

Expte. n° 4603/05 - "Lemes, Mauro Ismael s/ inf. art. 189 bis CP -apelación- s/ recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. n° 4602/05 "Ministerio Público -Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 4- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lemes, Mauro Ismael s/ infracción art. 189 bis CP -apelación-' - TSJ DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES - 19/07/2006

Buenos Aires, 19 de julio de 2006

Vistos: los autos indicados en el epígrafe.//-

Resulta

1. El defensor de Mauro Ismael Lemes interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 670/688vta.) contra la resolución de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas de fecha 17/11/05 (fs. 631/667vta.) en cuanto resolvió: "I) CONFIRMAR el punto I de la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia, obrante a fs. 390/410, en cuanto no hace lugar al planteo de nulidad de la detención de Mauro Ismael Lemes, solicitado por la defensa. II) REVOCAR el punto VI de la sentencia recurrida, en cuanto declara la inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis (2), último párrafo del Código Penal (texto según ley 25.886). III) CONFIRMAR el punto II de la sentencia apelada, en cuanto condena a Mauro Ismael Lemes, [...] modificándose en cuanto a la calificación legal del hecho, que se subsume en el delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización, agravada por registrar antecedentes dolosos contra las personas y por el uso de armas, y en cuanto a la pena impuesta, que se fija en cuatro años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12, 29, inc. 3, 45, 189 bis [2], últ. párr., del CP —texto según ley 25.886— y 530, 531 y 533 del CPPN). IV) CONFIRMAR el punto III de la sentencia recurrida, en cuanto condena a Mauro Ismael Lemes a la pena única de nueve años y un mes de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la dictada precedentemente y de la pena única de siete años de prisión, accesorias legales y costas, dictada el 7 de junio de 2002 por el Tribunal Oral de Menores n° 1 de esta ciudad en las causas nros. 1369 y 1435, a su vez comprensiva de la de seis años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, en orden a los delitos de robo agravado por su comisión en lugar poblado y en banda, robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa en concurso real con robo agravado por el uso de armas, impuesta en esa causa y de la sanción de un año de prisión en suspenso —cuya condicionalidad se revocara— impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 14 de esta ciudad, en la causa n° 1148, el 5 de junio de 2001, en orden al delito de robo en grado de tentativa (arts. 12, 29, inc. 3º, 42, 44, 45, 55, 58, 164, 166, inc. 2, y 189 bis [2], último párrafo, del CP). V) CONFIRMAR el punto IV de la sentencia recurrida, en cuanto revoca la libertad condicional concedida a Mauro Ismael Lemes el 23 de junio de 2004 por el titular del Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 2, en el legajo de ejecución n° 6487 que corre por

cuerda (art. 15, CP). VI) CONFIRMAR el punto V de la sentencia apelada, en cuanto declara reincidente a Mauro Ismael Lemes (art. 50, CP) [...]”.-

2. Los agravios planteados por la defensa en el recurso de inconstitucionalidad son, resumidamente, los siguientes:

- a) nulidad de la detención de Lemes, puesto que, según alega la defensa, no () se presentaban en el caso los “indicios vehementes de culpabilidad” exigidos por el art. 284, inc. 3º, CPPN para validar una detención sin orden judicial;;
- b) ilegal apertura del recurso fiscal, que conllevaría a la afectación de los principios constitucionales de legalidad —ya que a pesar de que el art. 61, LPC no le concede recurso (de apelación) al fiscal en caso de sentencia condenatoria, la Cámara se lo concedió por aplicación analógica del art. 474, CPPN (recurso de inconstitucionalidad)—, imparcialidad y acusatorio —ya que la Cámara fundó su decisión sobre la base de fundamentos no invocados por el fiscal en su recurso de apelación—, y, finalmente, derecho al recurso y non bis in idem —ya que estas garantías vedan la concesión al fiscal de solicitar la revisión in pejus de la sentencia de condena recaída en primera instancia—;
- c) la inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis (2), últ. párr., del Código Penal, porque lesionaría el principio ne bis in idem y el principio de culpabilidad en dos derivados esenciales: el principio de proporcionalidad y su manifestación en un derecho penal de autor;
- d) la inconstitucionalidad del régimen de reincidencia (art. 50, CP) y, en subsidio, la inaplicabilidad de la reincidencia al caso, por no haber cumplido su defendido en detención como condenado los dos tercios de la condena.-

3. El recurso de inconstitucionalidad fue admitido parcialmente por la Cámara, en lo atinente a los agravios vinculados a la apertura del recurso del Fiscal contra la sentencia de primera instancia, y la inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis (2), últ. párr., del Código Penal (fs. 696/699).-

4. Contra la decisión que declaró parcialmente admisible el recurso de inconstitucionalidad, la defensa interpuso recurso de queja respecto de los agravios denegados (fs. 870/883vuelta).-

En la queja, el defensor solicitó al Tribunal que se declarara inexigible el depósito dispuesto por el art. 34, ley nº 402, conforme al criterio expuesto en los exptes. nº 4242/05 (“Ortega”) y nº 3996/05 (“Ronchetti”), sin perjuicio de lo cual acompañó copia del escrito en el que promovió incidente de beneficio de litigar sin gastos ante el Juzgado en lo Contravencional y de Faltas nº 6. Posteriormente, con fecha 05/04/06 se recibió en el TSJ el incidente de beneficio de litigar sin gastos donde, a fs. 20/21, consta la resolución en virtud de la cual se concedió dicho beneficio al imputado.-

5. El Fiscal General Adjunto, al contestar la vista conferida (fs. 890/896vta.), concluyó que el recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido debía ser declarado admisible por existir cuestión constitucional suficiente, pero que se debían rechazar los agravios invocados por la defensa y confirmar la

sentencia de segunda instancia. En cuanto al recurso de queja, el Fiscal estimó que no podía ser admitido por no existir un caso constitucional real.-

Fundamentos

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Tanto la queja como el recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido fueron interpuestos en tiempo y forma (art. 27, ley nº 402), por lo que corresponde analizar la procedencia y admisibilidad de los agravios expresados en ellos.-

2. Nulidad de la detención

Corresponde rechazar la queja en relación al planteo de nulidad de la detención del recurrente. Aunque la circunstancia de que el agravio remita a la consideración de los hechos de la causa no obsta a la procedencia del recurso de inconstitucionalidad cuando esos hechos se encuentran "de tal modo ligados al planteo constitucional que resulta imposible su solución sin atender a ellas" —Fallos: 308:733, cons. 3º, y 310:1847, cons. 9º; en sentido concordante, Esteban Ymaz y Ricardo E. Rey sostienen, en *El Recurso Extraordinario, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 85*, que "en casos excepcionales en que las cuestiones de hecho tienen dependencia y conexión tan estrechas con los puntos de derecho federal materia del pleito, que no sea posible decidir las por separado, la Corte Suprema puede apartarse de la regla expuesta (Fallos: 189:170)"—, el agravio no presenta razones con entidad suficiente para rebatir o conmovir los sólidos fundamentos desarrollados a este respecto por el a quo —ver fs. 634vta./637 (voto del juez Vázquez), y fs. 649vta./651vta. (voto de la jueza Marum)— razón por la cual la queja no puede prosperar respecto de este agravio. En tales condiciones, el recurso de inconstitucionalidad, a este respecto, no cumple con la exigencia del art. 28 de la ley nº 402, por lo que no cabe habilitar esta instancia a fin de examinarlo.-

3. Ilegalidad de la apertura del recurso fiscal

3.1. El agravio relativo a que fue ilegal abrir el recurso de apelación fiscal contra la sentencia condenatoria de primera instancia está desarrollado desde diversos enfoques, a saber: (i) el a quo habría interpretado incorrectamente el art. 61 LPC, al aplicar supletoriamente el art. 474 CPPN, y (ii) dicha interpretación, violaría la prohibición de non bis in idem y el derecho al recurso o doble instancia —que funda en los arts. 75, inc. 22, CN, 8.2.h PSJCR, 14.5 PDCyP, y 13.3 CCABA—, el principio de legalidad, principio acusatorio e imparcialidad.-

3.2. En lo que hace a la interpretación del art. 61 LPC, el recurso de inconstitucionalidad es inadmisibile. Cabe señalar, en un comienzo, que el apelante soslaya el eje del razonamiento de la Cámara: la ley 48. El fallo impugnado no viene a sentar una interpretación de los arts. 61 de la LPC y 474

del CPPN para todas las ocasiones, sino tan sólo para aquellas en que la legislación federal, la referida ley 48, organiza el recurso extraordinario a fin de obtener un pronunciamiento de un tribunal federal, en el caso la CSJN, para una cuestión de las previstas en el art. 116 de la CN, originariamente atendida por jueces locales. En este marco, la Cámara ha interpretado las normas locales a fin de establecer cuál es el mecanismo para arribar a la decisión definitiva del superior tribunal de la causa. Dicho de otro modo, ha establecido cuál es la vía de agotamiento de recursos locales. En estas condiciones, la aplicación de la idea de jerarquía en el ordenamiento de los tribunales, a que apela el precedente "Di Mascio" (Fallos: 311:2478), le sirvió a la Cámara de apoyo a su conclusión según la cual le asiste la competencia para tratar el cuestionamiento del fiscal. Basta esta omisión de enfrentar plenamente la reflexión del a quo para declarar inadmisibles los recursos de inconstitucionalidad a este respecto. Me parece conveniente, empero, hacer algunos señalamientos acerca de la argumentación del recurso de inconstitucionalidad, a fin de mostrar que es inadmisibles aun sorteando el defecto general apuntado.-

En efecto, este agravio —interpretar incorrectamente el art. 61 LPC, al aplicar supletoriamente el art. 474 CPPN— tampoco puede ser tratado en esta instancia dado que las cuestiones relativas a la interpretación de normas de forma o procedimiento no integran por sí el contenido de una sentencia definitiva, pues no versan acerca de la controversia que se busca dirimir como materia del proceso, sino sobre el curso mediante el cual se llega a que el órgano judicial emita su decisión. Por ende, dichas cuestiones son ajenas al conocimiento de este Tribunal en el marco de un recurso de inconstitucionalidad. La CSJN ha sentado la doctrina según la cual la interpretación de normas de procedimiento no habilita un recurso extraordinario, aun cuando sean federales, "porque se refieren al ordenamiento de los juicios, que no afecta el fondo de las instituciones fundamentales que ese recurso extraordinario se propone salvaguardar" (Fallos: 95:133; y 134; 99:158; 104:284; 105:183; 115:11; 177:99). En Fallos: 192:104, en sentido concordante, sostuvo que "esta Corte tiene resuelto que no puede traerse a su decisión por la vía del recurso extraordinario... cuestiones procesales, ni aún cuando la ley que rija el procedimiento revista carácter federal, porque la interpretación de tales leyes no afecta el art. 31 de la Constitución Nacional" (Ver Esteban Ymaz y Ricardo E. Rey, ob. cit., p. 108). Respecto de esta línea jurisprudencial, y su explicación a partir del concepto de "sentencia definitiva", indica Enrique García Merou que, toda vez que "no hay disposición legal alguna que excluya de la jurisdicción de la corte las leyes de procedimientos [...] [n]o hay, pues más motivo fundado para rehusar el recurso, contra los autos que aplican esas leyes, que el de no tratarse de sentencias definitivas" (El Recurso Extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Imprenta de Coni Hermanos, Buenos Aires, 1915, p. 202). Mutatis mutandis estas razones impiden, como principio, revisar la aplicación de normas procesales locales en el marco del recurso de inconstitucionalidad, aun cuando estén reunidos otros requisitos de ese remedio procesal, puesto que conforme la ley n° 402, aquél sólo procede contra sentencias definitivas.-

3.3. Aun cuando consideráramos que el contenido constitucional de los agravios justifica hacer excepción a esa regla, conforme la doctrina de Fallos: 244:203, 235 y 425; 245:216,311 y 467, el resultado no sería distinto, según explicaré a continuación.-

El recurrente intenta apoyar en el derecho al recurso o doble instancia, que le reconocen los arts. 8.2.h PSJCR, 14.5 PDCyP, y 13.3 CCABA, y en el non bis in idem, la prohibición de otorgar al ministerio público fiscal una apelación contra la sentencia de primera instancia. Si su planteo consiste en la tacha de inconstitucionalidad del art. 61 de la LPC o del 474 del CPPN o de cualquier norma procesal que admita el recurso del fiscal contra la decisión que no recoge sus pretensiones o no lo hace plenamente, viene defectuosamente introducido, puesto que debió serlo ante la Cámara a quo, a fin de posibilitar que dicho tribunal pudiera expedirse acerca de esa cuestión. Ello es así, puesto que, una vez articulado el recurso por el fiscal, era evento previsible para la defensa tanto el acogimiento como el rechazo de dicha pretensión (Fallos: 278:35), y el a quo, quien tiene la potestad para decidir si le fue planteado (Fallos: 226:10), no lo tuvo por hecho (ver. fs. 634 y 661), pues no se expidió sobre la cuestión; y la referencia genérica del recurrente respecto a otros escritos "en ejercicio de mi ministerio" (fs. 438), aparentemente en otras causas, unida a una invocación acerca de cómo debe interpretarse el art. 61 de la LPC, no convierte en arbitraria esa decisión. Asimismo, no se hace cargo, según lo anuncié, de la circunstancia de que la ley 48, según la doctrina del precedente "Di Mascio", es la que preside la solución cuestionada. Consecuentemente, no cabe traer el punto a esta instancia.-

Por lo demás, no existe en la presentación sub-examine una demostración de que el derecho del condenado al recurso importe un impedimento al del fiscal, si no se presupone un alcance del non bis in idem que sostenga que cualquier revisión de una sentencia importa un nuevo riesgo incompatible con la referida garantía. Ahora bien, esta idea carece de apoyo en los textos vigentes o en doctrina acerca de ellos. En líneas generales, la interpretación más amplia formulada por jueces asume que toca al imputado soportar un proceso completo —no más de uno— sin que medien en él agravamientos injustificados del riesgo de ser condenado. Pero, nada empece a que ese proceso contenga más de una instancia en la que pueda el acusador obtener condena (al respecto, remito a mi voto in re "Ministerio Público —Defensoría Contravencional y de Faltas n° 3— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Montero Montero, María Nela s/ infracc. art. 71 —apelación—'", expte. n° 3739, resolución del 09/03/05). Frente a ello, el recurrente no suministra razones que justifiquen un examen mayor de su cuestionamiento.-

En cuanto a la alegada violación de los principios acusatorio y de imparcialidad, los agravios no muestran su relación directa con lo resuelto en autos. Más allá de los esfuerzos argumentativos realizados por la recurrente, no veo en la especie más que una cuestión relativa al nomen iuris del recurso interpuesto por el ministerio público fiscal, que en modo alguno ha afectado las posibilidades defensivas del recurrente.-

Finalmente, aún suponiendo que el principio de legalidad alcanza las normas de procedimiento, su invocación no pasa de ser una mera discrepancia con la interpretación de las normas procesales aplicables, realizada por el a quo y no rebatida adecuadamente por el apelante, según indiqué más arriba.-

4. Inconstitucionalidad del art. 189 bis, 2, último párrafo, del Código Penal

4.1. La defensa sostiene que la circunstancia agravante prevista por el art 189 bis, 2, último párrafo, del Código Penal para “el que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas” vulnera las garantías conocidas como non bis in idem y principio de culpabilidad, en este último caso, tanto por constituir una manifestación del derecho penal de autor, como por llevar a una desproporción de la sanción respecto de la conducta típica (fs. 679).-

4.2. En la tesis del defensor, el non bis in idem “debe contemplar la prohibición de que el delito anterior, ya juzgado, tenga influencia respecto del rigor de la pena por el nuevo delito” (cf. fs. 681) puesto que, de lo contrario, se estaría castigando por segunda vez aquella primera acción.-

No obstante, esta postulación excede por mucho cualquier alcance reconocido a la garantía. En este sentido, el voto del juez Vázquez repasa la exigencia de las tres identidades básicas —persona, objeto y causa— para señalar que no quedan reunidas en tanto no existe una nueva persecución por el mismo hecho (fs. 646/646 vuelta). Dicho en otros términos, el Estado no es el desencadenante independiente del proceso actual, sino que el procesado estuvo en situación de decidir entre cometer el nuevo delito, arriesgando así la mayor sanción, o abstenerse, en cuyo caso la pena anterior no habría dado lugar a consecuencia alguna.-

Este fundamento armoniza con la doctrina de la CSJN con arreglo a la cual “... el principio non bis in idem, en lo que al caso interesa, prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena —entendida ésta como un dato objetivo y formal—, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal (ver en sentido concordante ‘Pace v. Alabama’, 106 U.S. 583, ‘Leeper v. Texas’, 139 U.S. 462 y ‘Moore v. Missouri’, 159 U.S. 673 de la Suprema Corte de los Estados Unidos y causa V.172.XXI. ‘Valdez, Enrique Carmelo y otra s/ robo con armas y encubrimiento’, del 21 de abril de 1988” (Fallos: 311:1451, consid. 7º). Aquí se puede observar, una vez más, que nuestra Corte opta por la comprensión de la garantía en el sentido norteamericano (al respecto cf. mi voto, en especial puntos 4 y ss., en “Ministerio Público —Defensoría Contravencional y de Faltas nº 3— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Montero, María Nela s/ inf. art. 71 —apelación—’”, expte. nº 3739, resolución del 09/03/2005). Ello así, al menos respecto del contenido consistente en prohibir el agravamiento del riesgo (ver lo expresado en el considerando 3.4); no obstante, vale destacar

que dicha opción, no alcanza en nuestro medio la comprensión norteamericana de la garantía según la cual ésta reza respecto del Estado que ha promovido una persecución penal, pero no frente a otros estados, cuya potestad de procesar no se vería afectada por aquellas persecuciones a las que fue ajeno. Esto es, obviamente, muy significativo en un país federal como el nuestro.-

Igual solución corresponde en la concepción europeo-continental de la garantía. Según señala como catedrático mi colega Julio B. J. Maier "...la anatematización de la agravación de la pena del delito posterior para el reincidente, en virtud de la regla básica del *ne bis in idem*, suena tanto a una exageración, conforme al buen sentido común, como a una desviación del problema de su ámbito específico. En realidad, aquello que se toma en cuenta para que esta agravante genérica incida sobre la escala penal o tan solo sobre la forma de cumplir la pena, no es en sí la culpabilidad o la pena del hecho punible anterior ya juzgado, sino el hecho [...] de la condena o la pena sufrida. El hecho punible anterior, en sí, no se vuelve a juzgar, ni se pena nuevamente..." (cf. Derecho procesal penal, t. I, p. 643). Asimismo, señala Eberhard Schmidt que lo determinado por el principio *non bis in idem* es "que el objeto litigioso resuelto por la sentencia formalmente firme no puede ser objeto de litigio en un nuevo proceso y en una nueva sentencia" (cf. Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal, Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1957, p. 160), supuesto que difiere de aquel de autos, en el que el legislador tomó en cuenta como circunstancia agravante la existencia de anteriores condenas —como dato objetivo y formal— para el caso de que el individuo incurra en un nuevo delito. Forzoso es destacar que en este último supuesto el sujeto realiza una nueva acción de modo voluntario, pudiendo, naturalmente, evitar hacerlo. En definitiva, lo que interesa desde el ángulo de protección de la libertad es que el agravante no puede operar sin una acción posterior no juzgada al tiempo en que lo fue la que se adopta como causa para agravar la pena.-

Vale señalar que, por lo mismo, no es menester que la ley que escoge la referida circunstancia como agravante sea anterior al primer hecho sino al segundo. En este orden de ideas, vale notar que ello fue destacado por el juez Vázquez, y el recurrente no controvierte ante estos estrados esa argumentación, no obstante haber observado en su memorial ante la Cámara (fs. 610vta.) que los hechos que dieron origen a la primera condena fueron anteriores a la sanción de dicho artículo. Haber desistido de hacer tal planteo ante esta instancia —cuando lo había hecho ante el *a quo*— muestra la escasa convicción que le provoca su tesis.-

4.3. La defensa sostiene, además, que la agravante fundada en registrar antecedentes penales lesiona el principio de culpabilidad, pues constituye, según su criterio, una manifestación de derecho penal de autor. No se agravia, en cambio, del tipo penal en sí, es decir, no tacha de inconstitucional, por configurar derecho penal de autor, a la figura penal básica ("portación de armas de fuego de uso civil sin la debida autorización legal"); sino que centra su objeción en el hecho de que las condenas que sufrió anteriormente hayan

sido consideradas como una circunstancia agravante. Es esto último lo que califica como una manifestación de derecho penal de autor.-

Funda este agravio en la previsión del art. 18, CN, según la cual "ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso"; en el art. 19, CN, que dispone que toda sanción impuesta a una persona debe provenir de una acción que de algún modo afecte la moral, el orden público o a terceros; y en el art. 13.9, CCABA, en cuanto establece que "se erradica de la legislación de la Ciudad y no puede establecerse en el futuro ninguna norma que implique expresa o tácitamente, peligrosidad sin delito, cualquier manifestación de derecho penal de autor o sanción de acciones que no afecten derechos individuales ni colectivos". A este último respecto, cabe recordar que el texto de la CCABA sólo es aplicable respecto de las leyes sancionadas en nuestra Ciudad, pero no limita las facultades legislativas del Congreso de la Nación. Podría, en cierta medida, constituir una guía para la individualización de la pena por el juez, pero no es éste el punto levantado por la defensa. Por cierto, ello no significa que el legislador nacional pueda inspirarse en el derecho penal de autor a la hora de prohibir conductas, sino tan sólo que el alcance de las limitaciones que sobre él pesan proviene de los textos de la Constitución Nacional citados y el contenido en su art. 33.-

La defensa parte del presupuesto de que en el derecho penal de acto la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual y no a la peligrosidad evidenciada en hechos anteriores. A lo que agrega que el aumento de castigo a su defendido está dado, exclusivamente, por poseer condenas anteriores, es decir, por lo que es y no por lo que hizo (fs. 680, el resaltado me pertenece).-

Esa postura puede ser alineada con la sostenida, entre nosotros, por Magariños, para quien "...si desde la perspectiva constitucional sólo se atiende al principio de culpabilidad como garantía implícita derivada del principio de legalidad, contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional, la única conclusión necesaria es que aquel principio se satisface con el carácter previo de la prohibición que la ley contenga; sin embargo de esa garantía no se deriva per se, como mandato constitucional, el contenido y alcance legítimo de la prohibición y, por ende, de la culpabilidad. / Entonces, sólo a través de la sistematización y del juego armónico del principio contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional con las garantías contempladas en su art. 18 (nullum crimen y culpabilidad), puede ser correcto derivar el concepto de culpabilidad 'por el hecho' como garantía fundamental, pues es una consecuencia necesaria de la obligación de acuñar tipos penales que únicamente contemplen conductas, obligación impuesta al legislador por el art. 19 de la Ley Fundamental". Asimismo, sostiene que la "reincidencia en nuestro Derecho positivo representa el resabio de una época en la cual el centro de gravedad del Derecho Penal se deslizó del delito al 'delincuente' y su condición de agravante de la sanción [...] importa la consagración de una norma penal constitutiva, que en lugar de actuar, castiga ser" (cf. Magariños, Mario,

Reincidencia y Constitución Nacional, en "Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal", Año III, nº 7, ps. 99 y siguiente).-

En definitiva, para esta postura los límites de la culpabilidad estarían dados exclusivamente por el hecho cometido, por el acto ilícito en sí, por lo que fundar un mayor grado de culpabilidad del autor en consideraciones tales como la reincidencia sería inconciliable con el principio del derecho penal de acto, por resultar ajenas al acto ilícito reprochado.-

4.4. No obstante, es extendida la opinión según la cual registrar antecedentes penales refleja una mayor culpabilidad del autor, circunstancia que justifica un agravamiento de la pena en tales casos. Por su parte, la CSJN se ha pronunciado en este sentido al sostener que "...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 [...] Es evidente que esta insensibilidad ante la eventualidad de un nuevo reproche penal, no formó parte de la valoración integral efectuada en la primera sentencia condenatoria, por lo que mal puede argüirse que se ha vuelto a juzgar y sancionar la misma conducta" (Fallos: 311:1451, consid. 7º, 2º párrafo, sin resaltar en el original). Asimismo, ha dicho el Tribunal cintero que "...el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce..." (Fallos: 308:1938, consid. 5º).-

La agravante se funda, para esta postura, en "una mayor culpabilidad por el nuevo hecho, mayor culpabilidad que se expresa en el desprecio que manifiesta por la amenaza penal quien conoce ya en qué consiste una pena por haberla sufrido" (García, Luis, Reincidencia y punibilidad, Ed. Astrea, Bs. As., p. 129, resaltado en el original). Esta interpretación había sido sostenida ya, en la doctrina alemana, bajo el nombre de "teoría de la advertencia", pues según ella la culpabilidad del segundo hecho es mayor en la medida en que el autor ya había sido advertido por una condena anterior, a pesar de lo cual cometió un nuevo delito (cf. Ziffer, Patricia, Reincidencia, ne bis in idem y prohibición de doble valoración, en "Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal", Año III, nº 7, ps. 108 y s.; y Magariños, cit., p. 89).-

4.5. En mi opinión, un derecho penal orientado a atribuir responsabilidad por hechos no requiere excluir la valoración de todo dato de la historia del autor para considerar la graduación de la pena —ni tampoco hay razones para creer que ésta sea la voluntad expresada en el art. 19 CN—. Así, por ejemplo, el Código Penal tiene en cuenta para agravar notablemente el homicidio el que el autor haya matado por odio racial o religioso (art. 80, inc. 4, CP), circunstancias

ambas que, aunque deban quedar expresadas en el hecho mismo vienen determinadas por la historia del autor. Para ilustrar esta afirmación, queda claro que el racista que mata en legítima defensa no está alcanzado aunque la víctima participe de la condición que el autor odia, mientras que, cuando ese racista mata sin otro motivo explicable al miembro del grupo contra el cual va dirigido su menosprecio, su historia lo condena. Pero, aun en este supuesto lo castigado es el odio puesto en el acto, no el que abriga el autor.-

Interpretados estos tipos penales conforme al Derecho penal del hecho, y no al de autor, no se trata de determinar si el autor es una persona integrista o racista, ni se lo castiga por esas razones. Desde el punto de vista de un derecho penal de hecho, conforme expresa Roxin, basta con que el autor haya mostrado en su hecho concreto una actitud interna acorde a esos sentimientos o actitudes internas (cf. Roxin, Claus, Derecho penal. Parte General, t. I, Ed. Civitas, Madrid, 1997, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, ps. 184 y siguientes). Es usual comprender la acción humana como sustentada en una motivación. Para algunos (Aristóteles o Welzel) ello queda plasmado en considerarla como acción dirigida a un fin. En otros (Freud), la "motivación" puede ser inconsciente. Pero, en última instancia, y ya sea que la "motivación" de que se trate sea susceptible de fundar consecuencias penales o no, en el modo en que recogemos la realidad en las palabras, el término "acción" incluye la motivación como parte de ella.-

No obstante, no es esto lo discutido en el caso, o no lo es estrictamente. A diferencia de lo que ocurre con el régimen general de reincidencia, que no requiere conexión alguna entre el delito ya condenado y el que luego se comete, el tipo penal que aquí analizamos busca conjurar la configuración de situaciones en las que un individuo asuma la capacidad de someter la voluntad de sus semejantes, simples particulares o agentes del orden, o de dañarlos físicamente, determinada por tener un arma ilegítimamente. Dicha situación no está determinada por el mero hecho de llevar encima un arma, sino por la capacidad efectiva de someter o dañar, que cabe inferir de las aptitudes exhibidas en el pasado, esto es, en el criterio del legislador, de los "antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas", supuesto radicalmente distinto de la reincidencia genérica, pues más que dirigido a someter la voluntad de quien muestra ser renuente al cumplimiento de la ley, constituye una base razonable para presumir eficacia en el empleo del arma. El legislador ve aquel pasado como revelador de la falta de inhibiciones al igual que de la habilidad ofensiva de quien porta el arma. Visto con esta perspectiva, acudir a lo que hizo el autor en el pasado para establecer estas circunstancias no supone más que una manera de recoger, con la inexorable generalidad con que ello puede ser hecho a nivel legislativo, elementos de juicio para apreciar el peligro abstracto que encierra una conducta como la juzgada en el sub lite, a saber, la portación de un arma de fuego por parte de quien ya ha cometido robo en lugar poblado y en banda, dos robos con uso de armas en grado de tentativa, así como un robo agravado por el uso de armas (ver punto III de la sentencia de fs. 390/410). Quien

decide llevar el arma queda advertido por el legislador de que, según cuál haya sido su comportamiento en el pasado, se considerará de modo diverso su capacidad de someter la voluntad de sus semejantes, determinada por el uso del arma, en función de lo cual le tocará decidir si trasgrede en el presente. Si bien es posible conjeturar situaciones puntuales en las cuales el dato escogido por el legislador no sea revelador, esto es, supuestos en los cuales la fórmula del legislador fracase como método para establecer las características del hecho, nuestro mecanismo de control constitucional permitiría corregir estos desvíos de la norma suprema, sin que sea necesario apartarnos de la ley en aquellos casos en que no se presenta una falencia de la especie considerada.-

Esta decisión legislativa debe ser acompañada de una cuidadosa delimitación que separe el tipo diseñado de la hipótesis de que el autor cometerá probable o inexorablemente futuros delitos. En tal caso, resultarían de aplicación las consideraciones vertidas por la CIDDDH in re "Fermín Ramírez c. Guatemala" — sentencia del 20 de junio de 2005— en cuanto sostuvo que la incorporación de la peligrosidad como descripción de la conducta típica es contraria al "principio de legalidad" que dispone la punición de hechos o conductas ilícitos culpablemente realizados, pero no autoriza la sanción a partir de una combinación de la certeza sobre los hechos pasados y la especulación sobre conductas futuras" (considerando 38, el subrayado no está en el original). Ahora bien, toda vez que la CIDDDH dirigió su crítica de modo principal a las figuras de peligro, y sólo de modo accesorio a la utilización de los datos de la historia del autor para determinar la magnitud de dicha peligrosidad, no cabe ante los agravios traídos a esta instancia, que no apuntan a la figura básica de portación de armas, un examen pleno de su relación con las garantías constitucionales. Ello es especialmente así en cuanto a la proporción de la pena respecto de las previstas para otras conductas, a cuyo respecto la presente podría constituir una anticipación o acto preparatorio. El tema no ha quedado abierto al análisis por lo que diré más adelante (1).-

4.6. Al respecto, en un párrafo cuyo contenido no suscribo totalmente, aunque sí en lo que aquí interesa, dice Rudolphi: "En este sentido se debe atender, en primer lugar, a la teoría dominante de la medición de la pena. Según ella es lícito considerar como agravante de la pena a la culpabilidad que el autor se ha cargado sobre sí en el pasado, en tanto ella ha dejado su impronta sólo en su hecho ilícito concreto, es decir en tanto también se refiere a él en forma indirecta. Allí no hay —algo que sobre todo ha sido señalado por Bockelmann y Schmidhäuser— un reconocimiento de un auténtico Derecho penal de autor, pues en estos casos el objeto de la medición de la pena no lo constituye cualquier característica del autor adquirida culpablemente que exceda el hecho concreto, sino la conducción culpable de la vida, el haberse convertido culpablemente en lo que es, únicamente en tanto ello se muestra en el hecho ilícito concreto a juzgar, es decir, en tanto ello ha teñido al hecho ilícito. La razón que funda esa ampliación del concepto de culpabilidad por el hecho mediante la inclusión de la culpabilidad existente en el pasado se halla en la comprensión de que ningún hecho punible y ninguna culpabilidad por el hecho puede ser explicada únicamente a partir del instante del hecho, sino sólo

teniendo en cuenta, simultáneamente, tanto a la personalidad total del autor como también a sus otros comportamientos” (cf. Rudolphi, Hans-Joachim, Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, Ed. Otto Schwarz&Co., Göttingen, 1969, p. 268).-

Este pensamiento es aplicable a la reincidencia genérica, puesto que se trata de una circunstancia, de un dato de la vida del autor, que es relevante para la graduación de su responsabilidad por el hecho individual que se le reprocha. De todos modos, como fuera explicado en el punto anterior, no es necesario llegar tan lejos en el tipo penal cuestionado por la defensa, pues, el legislador no ha tomado como agravante cualquier antecedente penal del autor, sino tan sólo aquellos registrados por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, esto es, aquellos que guardan una vinculación con el hecho (sobre esto volveré en el punto siguiente).-

Resulta ilustrativo, también para apreciar el estado de la doctrina, recordar aquí un ejemplo de Reinhard Frank que este autor utilizó, a favor de la teoría normativa de la culpabilidad, para predicar que era correcto considerar que hechos externamente idénticos podían, sin embargo, presentar una mayor o menor culpabilidad y un mayor o menor merecimiento de pena, en función de circunstancias concomitantes al hecho relacionadas con la historia del autor. Se trata de dos individuos, uno cajero de un comercio y otro portador de valores que “realizan, cada uno por su lado, una defraudación. Este último posee un buen pasar y no tiene familia, pero sí amoríos suntuosos. El primero, en cambio, se gana apenas la vida, tiene una mujer enferma y numerosos hijos pequeños [...] En este caso todos dirán que el cajero tiene una culpabilidad menor que el portador de valores, puesto que ella es morigerada por las circunstancias desfavorables en las cuales se encontraba; mientras que la culpabilidad del segundo (portador de valores), por el contrario, es agravada gracias a su buena situación financiera y sus inclinaciones lujosas” (cf. Sobre la estructura del concepto de culpabilidad, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2002, p. 28, sin resaltar en el original).-

4.7. Asimismo, se debe señalar que una interpretación de la garantía, como la que postula el recurrente, vedaría cualquier tipo de prevención especial, lo que no se compadece con nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, el ordenamiento jurídico argentino reconoce claramente como uno de los fines de la pena a la prevención especial. Por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5, ap. 6, dispone que “[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados; la ley nº 24.660 —de ejecución de la pena privativa de la libertad— en su art. 1 dispone que “la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad. Como es sabido, según esta teoría preventivo-especial, “la misión de la pena consiste en hacer desistir al autor de futuros delitos” (cf. Roxin, cit., p. 85), esto

es, precisamente, evitar que insista en reincidir; y la medida de la pena sería la necesaria para lograr ese cometido.-

Estos textos justifican que el legislador pondere la condición de reincidente al momento de resolver qué probabilidad existe de que el autor cometa nuevos delitos con el fin de determinar la pena necesaria para hacerlo desistir de ello.-

Cuestión distinta es la relativa a que la prevención especial sea el único criterio para graduar la pena. Por ello, nuestro orden jurídico, a fin de evitar las consecuencias no deseadas a las que llevaría una aplicación pura de esta teoría (por ej., aplicación de una pena privativa de libertad de duración indeterminada o de muchos años por un delito de poca importancia si ello es necesario para re-socializar al autor), recoge otras teorías de la pena que aseguran que exista una relación de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la severidad de la pena.-

4.8. Por último, la defensa tacha de inconstitucional a la figura agravada prevista en el art. 189 bis, 2, último párrafo, CP, por lesiva del principio de culpabilidad en lo relativo a la desproporción entre la pena prevista y la magnitud de la lesión.-

Para apoyar sus dichos, la defensa realiza una comparación entre la pena de prisión de 4 a 10 años, prevista para la figura agravada, y las estipuladas para otros delitos contra la vida o la integridad física de las personas, tales como los arts. 89, 90 y 91 del Código Penal (lesiones leves, graves y gravísimas) (fs. 679 vta. y siguiente). Asimismo, señala que "...como derivado del principio de culpabilidad, la pena nunca puede superar la gravedad del injusto y la culpabilidad del autor, por lo que no resulta constitucional invocar criterios de prevención general o especial para la imposición de penas desproporcionadas pues, en tal caso, el autor estaría siendo usado como una especie de instrumento, vulnerándose incluso el principio de dignidad humana" (fs. 679 vuelta).-

Como se puede observar, el argumento expuesto aquí por la defensa para cuestionar la constitucionalidad de la figura agravada está estrechamente relacionado con el tratado en los puntos anteriores. Es que considerar ilegítima la circunstancia agravante, la conduce a cuestionar el incremento de la escala penal prevista por el legislador para esa figura agravada.-

Sin embargo, ante todo, debo aclarar que no cabe referirse aquí a la escala penal prevista por el legislador en general y en abstracto, esto es pena privativa de libertad de 4 a 10 años, sino a la sanción efectivamente aplicada por la Cámara en el caso concreto, esto es, 4 años de prisión, el mínimo previsto por la figura agravada (cf. punto III de la parte resolutive de la sentencia de Cámara, fs. 667), pues es esta la medida del interés jurídico de la apelante. La argumentación de la defensa no muestra que la imposición de una pena de 4 años de prisión sea irracional, lesiva de la dignidad humana, desproporcionada o cruel, aplicada a quien porta sin autorización legal un arma de uso civil y

posee antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas —concretamente—.-

Al respecto, considero oportuno recordar lo señalado por el juez Vázquez en su voto en cuanto a que el legislador ofrece razones suficientes para adoptar una política-criminal tendente a disminuir la utilización de armas de fuego en hechos delictivos regulando con mayor rigor su tenencia y portación ilegal (fs. 645). Entiendo que mis observaciones del punto 5 están en línea con estos conceptos.-

También la CSJN en un caso similar ha dicho que “los motivos que llevaron al legislador a introducir la agravante [...] no parecen arbitrarios sino el fruto del uso de la discreción legislativa respecto de cuyo ejercicio esta Corte carece de control. Por lo demás, la pena más grave prevista para esos supuestos no es cruel, no impone una mortificación mayor que la que la privación de libertad de por sí porta ni su intensidad es repugnante a la dignidad humana pues no expresa ninguna desmesura extrema entre las privaciones que implica y el disvalor del delito para el que está prevista” (Fallos: 314:424, “Pupelis”, consid. 8º, 2º párrafo). Y en el mismo caso: “...este Tribunal no ha rechazado la posibilidad de introducir una cuestión constitucional cuando se imputa a la ley crueldad o desproporcionalidad respecto de la ofensa atribuida, lo que equivale a cuestionar su razonabilidad...; sin embargo, el juicio sobre tal razonabilidad no puede fundarse exclusivamente en la comparación de las penas conminadas para los distintos delitos definidos en el catálogo penal, pues el intérprete sólo puede obtener, como resultado de tal comparación, la convicción de que existe un tratamiento distinto de los bienes; pero de ningún modo decidir cuál de las dos normas de igual jerarquía legal comparadas es la que no respeta la proporcionalidad, ya que tan imperfecto método de interpretación lo llevará al dilema insoluble de saber si la una es desproporcional por exceso o si la otra lo es por defecto” (Fallos: 314:424, consid. 7º, sin resaltar en el original).-

Por los motivos expresados precedentemente, debe rechazarse el planteo de inconstitucionalidad de la agravante contenida en el art. 189 bis, 2, último párrafo, Código Penal.-

5. Inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal

Finalmente, el recurrente tacha de inconstitucional, con base en los artículos 19 de la CN y 13.9 de la CCBA, el art. 50 CP (declaración de reincidencia), debido a que combinado con el art. 14 CP le impedirían acceder al beneficio de la libertad condicional (fs. 864 y siguientes). También argumenta, aunque sin mayor desarrollo, que la declaración de reincidente “etiqueta al imputado” (fs. 864 vta.) y que ello bastaría para configurar un agravio constitucional. Subsidiariamente, sostiene que no debe declararse reincidente a Lemes debido a que no había cumplido dos tercios de la condena al momento de cometer el segundo hecho que le es imputado. A pesar del enjundioso desarrollo del agravio, la Defensa Oficial de Lemes no logra demostrar la existencia de un agravio actual; por el contrario, reconoce que al momento de la presentación

del agravio, Lemes no habría cumplido el lapso de pena exigido por el art. 13 CP para acceder a la libertad condicional. Por lo demás, aún cuando lo hubiese cumplido el recurrente no viene ante este Tribunal apelando una resolución contraria a una solicitud de libertad condicional. Por el contrario, se limita a plantear un agravio potencial. Así lo explica el juez Maier en su voto in re "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 8— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Prescava, David Daniel s/ art. 189 bis CP'", expte. n° 3562/04, sentencia del 25 de febrero de 2005. El recurrente deberá plantear el agravio al juez al que corresponda, en el momento en que solicite (si es que lo hace) la libertad condicional. Ese magistrado será a quien corresponda decidir si deben ser aplicadas en autos las normas citadas por el recurrente, si se dan los supuestos de dicha aplicación y si alguno o algunos de ellos deben ser tomados de la sentencia actualmente recurrida. Esa eventual sentencia podría habilitar la instancia recursiva ante este TSJ, incluyendo la de aquellos aspectos que hubieran devenido así definitivos (cf. expte. n° 2591/03 "Altieri e Hijos S.A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" y expte. n° 2595/03 "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Altieri e Hijos S.A. c/ Dirección General de Rentas (Res. 1672-SHyF-2000) s/ recurso de apelación judicial c/ decisiones de DGR (art. 114, Código Fiscal)'" , sentencia del 29 de septiembre de 2004). Si el Tribunal se expidiese ahora, se antepondría a la decisión de los jueces de mérito, cosa que le está vedado.-

Cabe agregar, en relación al precepto de la Constitución de la Ciudad citado, que el Código Penal es una ley nacional y como tal tiene jerarquía superior a las constituciones locales.-

6. Por todo lo expuesto, voto por rechazar la queja, declarar parcialmente admisible el recurso de inconstitucionalidad en lo referido a la impugnación del art. 189 bis, 2, último párrafo, del Código Penal, y confirmar la sentencia recurrida en este punto.-

La jueza Ana María Conde dijo:

Coincido con la solución propuesta por el doctor Luis Francisco Lozano y comparto el sentido de su fundado voto.-

1. Como lo sostiene mi distinguido colega y juez de trámite, los recursos interpuestos son formalmente admisibles. Sintéticamente, los cuestionamientos que el recurrente propone son los siguientes: a) la nulidad del procedimiento de detención del imputado, pues no se habrían verificado los "indicios vehementes de culpabilidad" que justificaran el accionar policial que dio origen a esta causa; b) la ilegal apertura del recurso del fiscal contra una sentencia condenatoria de primera instancia, esencialmente, por conculcar los principios de imparcialidad, legalidad, acusatorio y el derecho al recurso; c) la tacha de inconstitucionalidad de la agravante del art. 189 bis (2), octavo párrafo del CP utilizada por el a quo, en tanto vulneraría, en opinión del recurrente, el principio de culpabilidad —por resultar desproporcionada y ser una manifestación de derecho penal de autor—

y el non bis in idem; d) la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia (art. 50 CP) por similares razones a las apuntadas en el acápite anterior o, de modo subsidiario, su inaplicabilidad al caso concreto.-

A los efectos de fundar mi decisión, y al margen de lo ya apuntado por el juez preopinante, creo que son necesarias ciertas consideraciones adicionales:

a) La supuesta nulidad de la detención —y con ella de todo lo actuado— no puede ser admitida no sólo porque no presenta un caso constitucional, sino, y sencillamente, porque no logro comprender qué más necesitaba el recurrente para justificar la razonabilidad del accionar policial. Aún cuando se trata de una típica cuestión de hecho y prueba vinculada con la interpretación del contexto fáctico del caso efectuada por los tribunales de mérito (voto del juez Maier en “Ministerio Público —Defensoría Contravencional y de Faltas nº 2— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en autos ‘Ruiz, Pablo Roberto o Ruiz, Félix Gastón s/ inf. art. 189 CPN’”, expedientes nº 3070 y 3071, sentencia del 2/07/04), corresponde señalar que el procedimiento se originó a partir del aviso inmediato que un particular formuló a la prevención acerca de la comisión de un robo con armas en un comercio. Con una premura inobjetable, los funcionarios policiales recorrieron sus alrededores a efectos de hallar los rastros del delito. De este modo, observaron a dos personas que, al advertir la presencia policial, asumieron una actitud sospechosa y evasiva, y en virtud de que una de ellas tenía características similares a las descritas por la víctima de la agresión —vgr. adolescente, morocho, cabello corto y campera oscura— se impartió la voz de alto, la cual no fue acatada y motivó la fuga del imputado, quien durante su ineficaz escape: 1) extrajo de sus ropajes un arma de fuego; 2) le apuntó a uno de los preventores; 3) la arrojó al suelo en presencia de menores de edad; y 4) continuó su huída hasta ser interceptado —a siete (7) cuadras del lugar—.-

El recurrente intentó generar dudas a partir del señalamiento de algunas sutiles diferencias entre el probable asaltante y el acompañante del encartado, para concluir, de esta manera, que la detención habría sido arbitraria frente a la inexistencia de “indicios vehementes de culpabilidad” (art. 284.3 CPPN), dado que ninguna vinculación habrían tenido con el robo en cuestión —circunstancia verificada ulteriormente—. Pese al gran esfuerzo argumental, no cumple con su objetivo. Ello así, pues no cabe ninguna duda que frente al cuadro reseñado la prevención se encontraba ampliamente facultada para interceptar e interrogar, brevemente, a toda persona que se encontrara en las proximidades del lugar y que exhibiera alguna semejanza con las referencias aportadas por la presunta víctima, o a quien pudiera aportar algún dato de interés sobre el hecho delictivo; y más aún si se tiene en cuenta el efímero tiempo transcurrido y la situación de amenaza producida por la presencia de un sujeto armado e involucrado en un delito de características violentas. Asimismo, pareciera necesario señalar que el personal policial no salió del comercio con un retrato del asaltante y, por ende, las distinciones que apunta el defensor oficial, luego del debate y con un mayor conocimiento del hecho —vgr. el acompañante tendría diez centímetros más de altura y sería unos años mayor que el autor del asalto—, no resultan suficientes para desautorizar aquella primera sospecha

razonable que diera legitimidad al procedimiento inicial (Fallos 321:2947; 325:2485; 325:3322; 326:41) y, con él, a la posterior detención del imputado.-

Las razones sostenidas y reafirmadas en todas las instancias locales me bastan para rechazar este pretendido agravio constitucional (insistido en queja), pues, en definitiva, sólo se percibe la oposición forzada, personal y abstracta de quien recurre.-

b) El agravio vinculado con el acogimiento (ilegal) del recurso acusatorio contra la sentencia condenatoria de primera instancia, no correrá mejor suerte. En términos generales, la alzada fundamentó su decisión y remarcó que, en su constante jurisprudencia, siempre había considerado como razonable y posible a la limitación recursiva prevista en el art. 61.1 LPP, en virtud de la cual el fiscal sólo podía apelar la "sentencia absolutoria" y exclusivamente en el supuesto de "inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva" (error in iudicando). Ello así, por cuanto el legislador local habría optado por terminar —al menos en parte— con el sistema de concesión bilateral del recurso de apelación que, sin ir más lejos, rige hoy en el ámbito contravencional y sin restricciones. Pese a ello concibieron que en un caso excepcional y particular como el presente, en el cual un magistrado de primera instancia había declarado la inconstitucionalidad de un precepto del código penal nacional —el art. 189 bis, apartado segundo, párrafo octavo—, debía implementarse alguna "vía alternativa" que permitiera que aquella "cuestión federal" fuera revisada y fenecida en la jurisdicción local, con carácter previo a habilitarse la intervención de la CSJN. En consecuencia, decidieron aprovechar el "recurso de inconstitucionalidad" previsto en el art. 474 CPPN, cuya aplicación juzgaron supletoria, por cuanto aquel configuraba "una herramienta específica para el ejercicio del control de constitucionalidad de las normas de fondo comprometidas en un proceso penal" (voto del juez Vázquez; fs. 561/vuelta).-

Naturalmente, este es el principal agravio que trae el recurrente contra la decisión cuestionada pues si no se hubiera declarado admisible la impugnación del fiscal, la Cámara no hubiera estado facultada para pronunciarse acerca del apartado invalidado por el juez de primera instancia. No fue casual, entonces, que el recurso de inconstitucionalidad (art. 27, ley nº 402) se concediera por tal motivo. Sin embargo, y adentrándome en el análisis del recurso intentado por el defensor oficial, no advierto ningún caso constitucional. Ello, por varias razones:

- Por un lado, tal como lo señala el señor juez de trámite, el recurrente no se hace cargo del argumento medular por el cual la alzada decidió admitir la vía recursiva, es decir, la existencia de una cuestión constitucional compleja directa susceptible de provocar la intervención de la CSJN (art. 14.1, ley nº 48). Ello así por cuanto no surge en su presentación ni una mínima consideración sobre las particularidades que exhibe esta causa, que involucra un conflicto entre una ley nacional y la CN y, básicamente, soslaya que concurra esa cuestión federal y que, de cara a ella, ninguna ley procesal podría cercenar válidamente el acceso del fiscal a dicha instancia (art. 116 y 117 CN), cuanto menos, sin lesionar otros principios constitucionales.-

- En efecto, si se aplicara de manera irrestricta la limitación recursiva que reclama el defensor (art. 61.1 LPP) en un caso de excepción como el presente, no habría modo de agotar "la instancia intermedia" ni de obtener la sentencia definitiva del "tribunal superior de la causa" que requiere la vía extraordinaria; y vale decir que una decisión de extrema gravedad institucional —como lo es, sin dudas, la declaración de inconstitucionalidad de un apartado del código penal— adquiriría firmeza no ya por la aquiescencia del fiscal, sino por ser formalmente incuestionable a nivel local. Por ello, en el entendimiento de que el legislador no podría —al establecer sus normas procesales o al estructurar su administración de justicia— impedir la vigencia del principio de supremacía constitucional (art. 31 CN), debía delimitarse cuál era el camino adecuado para el agotamiento de los recursos locales y, en tal caso, de qué recursos se trataba. La solución dada a esta causa, aunque no era la única, aparecía como una de las posibles.-

- En tal sentido, no se me escapa que la jurisprudencia que la alzada citó en su argumentación (Fallos 308:490; 311:2478; 312:483; 315:761; 324:2177) no conducía, necesariamente, a la solución que explicó en su decisión. Ello así por cuanto, la CSJN no exige el agotamiento de "todas las instancias locales", sino la del "órgano judicial superior de provincia", por lo cual, la cuestión federal no podía ser excluida del conocimiento de este Tribunal, empero, en rigor, nada indicaba que la Cámara debía pronunciarse previamente. No obstante, el a quo entendió, con elevado criterio jurídico, que la presentación recursiva vinculada con motivos constitucionales era plausible sin forzar la letra de la ley, mediante la aplicación supletoria de una "herramienta específica" no excluida en el orden local, que permitiría un mayor debate de la cuestión (en cantidad de instancias y en solvencia de argumentos).-

- No parece posible que el legislador haya querido asumir, con su criterio restrictivo de la legitimación del fiscal, el riesgo resultante de sujetar el ejercicio del control de constitucionalidad y razonabilidad de las normas a la voluntad discrecional del encartado; y tampoco pudo atribuirse las consecuencias de una situación paradójica como ésta, en la cual un juez de primera instancia pudo convertirse en la máxima autoridad judicial en esta materia o en la única si se advierte que la cuestión fue introducida de oficio por el propio magistrado, sin sustanciación previa y sin posibilidad alguna de un recurso acusatorio, ya que de acuerdo a la norma local, este último, no era procedente contra la "sentencia condenatoria" (art. 61.1 LPP; a contrario sensu). Ciertamente —cuanto menos— hubiese sido incomprensible que el condenado se opusiera a la exclusión legal que generosamente lo beneficiaba (con la aplicación de la figura residual).-

- La sola idea de que una norma de derecho común pueda ser inaplicada por considerársela inconstitucional, sin que un órgano del mismo Estado pueda provocar una mínima revisión de aquella decisión se opone a algunos principios constitucionales básicos, y entre ellos, la división de poderes, la igualdad en la aplicación de la ley y la supremacía constitucional (arts. 1, 16 y 31 CN); y como poco demandaba el otorgamiento de esta vía alternativa de impugnación. Por cierto, nuestro escenario fue mucho más complejo, pues la inconstitucionalidad fue oficiosa e inesperada, y lo que se pretendía no era ya su revisión, sino su inexcusable y primera discusión. Parece claro que en un tema tan relevante no era posible desconocer la misión constitucional y legal del acusador en orden a:

“promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de acuerdo con los intereses generales”; “velar por la normal prestación del servicio de justicia”; y “procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social” (art. 125, incisos 1 y 2 de la CCABA y 1º, ley nº 21). Esto, si bien no importaba reconocerle un “derecho al recurso”, (sí) obligaba a respetar su “rol institucional” en defensa de la interpretación uniforme de la ley y de la Constitución. En estos términos, su participación y legitimación era necesaria para encarnar aquel “interés general”.-

- Resulta imposible creer que el legislador haya manifestado su voluntad expresa de prescindir de la opinión del fiscal en un supuesto como el de autos o que le haya negado —también expresamente— la posibilidad de impugnar una sentencia condenatoria, cuando ella importara una “cuestión federal suficiente”. Ello así, pues, si se intentara examinar su “supuesta intención” debiera tenerse en cuenta que reiteradamente le atribuyó la función de “intervenir en todos los asuntos en los que se hallaren involucrados el interés de la sociedad y el orden público” (art. 16.1, ley nº 21); y lo que es más significativo aún, la obligación de “intervenir en los procesos en [los] que se cuestione la validez constitucional de normas jurídicas de cualquier jerarquía”, por cuya “observancia” debe velar (art. 17, inc. 1, 5 y 6, ley nº 1903; dictada con posterioridad a la LPP y de momento suspendida por la ley nº 1978). Entonces, no sería razonable ni coherente que, por un lado, haya restringido (sin excepciones) su legitimación a los supuestos de “sentencia absolutoria” y, por el otro, le haya conferido semejantes funciones de difícil o imposible cumplimiento —cuando, en principio, debe descartarse su imprevisión o inconsecuencia (Fallos 312:1614; 316:1115; 321:2453)—.-

- En autos, el juez de grado dictó una decisión extrema sin ningún control de las partes y, frente a ello, el acusador pretendió sortear la valla impuesta por la norma local —sobre la base de su no exigibilidad— con el único propósito de exteriorizar, por primera vez, su opinión sobre esa cuestión. A su turno, el a quo concedió el recurso en los términos y con el alcance del art. 474 CPPN. Frente a esa resolución, el defensor alzó sus críticas desde múltiples perspectivas que, para una mejor comprensión, conviene analizar separadamente:

i) Sostiene que la aplicación supletoria del art. 474 CPPN no era posible porque “la normativa local es completa en relación a la vía recursiva (...) [e]l art. 61, a lo largo de sus tres incisos, es preciso y detallado al regular los recursos en materia de delitos juzgados en sede local (...) [y] no hay nada que suplir, so riesgo de sustituir al legislador” (fs. 676). Contrariamente a lo expresado por el defensor, el confuso art. 61 de ningún modo puede ser visto como la regulación “completa” o suficiente de los “recursos” que previó el legislador local, toda vez que difícilmente puede pensarse que él decidiera prohibir, por ejemplo, la queja o el recurso de revisión (art. 476 y 479 CPPN). Precisamente, para hacer uso de tales remedios —cuya utilización nadie pretende eliminar— se recurre a esta aplicación subsidiaria que permite la propia norma (art. 55 LPP) “en todo lo que no se encuentre expresamente previsto en esta Ley y no contraríe las normas establecidas en la Constitución de la Ciudad”. Lo mismo ocurre en este caso y, por lo tanto, no se advierte ninguna afectación al principio de legalidad —aún si se admitiera que éste rige para las leyes procesales—.-

No es un descubrimiento afirmar que el “recurso de inconstitucionalidad” instrumentado en esta causa no estaba previsto en la norma porteña, al menos, con el alcance aquí otorgado, es decir, contra la sentencia de primera instancia y para ser resuelto en Cámara. Sin embargo, no hay nada en la ley que permita inferir que el legislador quisiera exceptuar, de manera expresa, su aplicación a un supuesto como el presente —con un resultado presumiblemente impensado, por insólito—. Entonces, su aprovechamiento no contraría la Constitución local, desde que, esencialmente, tiende a reafirmar el “principio federal establecido en la Constitución Nacional” (art. 1º CCABA) que debiera amparar cualquier Poder Judicial local, que se asume a sí mismo como tal.-

Ahora bien, viene al caso precisar que, aún cuando la norma local prevé otro “recurso de inconstitucionalidad” (art. 27, ley nº 402 y 61.3 LPP) ante esta instancia —homónimo al anterior—, su aplicación simultánea no infringe ningún precepto constitucional y contribuye al fortalecimiento de una administración de justicia eficaz. Ello así, por cuanto si se sostuviera una postura contraria —esto es, si se negara la utilización del art. 474 CPPN— y se dijera, por ejemplo, que el fiscal debía recurrir la sentencia de primera instancia directamente ante este estrado —cuestionando su falta de legitimación activa en virtud de la naturaleza constitucional de sus planteos—, se consentiría, en la práctica, una duplicación de decisiones, pues la alzada atendería el recurso de apelación deducido por la defensa del imputado y, mientras, este Tribunal lo haría respecto del recurso de inconstitucionalidad de la fiscalía. Ello equivale a sostener que no sólo cabría la posibilidad de pronunciamientos contradictorios, sino que, además, el requisito de “sentencia definitiva del tribunal superior de la causa” estaría supeditado a la posición que ocupa el recurrente en el proceso penal local —algo que resulta, a mi juicio, inadmisibles e irrazonables—. Reconozco, por ende, que para evitar ese tipo de inconvenientes fue acertado el razonamiento del a quo, pues respondía a su “sana intención de componer el derecho positivo vigente con la doctrina de la CSJN” (del voto del juez Vázquez; fs. 562/vuelta) interpretada, esta última, de un modo que está lejos de lesionar alguna garantía constitucional.-

ii) El defensor impugna la apertura del recurso fiscal por ser violatoria del derecho al recurso o garantía de la doble instancia (art. 13.3 CCABA). Parece claro que, en virtud de la materia (penal) objeto del proceso, resulta operativa la garantía que el recurrente considera lesionada (ello se desprende de mis votos en los exptes. nº 1509, resolución del 23/10/02; 3910, resolución del 5/08/05; 3892, resolución del 5/08/05; 3988, resolución del 3/10/05; 4302, resolución del 5/04/06; y 4451, resolución del 6/06/06). Sin embargo, como lo sostiene el juez de trámite, su sola invocación no funciona como suficiente demostración de la presunta lesión, ni explica por qué el derecho al recurso del condenado importa un obstáculo para el otorgamiento del “recurso de inconstitucionalidad” (art. 474 CPPN) al fiscal (Fallos 320:2145) que reconoce sustento legal en el art. 55 LPP y cuyo fundamento reside en la existencia de la cuestión federal. Por lo demás, no logro comprender de qué manera se afectan esos derechos con tal decisión, en tanto el acusador propuso un debate jurídico y de orden constitucional, que, inclusive, es plenamente impugnables y revisables

en esta instancia —a punto tal que lo ha traído a consideración del Tribunal y será revisado en el acápite c) de este voto—.-

iii) El recurrente plantea la afectación del principio acusatorio de manera enlazada con el de imparcialidad, toda vez que, el tribunal a quo al “corregir” los alcances del planteo recursivo del fiscal habría perdido su neutralidad. Admite que, por tal motivo, intentó la recusación de todos los miembros de la Sala I del CyF —la que fue indiscutiblemente rechazada—. Ahora bien, tengo para mí que aquí sólo existe una cuestión relativa al nomen iuris del recurso articulado por el acusador y que la Cámara, en virtud de los principios constitucionales en juego, podía abstraerse de la denominación que aquel le atribuyó a esa presentación, pues, precisamente, lo significativo era atender a “la sustancia real del planteo, a su trascendencia y procedibilidad” (Fallos 320:2326; 325:1227).-

En este caso, no era posible que la alzada desconociera, desde ninguna óptica, la denuncia acerca de la existencia de una evidente cuestión de extrema gravedad institucional y constitucional —no caben dudas de que el fiscal orientó su recurso a este fin—. Basta con señalar, sin ánimo de polemizar en abstracto, que la introducción de la cuestión federal no requiere “fórmulas sacramentales” (Fallos 302:326; 304:148; 324:1884); que “el adecuado servicio de la justicia ... sólo se privilegia con el primado de la verdad jurídica objetiva” (Fallos 292:296); y que lo importante es su planteo oportuno para que los jueces puedan decidirla (Fallos 308:568). De ello se sigue que la Cámara se encontraba habilitada para admitir la impugnación del fiscal, en el ejercicio de su jurisdicción y en el marco de su competencia. El defensor, por su parte, no demuestra ninguna “sospecha de parcialidad” en dicha actuación y reitera, de una manera bastante particular, su discrepancia con la interpretación jurídica de las leyes procesales aplicadas que, aunque no lo satisfaga, aparece fundamentada de una manera suficiente.-

iv) Finalmente, la defensa sostiene que la aplicación que la Cámara hizo de aquel “recurso de inconstitucionalidad” fue incorrecta, pues él no funciona de la manera utilizada en autos, “ni aún en el orden nacional”. En su apoyo, afirma que él sólo procede “cuando la sentencia o resolución impugnada se pronuncia a favor de la validez constitucional de la norma o acto cuestionados y no en el caso contrario” (fs. 477/vta.); con cita de PALACIO (“Los recursos en el proceso penal”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 160). Son varias mis objeciones en este aspecto: 1) omite considerar que la alzada reconoció expresamente su preferencia por la “tesis amplia de legitimación activa” y que “existe cuestión de constitucionalidad dentro del proceso cuando se alega la validez o invalidez de una ley” (fs. 563); y esto significa que, si la ley es aplicada tiene agravio quien planteó la cuestión y si no se la aplica porque prevalece la norma constitucional —vgr., como en nuestro caso—, tiene agravio la contraria (ver: CLARÍA OLMEDO, “Tratado de derecho procesal penal”, t. V, Ediar, Buenos Aires, 1966, p. 533); 2) olvida indicar además, que en su propia cita bibliográfica y sólo unos párrafos más adelante se explica casualmente que al menos tres (de las cuatro) salas de la CNCP participan de la opinión del a quo, por lo cual, difícilmente puede sostenerse que en el “orden nacional” dicha “herramienta” opere de otro modo, pues pareciera que los propios encargados de utilizarla nos demuestran todo lo contrario (con suficiente sostén doctrinario y años de

jurisprudencia); 3) soslaya que aún si se admitiera su posición teórica y el recurso procediera, únicamente, en el caso en que se cuestionara la constitucionalidad de una norma, la alzada igualmente se encontraba facultada para declarar la invalidez de esta limitación recursiva (local) por vía de este remedio (nacional) y, de esa forma, podía hacer lugar a la impugnación del fiscal, en tanto, aquel había dedicado un importante segmento de su presentación dirigido a tal fin (fs. 531/542); 4) evita considerar, principalmente, que el órgano jurisdiccional idóneo para interpretar y aplicar las normas rituales —sean locales o nacionales— era el a quo y que, naturalmente, para que este Tribunal pudiera apartarse de lo allí resuelto, debía demostrarse un caso constitucional y no una mera discrepancia doctrinaria y/o académica.-

- Entonces, no se advierten obstáculos reales para que el recurso del art. 474 CPPN oficie, en supuestos como el de autos, como un “eslabón intermedio” entre las instancias ordinarias locales. Ello así, pues, por otra parte, no parece desdeñable que los miembros de la Cámara Contravencional y de Faltas, como máximo tribunal de mérito en la materia (art. 36, ley n° 7), tenga, al menos, esta oportunidad —legal— para pronunciarse sobre una “cuestión federal” vinculada, precisamente, con la inconstitucionalidad de una de las “competencias penales” cuyo juzgamiento le fue encomendado por el legislador nacional (ley n° 25.752) y local (ley n° 597 y art. 55 LPP).-

- Por último, es sumamente ilustrativo repasar las “otras” opciones para comprender que la escogida por la Cámara resulta, por mucho, la solución más razonable, ya que: 1) reencauzar el recurso a conocimiento de esta instancia —aún por encima de la técnica procesal utilizada, en virtud de las características excepcionales del caso, y teniéndolo por presentado en tiempo y forma “a fin de evitar situaciones que potencialmente frustren derechos constitucionales” (este Tribunal in re “Benegas, Miguel Maximiliano s/ recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 16/99, resolución del 18/03/99, Constitución y Justicia [Fallos del TSJ], t. I, p. 31)— para que se pronunciara como “instancia intermedia”, siguiendo, literalmente, la jurisprudencia de la CSJN, se apartaba del planteo y pretensión del acusador —al margen de los inconvenientes prácticos ya apuntados—; 2) desestimar su queja por falta de legitimación (art. 61.1 LPP) hubiese motivado su impugnación ante este estrado por la inconstitucionalidad de tal limitación —agravio que el fiscal utilizó oportunamente en sus articulaciones con el objetivo de que el a quo se expidiera a todo evento—; 3) declarar la inconstitucionalidad de dicha restricción para declarar admisible la queja debía evitarse por ser la última ratio del ordenamiento jurídico, siempre que, obvio es decirlo, ello fuera posible (Fallos 306:1597; 315:923; 322:2415).-

- En resumen, la Cámara no hizo más que armonizar y delimitar el orden normativo aplicable a un caso particular, sin excederse en sus facultades como tribunal de revisión, y no advierto réplicas serias de orden constitucional que me indiquen que el razonamiento del a quo no fuera el adecuado, pues considero, además, que los magistrados tienen la obligación de efectuar interpretaciones razonables y coherentes que privilegien el espíritu de la ley y los valores que se pretende tutelar con ella. Eso mismo fue lo ocurrido en autos.-

Por los motivos expuestos, el recurso de inconstitucionalidad ha sido mal concedido en este aspecto.-

c) El defensor propone, para el supuesto en que este Tribunal considere correctamente concedido el recurso acusatorio, el estudio acerca de la invalidez de la agravante contenida en el art. 189 bis, apartado segundo, párrafo octavo, CP, por cuanto eleva significativamente el monto de pena del que —en lo que hace al caso— portara un arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal (figura básica) y “registrare antecedentes penales por delitos dolosos contra las personas o con el uso de armas” —énfasis agregado—. Ello así, pues sostiene que tal circunstancia agravante afecta el principio de culpabilidad doblemente: i) porque la pena amenazada es desproporcionada con relación a otras conductas penalmente relevantes; ii) porque constituye una manifestación de derecho penal de autor, en tanto el castigo del imputado estaría dado “por lo que es y no por lo que hizo” (fs. 680). Además, afirma que su aplicación lesiona la prohibición del ne bis in idem y que, a su criterio, el delito anterior ya juzgado no puede tener influencia en el rigor de la pena a imponer por un nuevo delito.-

Ahora bien, el tribunal a quo resolvió —por mayoría— revocar la decisión del juez de primera instancia en cuanto había declarado la inconstitucionalidad de ese apartado (antes destacado). Básicamente, entendieron que no resultaba irracional que el legislador decidiera aumentar la pena prevista para quien porta un arma y cuenta con determinados “antecedentes penales”. Ello así, en tanto, en opinión de la Cámara, quien posee un mayor conocimiento de la prohibición merece un mayor reproche derivado, justamente, de que conoce esta amenaza mejor que aquel que nunca fue condenado por un delito de ese tipo y, por ende, posee un mayor grado de culpabilidad por el (nuevo) hecho que se le atribuye. Asimismo, destacaron que no se había demostrado la ilegitimidad constitucional del precepto en este “caso concreto”, para lo cual, no resultaban suficientes las alegaciones “genéricas” con las que se intentaba fundar su desproporcionalidad “en abstracto” (Fallos 314:424). Resaltaron, también, que el legislador nacional, al sancionar la ley nº 25.886 —que introdujo la agravante—, habría pretendido dar “respuesta adecuada a una problemática social” y habría ofrecido razones suficientes para fijar una política-criminal tendiente a “desarmar a la población” y así poder “disminuir la utilización de armas de fuego en hechos delictivos” (fs. 645), sobre la base de ciertos criterios de prevención general y especial —cuyo acierto o error, en rigor, escapaba del control judicial mientras no se evidenciara una ostensible incompatibilidad con la CN y los derechos fundamentales en ella garantizados— .-

Aún así sostuvieron que la agravante no representaba una manifestación de derecho penal de autor pues el recrudecimiento de la pena no se sustentaba en la personalidad del autor sino, antes bien, en el mayor reproche que le cabía a quien expresaba su “desprecio” luego de haber sufrido una condena en carne propia (fs. 645). Concluyeron que la respuesta penal sólo podría depender de la culpabilidad por el hecho cometido, empero aquella podría ser distinta “según la

menor o mayor culpabilidad del autor" (645/vta.) en función de esa "indiferencia" frente a la prohibición normativa. Finalmente, y con relación a la afectación del principio del *ne bis in idem*, precisaron que no se verificaba una "identidad de objeto" y por ende, el primer hecho ya penado no volvía a ser juzgado, siempre y cuando no se valorasen doblemente los "antecedentes penales" —al calificar jurídicamente el hecho y al graduar la pena—.-

En definitiva, consideraron que el mínimo legal de la figura agravada era proporcional a la culpabilidad del encartado y que, a la vez, éste se ajustaba a las circunstancias del "caso concreto", por lo cual la declaración de invalidez del juez de grado había sido, cuanto menos, irreflexiva y prematura.-

Comparto en lo sustancial, los desarrollos contenidos en los votos de los jueces que formaron la mayoría, Marcelo P. Vázquez y Elizabeth A. Marum (fs. 631/668). El recurso de inconstitucionalidad no logra desautorizar a tan sólidos fundamentos —a los que, sin dudas, me remito—. A mayor abundamiento, sólo agregaré lo siguiente:

- No es una tarea de los magistrados pronunciarse acerca de las razones de oportunidad, mérito o conveniencia —o sobre criterios de política-criminal— invocadas por el legislador al sancionar una determinada norma jurídica. Por el contrario, a ellos sólo les corresponde efectuar un test de razonabilidad para ponderar el grado de adecuación entre los medios previstos por la legislación y la finalidad perseguida por ella. Desde esa perspectiva, al menos a simple vista, no parece irrazonable que se establezcan ciertas distinciones en la entidad de la pena que le cabe a los delincuentes primarios y a los renuentes en esta clase de delitos —"dolosos contra las personas o con el uso de armas"—, pues ellas responden a una finalidad admisible en el esquema constitucional de valores y son aplicadas con igual criterio a todas las personas comprendidas en el ámbito de la prohibición general; esto es, se pondera válidamente la diferente situación objetiva y real del sujeto frente al delito, para adosarle consecuencias punitivas más gravosas a quienes manifiestan su "insensibilidad" por el orden jurídico.-

- De adverso, las leyes sólo resultan irrazonables cuando los medios que arbitran no se adecuan a la finalidad que se proponen, o cuando consagran una manifiesta iniquidad (Fallos 299:428). En este sentido, el propósito perseguido por el legislador en cuanto a "desarmar a la población", "reducir las situaciones irregulares al mínimo" y "saber cuántas y qué tipo de armas existen, además de conocer en manos de quiénes están", si bien puede resultar un tanto generoso, representa su (legítima) intención de resguardar la seguridad pública, la libertad e integridad física de la comunidad que representa. Desde este contexto, no se advierte que pueda merecer algún reparo constitucional que el legislador —en pleno ejercicio de sus facultades— haya considerado socialmente más dañoso el hecho de cometer un nuevo delito de determinadas características, luego del preaviso que importa una condena anterior, o que, por tal razón, lo castigue con mayor rigor fijándole una escala punitiva sensiblemente superior a la prevista individualmente para ese tipo de delitos. Ello así, pues, en virtud del reparto de competencias, al legislador le corresponde la difícil tarea de determinar cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante una amenaza penal, y en qué medida debe expresarse

dicha amenaza para garantizar una protección suficiente (Fallos 11:405; 191:245; 275:89; art. 75.12 CN); y mientras que no se demuestre su repugnancia e incompatibilidad manifiesta con una cláusula de la CN escapa del control que incumbe a los jueces.-

- Las leyes debidamente sancionadas y promulgadas de acuerdo con los mecanismos constitucionales (Segunda Parte, Título Primero, Sección Primera, Capítulo Quinto, CN) gozan de una "presunción de legitimidad" que obliga a ejercer el control de constitucionalidad con sobriedad y prudencia, únicamente cuando su repugnancia con la norma fundamental sea clara e indudable. En tal sentido, la reforma del art. 189 bis CP guarda congruencia con los fines para los que fue establecida y, fundamentalmente, refleja un interés justificado del legislador en darle al bien jurídico tutelado una protección más intensa (art. 28, CN). Podremos compartir (o no) las opciones de política-criminal que ha elegido válidamente el legislador —sobre la base de sus criterios de prevención general y especial—, pero, naturalmente, ello no nos autoriza a abolir, así y sin más, su producido (ley nº 25.886) que, por cierto y como no escapa del conocimiento de cualquier lector desprevenido, reconoció —y aún hoy reconoce— su génesis y motivación en el genuino reclamo de vastos sectores de la comunidad jurídica y social que, públicamente, manifestaron su consenso para dicha reforma.-

- Una declaración de inconstitucionalidad de una norma, con fundamento en la pretendida desproporcionalidad de la pena amenazada, parece necesario aclararlo, nunca puede fundamentarse exclusivamente en la adhesión personal de un magistrado a determinadas categorías dogmáticas jurídico-penales, pues el único parámetro válido para determinar su razonabilidad es la propia CN. En esa tarea, no alcanza con asumir una posición académica diferente y fundar, en virtud de ella, la invalidez del precepto. Tampoco resulta suficiente cuestionar la pena conminada, en abstracto, mediante su comparación con otra prevista para un delito, aparentemente, más grave, en tanto "al menos debió hacerse cargo de los argumentos que tuvo el legislador para esa equiparación, pues no basta la mera impugnación genérica de irrazonabilidad sino que resulta necesario vincularla con los fundamentos del dictado de la ley" (Fallos 310:495), toda vez que, de lo contrario, sólo se trataría de una distinta valoración de su interprete, tan subjetiva como estéril.-

Por lo expuesto, y haciendo expresa remisión a los sólidos fundamentos de la mayoría del tribunal a quo —que permanecen incólumes frente al recurso del defensor—, corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad en este punto y confirmar la sentencia impugnada.-

d) Por último, en relación con la tacha de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia (art. 50 CP), tal como lo afirma el juez de trámite en el punto 5 de su enjundioso voto, carece de actualidad. Asimismo, tampoco parece ser necesariamente cierto, ya que, por ejemplo, si el legislador decidiera suprimirlo, jamás llegaría a surtir efectos jurídicos en la vida del condenado. Si bien esto aparece, hoy, como algo poco probable —aún cuando existan proyectos en tal sentido—, no amerita un pronunciamiento anticipado por parte de este Tribunal; y entonces la queja no puede prosperar en orden a ese agravio constitucional.-

En consecuencia, voto por: 1) rechazar la queja intentada en orden a los puntos a) y d); 2) declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad en cuanto al punto b); 3) rechazar el recurso de inconstitucionalidad respecto del punto c), y confirmar la sentencia de la Cámara; 4) tener presente la reserva del caso federal.-

El juez José Osvaldo Casás dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el señor juez de trámite, doctor Luis Francisco Lozano, en su meditado voto, en los términos y alcance de los fundamentos expresados por la doctora Ana María Conde.-

Sólo me cabe remarcar dos consideraciones. En primer lugar, dadas las especiales circunstancias de la causa, entiendo que se muestra conducente la apelación del señor representante del Ministerio Público Fiscal en el momento procesal oportuno en que intervino (tal como se encargó de explicar en su hora el señor juez preopinante, doctor Marcelo Pablo Vázquez, en la sentencia de la Cámara de fecha 19/05/05). Ello así, en razón de estar en pugna la validez constitucional de una norma de derecho común de nuestra República, ante la declaración oficiosa de inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis, inc. 2º, in fine del Código Penal (texto según ley nº 25.886) decidida por el señor juez de grado, situación excepcional que puede razonablemente encuadrarse a partir de la aplicación supletoria del art. 474, CPPN.-

Por otra parte, corresponde destacar que en este juicio se ventila el reproche de un ilícito penal —delito— que determina la aplicación de las más amplias garantías del derecho represivo de esta índole —entre ellas, la exigencia de la doble instancia judicial recogida en el art. 13, inc. 3, de la CCABA y en los tratados sobre derechos humanos receptados en el art. 75, inc. 22, de la Carta Magna—. Sin embargo, el agravio que en este sentido se formula en el recurso de la defensa no puede prosperar, por las razones que brinda la doctora Ana María Conde en el punto 1 b] ii) de su fundado voto, que comparto en su totalidad.-

Así lo voto.-

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El juez de primera instancia en lo Contravencional y de Faltas nº 6 condena al Sr. Lemes por el delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal (art. 189 bis, 2, tercer párrafo, CP) y, en la misma sentencia, pese a considerar comprobados los elementos descritos en el supuesto del art. 189 bis, 2, in fine, CP, no aplica la agravante citada por supuesta inconstitucionalidad federal frente al principio de culpabilidad por el hecho, en su vertiente relativa a la proporcionalidad de la pena amenazada.-

2. Una vez pronunciada la sentencia de condena por el juez de primera instancia, recurren tanto el fiscal como la defensa, cada uno en interés propio: el fiscal porque reputa válida la agravante del art. 189 bis, 2, in fine, CP, afirmada como contraria a la Constitución nacional por el juez sentenciante para condenar sólo por la figura básica (art. 189 bis, 2, tercer párrafo, CP); la defensa del acusado, en busca de la absolución, pues, confesadamente, sostiene que la detención del Sr. Lemes se produce de manera ilegítima, y de ella habría derivado prueba acerca del entuerto por el cual su defendido es condenado. En subsidio, la defensa plantea la falta de acreditación de la conducta delictiva atribuida al Sr. Lemes, cuestiona el elevado monto de la pena impuesta, solicita la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia con relación a su declaración en el caso (art. 50, CP) y, por último, postula la inaplicabilidad de la reincidencia al caso concreto, puesto que su defendido no cumplió en detención los dos tercios de su condena anterior.-

3. Por su parte, la Sala I de la Cámara en lo Contravencional y de Faltas decide tramitar ambos recursos. El recurso del acusador lo admite por su queja, pues el juez de primera instancia había denegado la apelación ofrecida conforme a la redacción del art. 61, inc. 1, LPC. La Cámara reputa que se da el caso previsto en el art. 14, inc. 1, de la ley nacional nº 48 (inconstitucionalidad federal cuando la decisión apelada implica la invalidez de una ley del Congreso) y, en consecuencia, declara admisible la vía intentada por el fiscal, para lo cual aplica, supletoriamente, el art. 474, CPPN (cf. art. 55, LPC). La defensa, en cambio, rechaza esta interpretación y aboga, en este punto, por la inadmisibilidad del recurso acusatorio interpuesto. Por su parte, el recurso defensivo fue concedido directamente.-

En su decisión sobre los recursos admitidos, la Cámara, por una parte, desecha la ilegitimidad del procedimiento de detención conforme a la ley procesal, así como los demás agravios esgrimidos por la defensa y, por tanto, deja incólume la condena con relación al recurso defensivo; y, por la otra, le concede la razón al recurso acusatorio, advierte que la acción implica la agravante prevista en el art. 189 bis, 2, in fine, CP, y, consecuentemente, agrava la pena por el hecho que se juzga con relación a la sentencia de la instancia inferior.-

4. La defensa ahora recurre ante este Tribunal: a) por el rechazo de su fundamento relativo a la ilegitimidad de la detención; b) porque el recurso fiscal y su solución adolecen de dos ilegitimidades diferentes: 1) la facultad de recurrir del acusador no está concedida por la ley procesal penal aplicable e invocada por el acusador en su recurso (art. 61, inc. 1, LPC) y 2) la Cámara le da la razón al recurso acusatorio en el sentido de la constitucionalidad del art. 189 bis, 2, in fine, CP; y c) la sentencia de condena de la Cámara hace mérito de la reincidencia, institución contraria a un Derecho de culpabilidad por el hecho y, además, aplica esa institución al caso concreto, de modo contrario al sistema de reincidencia real del art. 50, CP. La Cámara, por su parte, sólo admite el recurso por los motivos aquí enunciados bajo la letra b) y deniega los restantes fundamentos por no contener ellos cuestión constitucional alguna. La defensa acude en queja por todo aquello no admitido como recurso de

inconstitucionalidad y, vale la pena anticiparlo, critica razonadamente la denegatoria del a quo. Sin embargo, dicha crítica no puede prosperar por los argumentos que expondré a continuación.-

5. Creo que la decisión denegatoria de la Cámara tiene sentido en el motivo descrito bajo la letra a). En el fondo, se trata de una cuestión de hecho y prueba y, en su caso, de Derecho procesal que no se refiere a punto constitucional alguno. La Cámara, más allá de la detención, ha decidido, indudablemente, valorar el secuestro del arma en poder del condenado —hecho no discutido—. Por lo tanto, resulta en principio correcta la sentencia impugnada por este hecho y la denegatoria del argumento contenido en el recurso de la defensa contra la resolución que confirmó la condena de primera instancia se mantiene incólume.-

6. Respecto de los agravios formulados por mí bajo la letra b), punto 4, la Cámara concedió el recurso de inconstitucionalidad y, a mi juicio, con razón, por dos motivos básicos: en primer lugar, el art. 61, inc. 1, LPC no le concede competencia recursiva a partir del recurso fiscal sino cuando se trata de una absolución y el caso, aquí, finalizó por una condena irrecurrible para el acusador; en segundo lugar, para conceder excepcionalmente el recurso, la Cámara adujo una razón relativa a la inconstitucionalidad federal, contra la validez de una ley del Congreso de la Nación, afirmada en la sentencia de primera instancia, descripción que explica sin mayor aditamento la existencia de un problema constitucional, en el sentido del art. 27 de la ley n° 402.-

Dentro de un panorama algo confuso estimo acertada la concesión del recurso de inconstitucionalidad, circunstancia que, según se observará, conduce, en principio, a la anulación de la sentencia de Cámara y a dejar incólume la sentencia de primera instancia.-

Es correcta la afirmación de que la ley procesal local instituye como tribunal de mérito de primera y última instancia para el acusador, en caso de condena, al juez contravencional que realiza el debate. Ello emerge claramente del texto del art. 61, inc. 1, LPC, que sólo concede recurso al acusador en caso de absolución. Para apartarse de esta regla, que efectivamente rechaza la competencia de apelación de la Cámara en este caso, ella invocó —sin correlato en el recurso— una razón de Derecho federal, constitucional: la competencia de la CSJN para decidir en casos en los cuales una ley del Congreso era afirmada como inválida por un juez local (art. 14, inc. 1, ley nacional n° 48), y alegó, también, cierta jurisprudencia de la CSJN sobre tribunales locales intermedios, en razón de lo cual consideró procedente el recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 474, CPPN (cf. art. 55, LPC). La Cámara, en realidad, no sólo era incompetente normativamente (en abstracto), sino que, además, como bien lo señala el voto de la Sra. jueza Alicia E. C. Ruíz (punto 8, segundo párrafo), ella decidió sin agravio —esto es, extralimitó su competencia concreta sobre el caso—, pues el fiscal en momento alguno de su presentación expone como tal el fundamento por el cual la Cámara le concedió el recurso: la

inconstitucionalidad de la regla que limita su recurso por una razón de Derecho federal.-

Empero, además, a pesar de que me reservo la opinión acerca de la interpretación de aquello que significa "tribunal superior" en el encabezamiento del art. 14 de la ley n° 48, resulta claro que si la argumentación de la Cámara fuera totalmente correcta, el acusador debería haber planteado su recurso extraordinario federal contra la sentencia recaída en única instancia o, conforme a la jurisprudencia de la CSJN que la misma Cámara cita ("Strada", Fallos 308:490 y "Di Mascio", Fallos 311:2478), ante este Tribunal, para el caso, intermedio, según las sentencias mencionadas —posiblemente requerir la inconstitucionalidad de la limitación recursiva para el caso—. El acusador recurrente, en cambio, prefirió plantear su recurso ante un tribunal incompetente para resolverlo e incompetente para decidir sobre el mérito en el caso constitucional que nos ocupa. Ello implica que perdió la oportunidad, sometida a plazo, de plantear el remedio que, al menos abstractamente, en opinión de la Cámara, debió ejercer frente a la sentencia que le era parcialmente desfavorable. Por lo demás, el argumento que sostiene la tesis del fiscal —razones de legalidad— es, sino idéntico, similar a aquel que en algunos Derechos comparados faculta a la fiscalía —y no sólo en materia penal— a recurrir "sólo en favor de la ley", esto es, a plantear un recurso que no cambiará la situación de su opositor, sino que, antes bien, sólo podrá tener la virtud de conseguir una interpretación distinta a la de la sentencia recurrida por imperio de la opinión de un tribunal superior. Este recurso "en favor de la misma ley" no es una facultad atribuida en nuestro sistema al ministerio público. De tal manera, el argumento base del recurso de apelación de la fiscalía, que provocó su concesión por la Cámara, es, en verdad, insuficiente e inconsistente. Todo ello con prescindencia de que la fiscalía aprovecha la coyuntura para requerir una pena superior, con lo cual —si se quiere hipócritamente— se ha abstraído de su invocación sólo en favor de la legalidad.-

Conforme a ambos argumentos expresados (la incompetencia de la Cámara en abstracto y en concreto), la concesión del recurso de inconstitucionalidad defensivo por la Cámara no sólo es procedente en sentido formal sino, también, en sentido material, aunque por razones diferentes a aquellas que la Cámara tuvo en cuenta para conceder el recurso y por razones semejantes a las invocadas por la defensa. Existe, en el caso, una cuestión constitucional en función de las siguientes reglas, expresadas sintéticamente: a) el llamado principio acusatorio (art. 13, inc. 3, CCBA), puesto que la medida de la competencia de la Cámara al decidir la admisibilidad del recurso acusatorio la fijaba el agravio de la fiscalía (art. 445, I, CPPN; cf. art. 55, LPC); b) existe una lesión a la formalización legal del procedimiento, en tanto quien impugna la sentencia de primera instancia no está facultado para recurrir (art. 432, CPPN; cf. art. 55, LPC); c) se verifica un desconocimiento de la llamada prohibición de la reformatio in pejus, debido a que, si la regla que antecede es correcta, la nueva sentencia se pronuncia, al menos parcialmente, en disfavor de quien tenía derecho a recurrir (art. 445, III, CPPN; cf. art. 55, LPC); si bien la pena

única es idéntica a la impuesta en primera instancia, no lo es la sanción por el hecho que se juzga (recuérdese que el recurso de apelación de la defensa siempre requirió una pena menor; la Cámara pudo arribar a esa pena de no haberse excedido al tratar el recurso fiscal); y d) se advierte, también, la posibilidad de conceder al fiscal una nueva posibilidad que conduzca a una sentencia más grave que la decidida en la única instancia prevista por la ley. En verdad, todos estos principios están vinculados a aquello que en la Constitución nacional implica el derecho de defensa (art. 18) y la estructura de un juicio público (art. 75, inc. 12).-

En consecuencia, las afirmaciones precedentes conducen a tener por firme la sentencia de primera instancia, en cuanto condena al acusado por un título delictivo específico, cualquiera que sea su acierto o desacierto, y más allá de aquello que explicaré en el punto siguiente de este voto.-

7. Puede observarse que la defensa, desde su recurso de apelación ante la Cámara, aboga por una nueva medición de la pena por el hecho y de la pena única, en busca de una pena más favorable. Sucintamente, vuelve sobre el particular en el recurso de inconstitucionalidad, al formular su pedido.-

Dado el tono del argumento empleado por la Cámara para resolver el recurso acusatorio —procedencia de la agravante— ella no trató como tribunal de mérito esta parte del recurso de apelación de la defensa, para cuya decisión era, efectivamente, competente. La sentencia de la Cámara lesiona, en consecuencia, el derecho de defensa del acusado al omitir referirse a agravios concretos expresados en el recurso planteado por el defensor oficial (arts. 18 y 75, inc. 22, CN; 13, inc. 3, CCBA; 8, inc. 1, CADH y 14, inc. 1, PIDCyP).-

El caso se detiene ahora en la sentencia de primera instancia, recurrida por este motivo por la defensa que, superado el inconveniente del recurso acusatorio, tiene derecho a que la Cámara, con otra integración (art. 173, CPPN; cf. art. 55, LPC), se ocupe de este motivo de apelación para promoverlo o rechazarlo. En este sentido, se debe devolver el caso a la Cámara parcialmente para que ella examine el agravio relativo a la medición de la pena, con la aclaración de que el título condenatorio de primera instancia ha quedado firme, según lo expuesto anteriormente.-

8. No vale la pena, entonces, conforme a la solución de este fallo, ocuparse de los motivos expuestos en los demás puntos que cuestionan la sentencia de la Cámara. Sin embargo, párrafo aparte merece el problema de la reincidencia con relación al principio de culpabilidad y con referencia a una eventual condenación condicional, agravio que, según la Cámara, no permite la apertura del recurso por inconstitucionalidad. No parece que este agravio pueda, en abstracto, desestimarse con relación a todo principio constitucional, pero, en el caso, como lo expresa mi colega, el Sr. juez Luis F. Lozano, en el punto 5 de su voto, carece de actualidad (cf. mi voto in re "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'”, expte. n° 3562/04, sentencia del 25/02/05), razón por la cual el recurso ha sido bien denegado a este respecto.-

9. Por lo tanto, voto por rechazar la queja interpuesta por la defensa, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad —en el sentido de anular la sentencia de la Cámara y dejar firme la sentencia de condena de primera instancia y su título condenatorio— y devolver el asunto a la Cámara para que, con otra integración, trate el agravio restante planteado en el recurso de apelación de la defensa, relativo a la medición de la pena.-

10. Frente al rechazo de la queja del recurrente expuesto en el punto anterior, considero pertinente aclarar que, según lo expuse en reiteradas ocasiones (ver, inter alia, resolución como juez de trámite en el expte. n° 1509/02: interpretación sistemática del art. 34, II, ley n° 402 y art. 3, inc. a, ley n° 327), no corresponde intimar al defensor oficial (órgano del ministerio público según la propia CCBA) para que acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja relativo a un recurso de inconstitucionalidad denegado. Vale aclarar que menos aún pesa ese deber sobre el recurrente, puesto que, en este caso, ha sido concedido un beneficio de litigar sin gastos en favor de su defendido (fs. 20/21, incidente de beneficio de litigar sin gastos). En consecuencia, resulta evidente que, sobre el punto, el defensor oficial tuvo razón al plantear su petición originaria.-

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La sentencia condenatoria dictada por el Sr. juez de primera instancia (fs. 390/410) fue apelada tanto por el condenado (fs. 424 in forma pauperis, fs. 437/447 vta. fundamentos) como por la fiscalía (fs. 413/421 vuelta).-

El día 9 de marzo de 2005, el Sr. juez de primera instancia resolvió hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el Sr. Lemes y denegar el interpuesto por la fiscalía.-

Para fundar la denegatoria, el Sr. juez señaló que el art. 61 de la ley n° 12 sólo permite la apelación del Ministerio Público Fiscal frente a sentencias absolutorias en las que se haya producido una errónea aplicación de la ley sustantiva. En el presente caso, agrega, la declaración de inconstitucionalidad de la agravante prevista en el 189 bis (2), octavo párrafo del CP (texto según ley n° 25.886) de la que se agravia el fiscal, se ha producido en el marco de una sentencia condenatoria razón por la cual aquel no posee legitimación para apelar.-

Frente a la denegatoria del recurso, el fiscal acude en queja ante la Cámara (fs. 531/543). El día 19 de mayo de 2005 la Sala I de la Cámara Contravencional y de Faltas resuelve declarar admisible la queja y conceder el recurso interpuesto por el Sr. Fiscal contra el punto dispositivo VI de la sentencia de primera instancia que declara la inconstitucionalidad de la agravante, y consecuentemente contra el punto II (en el que se condena al Sr. Lemes a la

pena de dos años y nueve meses de prisión por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal). La defensa, notificada de la resolución, recusó a los camaristas intervinientes, impugnación que fue rechazada.-

2. Los argumentos centrales de la sentencia de Cámara que declaró parcialmente admisible la queja y concedió el recurso fiscal fueron expuestos fundamentalmente en el voto del juez Vázquez. Allí se rechaza la interpretación del art. 61, de la ley nº 12 en la que el fiscal fundó su apelación. No obstante ello, sorpresivamente el Sr. camarista introduce como cuestión problemática y "paradójica" la circunstancia de que en el ordenamiento local el Sr. juez de primera instancia, en situaciones como la de autos, es la máxima instancia judicial. A partir de esta preocupación —ajena a los términos en que fue planteada la apelación por parte del Sr. Fiscal— el Dr. Vázquez, en atención a la interpretación que hace del precedente "Di Mascio", concluye que es necesario ordenar pretorianamente el procedimiento de forma tal que exista una instancia revisora en el ámbito local en situaciones como las de autos. A tal fin recurre a la aplicación supletoria del art. 474 CPPN que regula el recurso de inconstitucionalidad ante la sala de casación y atribuye esta competencia a la Cámara.-

El 17 de noviembre de 2005, la Cámara trató ambos recursos y decidió revocar la declaración de inconstitucionalidad de la agravante del art. 189 bis (2), último párrafo, CP (texto según ley nº 25.886) y confirmar la condena del Sr. Lemes "modificándose en cuanto a la calificación legal del hecho, que se subsume en el delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización, agravada por registrar antecedente dolosos contra las personas y por el uso de armas, y en cuanto a la pena impuesta que se fija en cuatro años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12, 29, inc. 3, 45, 189 bis (2), último párrafo del CP, —texto según ley 25.886— y 530, 531, 533 del CPPN)".-

3. Frente a esta decisión la defensa interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 670/688 vuelta). La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas resolvió concederlo parcialmente, en lo relativo "a los agravios vinculados con la apertura del recurso del Sr. Fiscal de primera instancia y con la declaración de constitucionalidad de la figura agravada del delito de portación no autorizada de arma de fuego de uso civil por registrar antecedentes dolosos contra las personas y por el uso de armas" (fs. 699). El rechazo de los restantes agravios motivó la interposición del recurso de queja por parte de la defensa (fs. 870/883 vuelta).-

En esa presentación la recurrente critica de forma suficiente la denegatoria de la Cámara, lo que habilita el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad.-

4. En el recurso de inconstitucionalidad la defensa alega que la apertura del recurso fiscal por parte de la Cámara lesionó:

- a) el derecho al recurso de su defendido (art. 13.3, CCABA), pues entiende que ese derecho, en tanto garantía constitucional, está reservado exclusivamente al imputado;
- b) el principio de legalidad (arts. 18, CN y 13.3, CCABA), al aplicarse una normativa que no corresponde y en contra del imputado, ya que la ley local regula el recurso de inconstitucionalidad pero para otra instancia (para recurrir un fallo de la Cámara con el objeto de que conozca el TSJ) y a favor no del fiscal, sino del imputado;
- c) el principio acusatorio (art. 13.3, CCABA), puesto que si en materia recursiva la impugnación es la medida de la jurisdicción no puede el tribunal de alzada suplir la supuesta omisión en la que incurre la fiscalía (esto es, que si el fiscal hubiera creído aplicable al caso el art. 474, CPPN así debió haberlo planteado en lugar de interponer el recurso en los términos del art. 61, inc. 1º);
- d) la prohibición de la reformatio in pejus pues es el recurrente quien fija los límites del conocimiento y si el fiscal recurrió mal, por el motivo que fuere, su recurso no puede ser abierto y la situación es idéntica a aquella en la que no hubiera existido recurso fiscal; en consecuencia, sólo quedaría en pie el recurso del imputado, por lo que analizar el fondo del planteo del fiscal —tal como lo hizo la Cámara— implica violar la prohibición de la reformatio in pejus derivada del derecho de defensa en juicio (arts. 18, CN y 13.3, CCABA);
- e) y, por último, la imparcialidad del tribunal, dado que la Cámara, al modificar la vía recursiva intentada por el fiscal transformando la queja por apelación denegada en una queja por inconstitucionalidad del art. 474, CPPN denegada, abandonó la posición de tercero ajeno al conflicto y se inclinó indebidamente a favor de la acusación (fs. 675/678).-

En consecuencia, el defensor solicita que se revoque la condena de la Cámara de Apelaciones por la figura agravada, que fue consecuencia de la ilegal apertura del recurso fiscal contra la sentencia de primera instancia y de la favorable acogida de la petición del Ministerio Público Fiscal por los jueces de la Cámara.-

5. En primer lugar cabe señalar que respecto de los agravios referidos a la nulidad de la detención, y a la alegada inconstitucionalidad y/o inaplicabilidad de la reincidencia al caso, el recurso de inconstitucionalidad no resulta admisible por los argumentos expuestos por mi colega Maier en el apartado 5 de su voto y los desarrollados en el precedente "Prescava".-

Por lo tanto, el Tribunal debe ahora decidir en el marco de la concesión parcial del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa, y de la actuación contra legem de la Cámara al hacer lugar a la queja del fiscal y por tanto admitir su apelación. Así es que la Cámara dicta la sentencia del 17 de noviembre de 2005 que motiva el recurso de inconstitucionalidad de la defensa y el pedido de nulidad de la resolución del 19 de mayo.-

6. Lo cierto es que bajo ninguna circunstancia la Cámara pudo resolver como lo hizo. La ley nº 12, en su art. 61, inc. 1º (modificación introducida por ley nº 1287), establece que el Ministerio Público Fiscal puede recurrir la sentencia

definitiva en el supuesto de inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva "y sólo en el caso de sentencia absolutoria".-

En la causa que nos ocupa el debate había concluido con una sentencia de condena por la figura básica, ya que la figura agravada fue declarada inconstitucional por el juez de primera instancia (fs. 390/410).-

7. No obstante lo dispuesto claramente por el legislador local en el art. 61, inc. 1º, de la ley nº 12, y de que en la causa había recaído una sentencia condenatoria, la Cámara hizo lugar a la queja por apelación denegada presentada por el Ministerio Público Fiscal, aunque en los términos del art. 474, CPPN (recurso de inconstitucionalidad), a su juicio de aplicación supletoria en virtud del art. 55, ley nº 12, dada "la excepcionalidad del caso" (fs. 558/567).-

En efecto, después de llegar a la conclusión de que el legislador local ha limitado el recurso del fiscal al supuesto de sentencia absolutoria y al motivo de errónea aplicación de la ley sustantiva, en la sentencia de Cámara se afirma que en el caso se ha configurado una situación de excepción que amerita la concesión de recurso al fiscal. Así, sostienen los jueces de la Cámara que ante la declaración de inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis, 2, párr. octavo, del Código Penal efectuada de oficio por el juez de primera instancia se configuró una cuestión federal compleja directa que habilita la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través del recurso extraordinario federal (art. 14.1, ley nº 48). En consecuencia, consideró que no resultaba factible clausurar el debate acerca de dicha cuestión en el ámbito local y convertir al juez de grado en la máxima instancia judicial que la resuelva definitivamente, sin sustanciación previa y sin recurso posterior. Asimismo advirtió que tampoco sería exitoso para el fiscal plantear directamente el caso ante la CSJN, en función de la doctrina sentada primeramente en los precedentes "Strada" (Fallos 308:490), luego ratificada y precisada en el caso "Di Mascio" (Fallos 311:2478).-

Todo ello llevó a la Cámara a realizar una interpretación según la cual, en situaciones como la de autos en las que eventualmente podría plantearse una cuestión federal, el fiscal cuenta con el recurso de inconstitucionalidad regulado en el art. 474, CPPN.-

8. Sin embargo, la decisión de la Cámara de concederle recurso al fiscal contra la sentencia condenatoria de primera instancia, a pesar de la precisa regulación del legislador local (art. 61, inc. 1º, ley nº 12) que sólo lo admite cuando se trata de una sentencia absolutoria, no está sustentada en el caso sobre argumentación suficiente. Ello es así, al menos, por dos razones:

En primer lugar, porque ya el mismo punto de partida de la Cámara es erróneo, dado que la existencia de un caso federal, por sí sola, no puede suplir las deficiencias argumentativas y de fundamentación del recurrente. Incluso la propia CSJN en jurisprudencia constante ha dicho que de existir obstáculos procesales locales para plantear una cuestión federal, el interesado deberá

impugnar su constitucionalidad (cf., entre otros, Fallos: 310:324; 312:627; 314:916; y 324:1733). Pese a tan clara jurisprudencia, el fiscal, al interponer el recurso contra la sentencia de primera instancia en virtud del art. 61, ley nº 12, no impugnó en forma fundada ni suficiente la limitación establecida a su respecto en el inc. 1º de esa misma regla, que le impedía recurrir la sentencia de autos (fs. 413/421 vuelta).-

En segundo lugar, con respecto al recurso de inconstitucionalidad regulado por el art. 474, CPPN, la ley es prístina: sólo lo admite si en el proceso se hubiere cuestionado la constitucionalidad de una norma y la sentencia fuere contraria a las pretensiones del recurrente. Ello, claramente, no es lo que sucedió en el caso que nos ocupa, en el cual la decisión cuestionada por el fiscal declaró la inconstitucionalidad de la norma en cuestión y, en consecuencia, su no aplicación. El fiscal, al sostener en cambio la constitucionalidad de la norma y su aplicación al caso, cuestionó la inobservancia de la regla material no aplicada porque fue considerada inconstitucional (motivo expresamente previsto en la letra a, inc. 1º, art. 61, ley nº 12). En definitiva, lo afirmado por la Cámara no alcanza a conmovir la precisión de la regla en cuestión: una sentencia que declare la inconstitucionalidad no puede ser objeto del recurso de inconstitucionalidad en los términos del art. 474, CPPN.-

En consecuencia, asiste razón a la defensa quien señala que la condena dictada por la Cámara contra su defendido en virtud de la figura agravada es inválida.-

9. Por las razones expuestas en los apartados precedentes y por los fundamentos que comparto y fueran expresados por el juez Maier, corresponde, a mi juicio, admitir la queja; rechazar el recurso de inconstitucionalidad por los agravios que motivaron el recurso directo de la defensa;; y hacer lugar en lo demás al recurso de inconstitucionalidad. En consecuencia la sentencia de Cámara es nula, y la sentencia de primera instancia está firme en lo que fue motivo de agravio por parte del Sr. fiscal.-

Por ello voto por devolver la causa a la Cámara para que con otra integración considere, en el marco exclusivo de su competencia como tribunal de apelación, la cuestión relativa a la medición de la pena.-

Por ello, emitido el dictamen por el Fiscal General Adjunto, por mayoría, el Tribunal Superior de Justicia resuelve:

1. Rechazar la queja interpuesta a fs. 870/883 vuelta.-
2. Declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad en cuanto al agravio vinculado con la apertura del recurso del Sr. Fiscal de primera instancia.-
3. Confirmar la sentencia recurrida en el punto referido a la impugnación del art. 189 bis, 2, último párrafo, del Código Penal.-
4. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.-

Fdo.: Dr. Luis F. Lozano – Dra. Ana María Conde – Dr. José Osvaldo Casás – Dr. Julio B. J. Maier – Dra. Alicia E. C. Ruiz