introducido por la Ley 25886 agrava la pena de portación y establece una escala penal de cuatro (4) a diez (10) años a “quien registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier ///4.- calibre”.- - - - -

- - - -

----- La conducta típica es la portación de un arma de fuego, sin que la ley distinga entre armas de fuego de uso civil y armas de guerra. La portación de la primera se encuentra prevista en el tercer párrafo del inc. 2º del artículo mencionado, que prevé una pena de prisión de uno (1) a cuatro (4) años, mientras que la portación de un arma de guerra, establecida en el cuarto párrafo, se encuentra sancionada con una pena de tres (3) años y seis (6) meses a ocho (8) años y seis (6) meses de reclusión o prisión.- - -

----- La Ley 25886 es fiel representante de la espasmódica legislación penal de emergencia y de la ausencia de una política criminal, y pone de manifiesto una involución en orden a los precedentes de los tribunales internacionales en el modo de resolver las cuestiones penales, que ha desarticulado la estructura del Código Penal, en una tendencia expansiva para estos delitos de peligro abstracto, que no cumplen “... más que una función simbólica, que a la larga obstaculizaría la función instrumental general de un Derecho Penal preventivo, al no poderse concretar la aplicación de las sanciones en la práctica judicial” (Enrique Rodolfo Buteler, “Delitos de peligro y nuevas posibilidades de legitimación en los casos de peligro abstracto”, en El sistema penal ante las exigencias del presente, ed. Rubinzal-Culzoni págs. 79 y sgtes.).- - - - -

----- Asimismo, va en contra de la humanización del derecho, del postulado de reinserción social y de los fundamentos últimos sobre imposición y agravamiento de las penas, conforme lo sostuvo la Corte Suprema en el precedente///5.- “SQUILARIO” (S. 579. XXXIX, del 08-08-06), cuyo criterio ha sido adoptado en el fallo “FISCALÍA Nº 2” de este Cuerpo (del 27-11-06); se encuentra en la zona de penumbras de las normas autoritarias y distante del estado democrático y social de derecho, y hace necesaria una prudente sistematización integral del Código Penal.- - - - -

----- Así lo conceptúa de modo adecuado Silva Sánchez, citada en la obra arriba

mencionada -cita 52-, para quien en muchos casos las normas penales dan lugar “más que a la resolución directa del problema jurídico-penal (a la protección de bienes jurídicos), a la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido”.- - - - -

----- Es que, en una primera aproximación al tema que nos ocupa, no puede obviarse que, además de agravar la penalidad de varios tipos legales y sumar como delitos anteriores contravenciones (sólo queda como contravención contra la seguridad pública la portación de armas no convencionales, cuando antes se incluían la tenencia y la portación de armas de fuego de uso civil sin la debida autorización -Lucangio-li, Nuevo Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pág. 259-), la reforma examinada legisla sobre figuras de peligro abstracto en las que la acción es dañosa por sí misma, sin necesidad de que el riesgo al bien jurídico se manifieste como un pronóstico concreto frente a un objeto determinado. Se trata de la expansión de esta clase de delitos, en una tendencia legislativa incriminatoria que distingue nuestros tiempos, luego de ciertos esfuerzos en procesos de despenalización.- - - - - ///6.-- “En relación a los delitos de peligro abstracto, ya Binding cuestionaba su legitimidad, por entender que se trata de ‘puras desobediencias’, señalando que su tipificación sólo se explica como un exceso legislativo. Esta posición fue luego compartida por Berling, quien sostuvo que la inexigencia de un peligro posterior a la conducta en esta clase de delitos los conformaría como ‘tipos sin lesión y sin peligro’, restándoles ‘toda exigencia justificada’. En la dogmática posterior, Arthur Kaufman formula una crítica decisiva, al poner de relieve que la falta de consideración de un peligro real en el ámbito de la tipicidad objetiva tiene como consecuencia una violación del principio de culpabilidad. Ello porque para el agente no tendría ninguna importancia ‘suponer’ -correcta o incorrectamente- que su acción no representa peligro alguno y, en consecuencia, se estaría presumiendo la culpabilidad ‘sin prueba en contrario o, inclusive’, la misma sería fingida” (Buteler, op.cit., pág. 82).- - - - -

----- Ya Patricia Ziffer (en El concurso entre la tenencia de arma de guerra y el robo con arma, ed. Univ. Externado de Colombia, 1996, pág. 17) decía que ante fenómenos de violencia creciente el legislador -en términos generales- reaccionaba ante la presión social con normas de tenencia, donde la prueba es más sencilla, puesto que basta acreditarla para calificar esa conducta como peligrosa para los bienes jurídicos, con lo que se evita la dificultad de acreditar que efectivamente existe la finalidad de cometer un delito. Ahora bien, esto debería tener como correlato que siempre la pena que se

aplica es más baja que la de ///7.- aquellos tipos legales que necesitan de esta última comprobación, pues la pena no es más que una pena de sospecha y, por tanto, violatoria de principios básicos del estado de derecho -culpabilidad y debido proceso-. Así, los delitos de peligro abstracto simplifican su prueba y en realidad funcionan como tentativas de otros más graves.- - -

----- A la expansión del poder punitivo mediante la utilización de tipos legales de peligro abstracto se suma que en la legislación en tratamiento se verifica un sustancial aumento de las escalas penales. A diferencia del fenómeno generalizante señalado supra, tal aumento no es una novedad traída por las modernas teorías globalizantes, sino más bien una eterna tentación de toda política autoritaria, como enseña

Sebastián Soler, que resulta de sumar unas cuantas ideas cuya falsedad no es muy patente: la idea de que el fin de la pena es suprimir el delito; la de que ese fin se cumple mediante el escarmiento, y la de que los delincuentes son “los malos” y que “los buenos” no delinquimos nunca. Dado que el hombre delinque, sea cual sea la gravedad de la pena, con aquel criterio siempre subsiste la necesidad de agravar las sanciones, lo que tiene el inconveniente de que enseguida se llega al techo, a los límites de la vida humana (ver Soler, Bases ideológicas de la reforma penal, ed. Eudeba, pág. 67).- - - - -

- - - - -

----- Esta crítica genérica a los delitos de peligro abstracto y al aumento de las escalas penales es el marco conceptual previo en el que sitúo el análisis de la constitucionalidad de la agravante en tratamiento: la portación de antecedentes como conducta punible.- - -

- - - ///8.-- Como “... sostienen Zaffaroni-Alagia-Slokar (D.P, p. 110, ed. Ediar) el llamado postulado de prudencia sostenido por la Corte Suprema, que relega la inconstitucionalidad a ultima ratio y se asienta en la pretendida presunción de constitucionalidad de las leyes, no puede aplicarse a los casos en que la ley contiene una irracionalidad irreducible que no responde a un notorio error material de impresión. En casos extremos como éste donde la afectación constitucional se presenta tan notoria y evidente, debe preferirse la inconstitucionalidad porque abre la posibilidad del ejercicio arbitrario del poder punitivo por parte de las agencias ejecutivas. Por otra parte, la legislación comentada responde básicamente a los lineamientos del llamado ‘Derecho Penal del Enemigo’, entre cuyas principales características se cuenta: a) un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir el cambio de la perspectiva el hecho producido por la del hecho que se va a producir; b) la falta de reducción de la pena proporcional a dicho adelantamiento; y c) la supresión ded garantías procesales; notas

que se observan nítidamente en los tipos analizados” (Langevin, “Portación de antecedentes penales: un agravante inconstitucional (art. 189 bis, inc 2do., in fine, Código Penal)”, en DJ del 05-10-05, 363). Para un estudio más completo de esta temática, véase Alejandro Aponte, “Derecho Penal de enemigo vs. Derecho Penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad” (en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año X, números 18/19, 2005, págs. 481 y ss.).- - - - -

----- Nuestra Constitución Nacional en su art. 19 consagra //9.- un derecho penal de acto -las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados-, por lo que es contrario a ella el derecho penal de autor, donde lo reprochable son determinadas características personales del individuo, independientemente de su conducta. Igualmente, en su art. 18 establece que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.- - - - -

----- Además, el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fuera delictivos según el derecho nacional o internacional...”. Por su parte, el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”.- - - - -

----- En el caso que nos ocupa, el art. 189 bis inc. 2º 8 del Código Penal es de corte peligrosista, pues toma como excluyente referencia para el aumento de la sanción -la agravante de un tipo básico- la característica personal del agente -en el caso, contar con antecedentes penales-. De tal modo vulnera el principio de culpabilidad, en tanto no sólo castiga la portación ilegal de un arma de fuego, sino también las condenas previas por delitos dolosos contra las personas o con el uso de armas, lo cual es incompatible con el derecho penal de acto.- - - - -

----- La normativa constitucional mencionada y la//10.- incorporada por los pactos internacionales de derechos humanos de los que la República Argentina es signataria - art. 75 inc. 22 C.Nac.- fijan los límites del derecho penal: sólo se castigan conductas, con lo que queda prohibido el intento de sancionar “personalidades” o “estados peligrosos”, si éstos no se materializan en acciones u omisiones.- - - - -

- - -

----- No puede haber culpabilidad penal por la dirección de la vida o por la formación del carácter del autor o su culpabilidad, y los tipos penales que se fundan en la mera peligrosidad o las características del autor son opuestos a las exigencias de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, tal como lo expresa la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “BAZTERRICA”, del 29-08-86 (citado en Yacobucci, “El principio de culpabilidad”, en El sentido de los principios penales, su naturaleza y funciones en la argumentación penal”, Ed. Abaco, pág. 325).-----

----- Roxin (en Derecho Penal. Parte General, de. Civitas, Tº 1, pág. 176) dice que por derecho penal del hecho se entiende la regulación legal en virtud de la cual la punibilidad se vincula con una acción concreta descrita típicamente y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de vida del autor o de los peligros que en futuro se esperan de él. Enfrente, el derecho penal de autor se dará cuando la pena se vincule con la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de ésta lo que decida sobre la clase y cuantía de la sanción. Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino sólo que el autor ///11.- sea “tal” se convierte en objeto de la censura legal.-----

----- Mientras la valoración de las condiciones personales del art. 41 del Código Penal trata de la individualización de la pena, la portación de antecedentes es una condición del tipo, lo que transforma al delito en uno de autor y su punibilidad deviene no por lo hecho, sino por lo que se supone que se es.-----

----- En este sentido, es aceptable la reincidencia -según la cual una condena anterior es de nuevo puesta en la cuenta de lo cometido en la segunda-, pues lo que se sanciona con mayor rigor es la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia, no comprendida, como es obvio, en ésta. En tal caso, la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito (Se. 163/06 STJRNSP in re “INCIDENTE”).-----

----- Como se advierte, la declaración de reincidencia implica una mayor severidad para el cumplimiento de la segunda sanción, lo que la distingue de la consideración de los antecedentes penales del imputado previsto en el art. 189 bis 2º 8 del código de fondo,

toda vez que éstos aumentan la escala penal dentro de la cual se reprocha la culpabilidad, esto es, ni siquiera se trata de una negativa ///12.- razonable a la libertad condicional o del mérito de una circunstancia agravante luego de la selección típica (art. 41 C.P.), sino que tienen influencia directa en la individualización legal y la pena correspondiente.- - - -

----- En cuanto a la problemática de la doble persecución penal -que veda la posibilidad de condenar o perseguir a una persona más de una vez por el mismo hecho-, a primera vista "... podría pensarse que esta objeción constitucional reproduce el debate sobre la reincidencia, mas un análisis más profundo señala que las situaciones son diferentes y no pueden aplicarse los mismos argumentos. Con ello no se deja de lado la similitud de ambos institutos, por cuanto en general tienden a agravar la posición de la persona que tiene antecedentes penales, pero hasta allí llega la identidad... En primer lugar, el concepto legal de reincidencia en el derecho vigente alude al cumplimiento previo y efectivo de la pena privativa de libertad (art. 50 C.P.), mientras que la norma en estudio se aplica tanto a aquellos casos como los que resultan de toda clase de condena por delitos dolosos contra las personas, cualesquiera sea la pena (reclusión, prisión, multa o inhabilitación) o modo de cumplimiento de las privativas de libertad (efectivo o en suspenso). Por ende, se desvanece absolutamente como argumento eficaz el que sostiene un mayor grado de culpabilidad por haber sufrido encierro anterior, que puede o no haberse producido con la simple remisión a los antecedentes penales. También suele decirse que la reincidencia no vulnera la prohibición constitucional porque no tiene en cuenta la condena anterior, sino el mayor grado ///13.- de culpabilidad que revela su cumplimiento, argumento que tampoco puede reproducirse, pues lo que la norma valora aquí es derechamente a los antecedentes penales y no a las penas impuestas, por lo cual no puede discutirse que la ley está vinculando directamente un hecho por el cual ya fue juzgado con el agravamiento de la pena en un proceso posterior. En tercer lugar, también se acude a la distinción entre el procedimiento de subsunción -tipicidad- e individualización de la pena, siendo en esta segunda etapa donde estaría permitido recurrir a las condiciones personales del imputado para realizar una correcta mensuración. En cambio, la norma del artículo 189 bis C.P. lisa y llanamente lo menciona como la sustancia del precepto legal inmerso en el procedimiento de subsunción como cualquier conducta típica, no pudiendo afirmarse que el hecho de estar previsto como agravante le quita su calidad de estructura típica y por ende sujeta a los mismos recaudos que el resto de los tipos legales en los cuales se

acuñan las figuras delictivas. Como explicaba Soler, el gran avance que significó el concepto dogmático de tipicidad consiste precisamente en que la ley no dirá '\el ladrón sufrirá tal pena', ni tampoco en nuestra opinión podría decir '\el que tiene antecedentes penales', sino que definirá la acción u omisión describiendo una conducta concreta '\apoderarse de una cosa mueble total o parcialmente ajena' que lo convertirá en autor responsable del delito de hurto cuando se prueben los demás elementos del delito” (Langevin, artículo citado supra).- - - - -

----- La misma argumentación sigue el doctor Petracchi en su ///14.- voto cuando propicia la inconstitucionalidad del art. 52 del Código Penal, que prevé la accesoria de reclusión por multirreincidencia (CSJN, 05-09-06), diferenciándola de la reincidencia simple, en donde el desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho.- - - - -

----- Ahora bien, dice que “... esa mayor culpabilidad, sin embargo, no es, ni podría ser, la que da fundamento a la reclusión que se aplica a los multirreincidentes. En efecto, y como ya se dijo, la accesoria se comienza a cumplir una vez que la condena por el hecho anterior ya fue cumplida. En consecuencia, la mayor culpabilidad derivada del deprecio por la anterior condena ya fue valorada al fijar la pena correspondiente al hecho concreto, cometido a pesar de la advertencia previa. Por tanto, esa culpabilidad anterior ya fue suficientemente retribuida y no podría ser nuevamente utilizada como argumento para fundar la reclusión accesoria, pues ello significaría violar la prohibición de doble valoración contenida en el principio non bis in ídem.- - - -

----- “Que si bien es cierto que esta Corte ha autorizado la valoración dual de la reincidencia, como reflejo de una mayor culpabilidad (en el marco del art. 41, Código Penal) y como dato que autoriza al legislador a denegar formas de ejecución penal atenuadas (imposibilidad de libertad condicional del art. 14, Código Penal) sin ver en ello violación al non bis in ídem, no se debe perder de vista que el '\ajuste' del tratamiento carcelario que se permitió en Fallos 311:1451 ocurre dentro del marco del cumplimiento de ///15.- una pena privativa de libertad cuyo fundamento es la culpabilidad del condenado y no más allá de ella”.- - - -

----- Por el contrario, los antecedentes penales del imputado son un requisito típico del artículo en tratamiento y por tanto utilizados -al igual que la mutirreincidencia en el art. 52 C.P.- para conformar una nueva culpabilidad en la agravante distinta de la primera sanción, que ya los había meritado, lo que lesiona los principios de culpabilidad y non

bin in ídem.- - - - -

----- Además, es dable argumentar que la Corte Suprema nacional, en el precedente “MONTALVO” (Fallos 313:1333), sostiene que es inconciliable con los principios básicos de nuestra Constitución un sistema represivo cuyos tipos penales se centren exclusivamente en las características del sujeto, puesto que abriría el camino de la arbitrariedad estatal al punir a categorías de personas por el solo hecho de pertenecer a ellas. Entonces, una declaración de inconstitucionalidad puede basarse también en el incumplimiento de los principios que informan la Constitución y no sólo en sus normas. Esto pone de manifiesto la necesidad de una interpretación teleológica.-

----- Del precedente de la Corte surge un principio derivado de la finalidad de evitar la arbitrariedad del Estado en defensa de la libertad de los ciudadanos, según el cual toda ley penal que establece una figura agravada sobre la sola consideración de los antecedentes penales del autor del delito es inconstitucional.- - - - -

----- “Dicha regla constituye una interpretación extensiva del holding sentado por la Corte Suprema en el precedente ///16.- ‘MONTALVO’: no solo son inconstitucionales los delitos de autor, sino también merece esa descalificación constitucional la técnica legislativa de agravar la pena de una conducta punible -un delito de ‘acto’- con el solo fundamento de la peligrosidad social derivada de los antecedentes penales del autor. No basta, entonces, con que los delitos y las figuras delictivas estén tipificados legalmente para que se satisfaga el principio de legalidad en materia penal en el marco de una interpretación teleológica de la Constitución que pretenda excluir la arbitrariedad estatal; los tipos y figuras penales para ser compatibles con la Constitución, deberán estar basados exclusivamente en la descripción de conductas que impliquen una mayor producción de daño o peligro a los bienes jurídicos tutelados; pero no podrán construirse sobre la base de circunstancias objetivas vinculadas a los antecedentes penales del autor, cuya ponderación sólo queda reservada al juez de la causa, como pauta evaluativa para la fijación de la condena entre el mínimo y el máximo de la pena prevista legalmente. El legislador tiene vedado constitucionalmente construir delitos y figuras delictivas sobre la base total -e, inclusive, parcial-, de los antecedentes del autor” (Esteban Rosa Alves, “Principio de legalidad”, en LL del 30-05-06, 7).- - - - -

- - - - -

----- Ocurre que la “... técnica de legislación penal solo puede ser controlada mediante la aplicación de los principios de culpabilidad, ofensividad, ultima ratio, dignidad humana, subsidiariedad, non bis in ídem, y no pretendiendo que se vuelva a enunciados

meramente///17.- descriptivos o neutros. Estos principios son los que van marcando el contorno de la juridicidad que sujeta a la propia legalidad. Por ello BACIGALUPO reconoce que no es el concepto de bien jurídico el que puede limitar al legislador. En realidad el límite lo imponen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los fundamentos del orden político y los derechos fundamentales...” (Yacobucci, “Interpretación constitucional y legalidad penal”, en la obra colectiva La interpretación en la era del neoconstitucionalismo, bajo la coordinación de Cianciardo, pág. 390). Esta interpretación, conforme con los principios del sistema penal en el que se encuentra el operador del derecho, fue adoptada por este Cuerpo en el precedente “DÍAZ” (Se. 166/06).- - - - -

----- En síntesis, los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran un derecho penal de actos, opuesto a la formulación normativa cuyo elemento típico excluyente sean las características personales del sujeto activo, pues esto define a un derecho penal de autor de tipo peligrosista.- -

----- De tal modo, es inconstitucional el art. 189 bis inc. 2º último párrafo del Código Penal, en cuanto prescribe como figura agravada del delito de portación ilegal de arma de fuego la condición de que el agente posea antecedentes penales, atento a que la peligrosidad, como característica subjetiva del individuo, no puede ser causa de punición o agravante y queda relegada a las pautas evaluativas de los arts. 40 y 41 del Código Penal.- - - - - ///18.-- A igual conclusión se arriba siguiendo una interpretación teleológica de los principios que informan nuestra Constitución Nacional, entre otros, el que surge de la finalidad de evitar la arbitrariedad del Estado en defensa de la libertad de los ciudadanos, por el cual toda ley penal que establece una figura agravada sobre la sola consideración de los antecedentes penales del autor del delito es también inconstitucional.- - - - -

-----7.- Por último, en relación con el dictamen de la señora Procuradora General, corresponde decir que el fallo dictado por este Cuerpo in re “GONZÁLEZ MENDOZA” (Se. 30/06) no es doctrina legal aplicable al caso, toda vez que se trataba del ámbito de análisis propio de un recurso de revisión (art. 448 C.P.P.), pretensión impugnativa autónoma cuyas causales son taxativas y restrictivas y, por tanto, resulta inadecuado para el examen de constitucionalidad de la normativa en tratamiento, agravio que ni siquiera había sido planteado.- - - - -

-----8.- Por las razones que anteceden, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso

deducido, declarar la inconstitucionalidad del art. 189 bis inc. 2º último párrafo del Código Penal y condenar a Alejandro Alberto Salazar Vega, de circunstancias personales obrantes en autos, como co-autor de los delitos de portación ilegal de armas de fuego de uso civil reiterada -dos hechos-, en concurso real con tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil (arts. 29, 45, 189 bis inc. 2º C.P. Y 1, 4 y 5 Dec. 395/75). Atento a la inconstitucionalidad que propicio respecto de la agravante y a la distinta aplicación legal resultante, ///19.- también entiendo adecuado remitir el expediente al tribunal a quo para que con la misma integración imponga la pena correspondiente al derecho que se declara (ver doctrina legal sentada en el precedente “FISCALÍA”, Se. 190/06 STJRNSP). MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:- - - - -

----- Adhiero al criterio sustentado y a la solución propuesta por el vocal preopinante y VOTO EN IGUAL SENTIDO.- El señor Juez doctor Luis A. Lutz dijo:- - - - -

--

----- Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que me preceden en orden de votación, me abstengo de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - -

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a

----- fs. 364/373 de las presentes actuaciones por la señora Defensora General doctora Gabriela Silvia Labat en representación de Alejandro Alberto Salazar Vega, sólo en cuanto fue admitido, y declarar la inconstitucionalidad del art. 189 bis inc. 2º último párrafo del Código Penal.- - - Segundo: Condenar a Alejandro Alberto Salazar Vega, cuyas

----- circunstancias personales obran en autos, como co-autor de los delitos de portación ilegal de armas de fuego de uso civil reiterada -dos hechos-, en concurso real con tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil (arts. 29, 45, 189 bis inc. 2º C.P. Y 1, 4 y 5 Dec. 395/75), y remitir el expediente al tribunal a quo para que con la misma integración imponga la pena correspondiente al derecho que ///20.- se declara.- - - - -

----- Tercero: Registrar, notificar y, oportunamente, devolver.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO STJ

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 14

SENTENCIA: 192

FOLIOS: 2083/2822

SECRETARÍA: 2