

Expte. nº 3562/04 “Ministerio Público – Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas nº 8 s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Prescava, David Daniel s/ art. 189 bis CP’”

Buenos Aires, 25 de febrero de 2005

Vistos: los autos indicados en el epígrafe,

resulta:

1. La defensa de David Daniel Prescava viene en queja (fs. 56/70) por denegatoria del recurso de inconstitucionalidad que interpuso contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas (fs. 50/53 vta.), confirmatoria de la de primera instancia, que lo condenó a la pena de un año y siete meses de prisión de efectivo cumplimiento como autor del delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización, reprimido por el art. 189 bis 3er. párrafo CP, lo declaró reincidente y ordenó decomisar el arma, las dos municiones y la llave tipo ganzúa secuestradas (fs. 9/16 vuelta).

2. Adujo en el recurso denegado que la pena impuesta no resulta de la aplicación sistemática de un método adecuadamente justificado, y que el sentenciante adoptó un punto arbitrario de ingreso en la escala penal, desconociendo así lo dispuesto por el art. 2 CPPN y vulnerando el derecho de defensa. En unión a ello, el fallo habría omitido establecer las circunstancias agravantes sobre cuya base individualizó la pena hasta llevarla a un año y siete meses de prisión. Además, según la defensa, suplió al Ministerio Público en la justificación del *quantum* de la pena de prisión, actitud que importaría violación al derecho de defensa y al sistema acusatorio (art. 13 inc. 3 CCBA y 18CN). También señala que la declaración de reincidencia que dispuso el sentenciante, al repercutir condenas anteriores en la medida de la actual, constituiría una violación del *ne bis in idem* y un castigo determinado no en razón del hecho sino de la condición del autor, todo lo cual pugnaría con las garantías de los arts. 18, 19 y 33 CN, art 10 CCABA.

Por otro lado se agravó de que los antecedentes del imputado se hayan valorado no solamente para declararlo reincidente sino para incrementar la pena. Esta solución, a la que calificó de “doble agravamiento de la situación procesal de David Prescava”, vulneraría, a su juicio, la

prohibición de la doble valoración, que es requisito de coherencia interna de la sentencia, cuyo desconocimiento en el caso lleva nuevamente a la violación del *ne bis in idem*.

Imputa al *a quo* haber violado la prohibición de la doble valoración y la división de poderes, al sostener que no se midió en el caso la pena por la magnitud del delito y la particularidad del caso, sino como medio para garantizar la obediencia del resto, pues, a su entender, ello importa apoyar la sanción en argumentos de prevención general, cuya adopción o abandono serían privativos del legislador. También se agravió porque se utilizaron exigencias de prevención especial para mensurar la pena, sin especificarse qué pauta se tomaba para graduar la sanción en este caso concreto, afectándose la regla constitucional del derecho penal de acto (CN 18, oración 1 y 19).

Finalmente, la recurrente sostuvo que la falta de tratamiento de la totalidad de los agravios planteados en el recurso de apelación interpuesto vulneraría el derecho al recurso incorporado expresamente por los pactos de derechos humanos a la Constitución Nacional, en el art. 75 inc. 22 (CADH 8 n° 2, h) y PIDCyP 14 n° 5) y por el art.13 inc. 3ero. de la CCABA, así como el derecho al debido proceso y el de defensa en juicio (art. 18 CN).

3. La Cámara *a quo* rechazó el recurso por estimar que los agravios no constituían, con arreglo al art. 27 de la ley 402, supuestos del recurso de inconstitucionalidad, sino meras discrepancias con la aplicación de los arts. 41 y 50 del CP, cláusulas cuya validez, según el tribunal *a quo*, no fueron puestas en tela de juicio por la recurrente.

4. La defensa sostiene que esa resolución denegatoria trató “parcialmente” sus agravios y que se excedió en el juicio de admisibilidad arrogándose funciones propias del Tribunal *ad quem*. Señala, además, que el *a quo* debió tratar la inconstitucionalidad del art. 50 del CP “ya que se desprende claramente de los libelos recursivos (...) que se cuestionó el instituto de la reincidencia en sí (...) y la aplicación del mismo en el caso concreto, y que aunque no se hubiera hecho, si los jueces hubieran entendido que correspondía plantearla tenían la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio” (fs. 56/70, ver fs. 61 vuelta).

5. Al contestar la vista que le fue conferida, el Sr. Fiscal General Adjunto se pronunció por el rechazo de la queja articulada por cuanto: a) la recurrente no hizo más que reiterar su disenso con la decisión judicial adversa, sin introducir claramente ninguna cuestión constitucional hábil para excitar la instancia de excepción; b) no existió arbitrariedad alguna, ni se ha vulnerado el derecho de defensa en juicio ni el que hace a la doble instancia desde que se respondieron puntillosamente todos los agravios vertidos contra el fallo condenatorio; tampoco han existido aspectos sin responder, sino que la defensa le otorga carácter de argumentos independientes a

elementos genéricos de su discurso integral; c) la defensa realiza una interpretación dogmática y extensiva del principio *ne bis in idem* que no se compadece con el alcance puntual que le otorga nuestro sistema constitucional, de manera que no existe en el caso colisión alguna entre la aplicación de la ley, el modo en que fue determinada la pena y el ordenamiento jurídico superior; y d) la existencia del caso constitucional hace a las formas substanciales de los recursos limitados o extraordinarios, con lo que la Cámara de Apelaciones actuó dentro de sus facultades al rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

Fundamentos:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso de queja cumple con los requisitos formales para ser tratado: fue interpuesto oportunamente, ante quien corresponde y con las formalidades impuestas por la ley. Empero, no muestra haber presentado a los jueces de grado un cuestionamiento a la constitucionalidad de los arts. 41 y 50 del CP, temática que la Cámara no se considero obligada a tratar por las razones expuestas en la denegatoria del extraordinario. En tales condiciones, y en ausencia de un vicio que torne insostenibles los fundamentos de la sentencia condenatoria, las cláusulas constitucionales invocadas carecen de relación directa con lo resuelto. Consecuentemente, el recurso fue bien denegado y corresponde rechazar la queja.

2. No asiste razón a la recurrente cuando asegura que la Cámara excedió los límites de su competencia al declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad por considerar que la impugnación allí formulada no tiene vinculación directa con las reglas o principios constitucionales invocados. Tal como afirma el Fiscal del Tribunal en su dictamen, por tratarse el recurso cuya admisibilidad analizó la Cámara, de una apelación de carácter extraordinario, el tribunal *a quo* debe expresar, si la impugnación versa sobre uno de los casos extraordinarios que permiten abrir la instancia. A su vez, la queja constituye precisamente el correctivo del error y eventualmente del exceso, si lo hubiere.

3. Según ya fue señalado, a criterio de la Cámara, la inconstitucionalidad de los arts. 41 y 50 del CP no fue oportunamente propuesta. Toda vez que, como principio, incumbe a los jueces de la causa establecer el contenido de los planteos que les son formulados y pronunciarse acerca de su oportunidad y las formalidades que deben reunir, no es razón suficiente para remover, como pretende la defensa, la decisión de la Cámara, considerar que los argumentos vertidos a propósito del *ne bis in idem*, principio de culpabilidad y derecho penal de acto obligaban a tener

por implícitamente articulado el planteo de inconstitucionalidad y tratarlo. Así las cosas, proponer la cuestión a este Tribunal supone pretender que asuma una intervención de naturaleza originaria vedada por el art. 113 de la CCBA. Ello sentado y en la medida en que lo resuelto encuentra apoyo en las normas penales de fondo ya mencionadas y particularmente en el art. 41 del CP, las reglas constitucionales invocadas carecen de relación directa con lo resuelto.

No obstante su esmero y solvencia técnica, la argumentación de la defensa no consigue sortear dos aspectos centrales del análisis que hizo el *a quo*. Por una parte, el art. 41 CP resulta suficiente para sustentar el *quantum* de la pena, aspecto centralmente cuestionado del pronunciamiento. Vale señalar que los antecedentes en que se funda la declaración de reincidencia no son en la sentencia determinantes concretos de una porción específica de la pena. Por otra parte, la Cámara fue cuidadosa en señalar que, al momento de analizar la aplicación del art. 50 CP, tuvo en cuenta la circunstancia de que “el condenado debió saber que le iría mucho peor de volver a delinquir [y ello] conlleva la obligación de determinar que el autor pudo elaborar el reproche anterior e incorporarlo como momento reflexivo”, por lo que, así interpretado el instituto por la Sala I CCF, no se aparta del principio de culpabilidad. Razonamiento que también conduce a descartar alguna afectación del *ne bis in idem* pues no hay doble sanción por un mismo hecho.

4. La determinación del punto de ingreso a la escala penal por el cual se comienza a medir la pena, no involucra regla constitucional alguna. En todo caso, se trata de una cuestión de derecho común (CN, 75, inc. 12), cuya interpretación no incumbe por sí sola al Tribunal.

5. Por lo demás, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la ‘sentencia fundada en ley’ a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional” (Fallos, 312:246, 389, 608, entre otros) —cfr. el voto de la mayoría en “Arias de Alvarez, Lidia s/ art. 47 s/ recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 312/00—.

6. La defensa se agravia de la falta de tratamiento de la totalidad de los agravios planteados en el recurso de apelación oportunamente interpuesto alegando que dicha circunstancia ha vulnerado el derecho al recurso, al debido proceso y de defensa en juicio de su defendido.

Cabe también recordar, a este respecto, la doctrina según la cual no pesa sobre el juez el deber de seguir a las partes en todas sus alegaciones

sino tan sólo en aquellas que resulten conducentes (Fallos 310:272; 310:267; 310:1835 entre muchos otros).

7. En cuanto al depósito previsto por el art. 34 de la ley 402, corresponde diferir su consideración para una vez que se dicte sentencia definitiva en el trámite de beneficio de litigar sin gastos iniciado por el imputado, criterio que se compadece con el sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación [Acordada 54/91 del 5 de noviembre de 1991 y Fallos 282:208 y 323: 41, entre otros]. El trámite de este incidente torna actualmente insustancial expedirse sobre los planteos formulados en el punto VI, apartados 2 y 3 de la queja.

Por las razones expuestas voto por que se rechace la queja planteada a fs. 56/70.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano.

El juez José Osvaldo Casás dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano. Sobre la cuestión de la integración del depósito previsto en el art. 34 de la ley n° 402, también coincido con la solución antedicha, pues expresa la postura que sostuve al momento de resolver la causa "*Empresa de Transporte Pedro de Mendoza C.I.S.A. —causa n° 459-CC/00— s/ recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado*", expte. n° 724/00, sentencia del 14 de febrero de 2001 (*Constitución y Justicia*, [Fallos del TSJ], Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, 2004, p. 16 y siguientes) y que ahora reafirmo.

Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso de queja cumple con los requisitos formales para ser tratado: fue interpuesto en el plazo oportuno, ante quien corresponde y con las formalidades impuestas por la ley.

En cuanto al contenido, la queja posee un relato de los hechos del proceso y una crítica fundada de la resolución que rechazó el recurso de inconstitucionalidad.

2. El núcleo de todos los agravios de la defensora se halla en la determinación de la pena. De tal manera, queda fuera de cuestión y firme el fallo sobre la culpabilidad.

3. La defensora no tiene razón cuando expresa que el tribunal de mérito, que dictó la sentencia impugnada —confirmatoria de la de primera instancia—, ha excedido los límites de su competencia para la admisibilidad del recurso en la decisión que lo rechaza, en el sentido de haber expresado que no se trata de una impugnación vinculada directamente a reglas o principios constitucionales. En ello tiene razón el Fiscal del Tribunal en su dictamen, al advertir que se trata de recursos limitados en sus motivos o extraordinarios, en los cuales el tribunal *a quo* debe expresar, para conceder o rechazar el recurso, si la impugnación versa sobre uno de los casos limitados que permiten abrir la instancia. Y la opinión del tribunal de mérito es contraria a esta afirmación, cualesquiera que hayan sido las palabras utilizadas.

4. Pero la defensora tiene razón en expresar que esa resolución, con esa afirmación, en principio, resulta equivocada. La defensora estima, entre otras cosas, que la pena se ha medido con lesión de dos principios básicos del procedimiento penal, el que impide la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*) y el que, como consecuencia del Derecho penal de acto que impone el Estado de Derecho, funda la pena en la *culpabilidad* personal del autor (reproche por la ilicitud).

En el primer caso estima que declarar reincidente a una persona y agravarle por ello la pena no sólo implica juzgarla de nuevo por hechos ya juzgados y castigados por otro tribunal, sino, también, lesiona la prohibición material de doble valoración del dato. En el segundo caso, se opone más radicalmente a la reincidencia porque ésta refleja una concepción propia de un “derecho penal de autor” y escapa a la reprochabilidad sólo del hecho ilícito según un estricto “derecho penal de acto”, propio del Estado de Derecho. Si el principio *ne bis in idem* y el llamado *principio de culpabilidad* tienen anclaje constitucional —y lo tienen, en verdad: explícitamente el art. 13.9 CCABA, y desde el principio de legalidad material en los arts. 18 y 19 CN, art. 9 CADH y art. 15 PDCP—, pues entonces la defensora —tenga razón o carezca de ella— ha planteado un caso de aplicación de reglas constitucionales, de aplicación de reglas comunes contrarias a las constitucionales y, por ello, inválidas en su opinión, o, cuando menos, de falsa interpretación de reglas comunes —medición de la pena— en consenso con aquellos principios constitucionales.

5. Sin embargo, intentaré demostrar la razón por la cual estos casos constitucionales son meramente aparentes —construidos sólo para fundar la impugnación— en relación con las sentencias de este proceso.

i) Por un lado, tanto la sentencia de primera como la de segunda instancias desarrollan y fundan la pena aplicada en el caso. El recurrente no atacó por inconstitucional el art. 41, 2do. Párrafo, del Código Penal que autoriza a los jueces de la causa a considerar los antecedentes de un imputado a la hora de graduar la sanción a imponer. De manera que, en el caso, los jueces hicieron lo que la ley les mandaba y valoraron los antecedentes de Prescava en el sentido por ellos descrito y en estricta aplicación de la ley de fondo que, vale la pena reiterar, la defensora no impugnaba como contraria a la CN, con lo cual no abría la instancia.

ii) Por otro lado, la declaración formal de reincidencia no constituye agravio actual alguno. En efecto, esa declaración podrá tener eventualmente un efecto real y constituir un agravio el día que el recurrente solicite la libertad anticipada (o libertad condicional) ya que esa declaración obstaría a la procedencia de tal beneficio. No obstante, tales extremos no se encuentran reunidos a la fecha por lo que el agravio es, como se expresó, meramente hipotético. Por lo demás, si bien es cierto que los jueces mencionaron la reincidencia como elemento a tener en cuenta a la hora de graduar la pena a imponer, lo cierto es que una lectura global de la sentencia de la Cámara permite advertir que ellos se refieren a la circunstancia de que Prescava tiene antecedentes penales. Esos antecedentes son utilizados en la sentencia para, conforme al art. 26, CP — que tampoco ha sido impugnado y no hay razón alguna para que lo sea—, rechazar la posibilidad de una condenación condicional, sólo permitida para la primera condenación a pena privativa de libertad o cuando, después de esa primera condenación, ha transcurrido un cierto lapso. Según se observa, no es la reincidencia sino las condenas anteriores, alguna de ellas firme como tal, la utilizada en el razonamiento. Y esas condenas no se esgrimen para agravar la pena, específicamente, sino, antes bien, para no conceder la condenación condicional, que ya antes había sido concedida y revocada por la comisión de un nuevo delito.

6. Tampoco se trata de un argumento que parta de un agravio constitucional la determinación del punto de la escala penal —mínimo, medio, máximo— por el cual se comienza a medir la pena, cuestión largamente discutida entre los penalistas e introducida también por la defensa como agravio. En todo caso, se trata de una cuestión de Derecho común, de legislación nacional pero de interpretación local (CN, 75, inc. 12). La Constitución nada dice al respecto, pero tampoco el Derecho común establece un punto de apoyo para alguna de las tesis. Y lo cierto es que tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación han valorado las circunstancias de hecho verificadas para medir la pena y los criterios del art. 41, CP, e indicado su funcionamiento positivo o negativo para arribar a la pena impuesta, matemáticamente algo menor a la media de la escala.

7. Si, como dijimos, no hay doble valoración de una circunstancia — porque no se condena fundado en los antecedentes del condenado—, tampoco puede sostenerse que la reincidencia, por sí misma, constituya una infracción a la prohibición del *bis in idem*, según lo pensaron algunos clásicos. En el caso no es así pues su “declaración” —que quizás sólo debió ser fundamento y no punto de la parte resolutive de la sentencia—, como se expresó, no condujo a desmejora alguna real o presente de la situación jurídica del condenado.

8. Por las razones expuestas coincido con el dispositivo propuesto por el Sr. juez de trámite.

9. No coincido, en cambio, con la apreciación del Sr. juez de trámite acerca de la eventual necesidad del depósito (ley n° 402, art. 34) por parte de los defensores oficiales, conforme a decisiones mías anteriores que cita la misma defensora recurrente (fs. 67vta./69). Sin embargo, como diferir el tratamiento de esta cuestión no significa de manera alguna imponer el depósito, no considero necesario apartarme del dispositivo propuesto en este punto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Coincido con la opinión de mi colega Julio B. J. Maier, desarrollada en los puntos 1, 2, 3, 4, 5 y 7 de su voto, a los que por razones de brevedad me remito.

2. Respecto de la determinación del punto de la escala penal por el cual se comienza a medir la pena, entiendo que la defensa tampoco ha logrado articular una cuestión de índole constitucional. En efecto ni la Constitución ni la ley dicen nada al respecto, y lo cierto es que ambas instancias han valorado las circunstancias de hecho de acuerdo al art. 41 CP cuya inconstitucionalidad no se ha planteado.

3. Dado que ya me he manifestado a favor de la exención del pago del depósito cuando el recurso procede de la defensa oficial, remito a mi opinión en “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional n° 1— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Feng Chen Chih s/ art. 40 CC - Apelación”, expte. n° 2212, resol. del 11/6/03; “Ministerio Público —Defensoría Oficial n° 6— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en: “Caro, Maximiliano Daniel s/ arts. 61 y 63 CC, Apelación”, expte. n° 2197, resol. del 10/9/03; y en “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional n° 6— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Echagüe, Damián s/ violar luz rojas y otra”, expte. n° 2279, resol. del 30/09/03.

Por ello, habiendo dictaminado el Señor Fiscal General Adjunto,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve**

1. Diferir la cuestión relativa a la integración del depósito previsto en el artículo 34 de la ley n° 402, para una vez resuelto el beneficio de litigar sin gastos iniciado por el Sr. Prescava.

2. Hacer saber a la defensa que, dentro del quinto día de notificado, deberá comunicar al Tribunal el contenido de la decisión final que recaiga en el trámite del beneficio de litigar sin gastos que invocara.

3. Rechazar el recurso de queja interpuesto por la defensa de David Daniel Prescava.

4. Mandar que se registre, se notifique y se devuelva el principal con la presente queja.