En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los diez días del mes de mayo del año dos mil diecisiete, los jueces de la Cámara en lo Penal de Trelew, integrada por los doctores Omar Florencio Minatta, Alejandro Gustavo Defranco y Roberto Adrián Barrios, con la presidencia del nombrado en primer término acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"P., L. p.s.a. infracción art. 189 bis – Trelew" (Carpeta 6323 OJ Tw, legajo 60.992 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensora Pública, Dra. María Ángela Gómez Lozano en representación de L. P., contra la sentencia Nro. 3103/16 OJTw dictada en fecha 30/11/2016 por la que el nombrado fueran declarado autor material y penalmente responsable del delito de portación de arma de fuego de guerra (arts. 189 bis, inc. 2do, 4to. párrafo y 45 del C.P.), a la pena de tres años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas, por el hecho ocurrido el día 30/07/15 en la intersección de las calle C. y C. de esta ciudad.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 25/04/17 en la sede de este tribunal, intervino en representación del imputado L. P. –cuyas demás circunstancias personales obran en autos-, la Sra. Defensora Pública, Dra. María Ángela Gómez Lozano.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Roberto Adrián Barrios, Alejandro Gustavo Defranco y Omar Florencio Minatta.

El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Tras sustanciar en audiencia la pretensión impugnativa, corresponde dar los fundamentos de la decisión de la juez penal Mirta Moreno dictada en fecha 30 de noviembre de 2016, y por la cual se condenó a L. P. a la pena de 3 años y 6 meses de prisión, por el delito de portación de arma de fuego de guerra.

2. Acusa la pretensa en su libelo recursivo agregado a esta carpeta:

a) que en la sentencia existe una falta e insuficiente fundamentación jurídica del planteo de nulidad del procedimiento policial al hallar el arma cuya portación se imputó; planteo que hubo efectuado en el juicio en base a la violación de los artículos 44 y 46 Constitución del Chubut, arts. 34,161 párr. 1°, 171, 329 2do párrafo, 2da parte del C.P.P.CH; y art. 18 y cctes. de la C.N.

b) Que la sentencia posee una insuficiente fundamentación jurídica en el rechazo del planteo de inconstitucionalidad y de vulneración del principio de legalidad, también impetrada en el juicio.

Por último,

c) que existe arbitrariedad en la valoración de la prueba y falta de fundamentación sobre la calificación jurídica, con violación de las reglas de la sana crítica racional en cuanto a la certeza necesaria para la condena en base al tipo penal enrostrado y la existencia de una duda insalvable.

Dado que en la audiencia del artículo 385 del Código de procedimientos penal, la defensa ante esta Cámara Penal ha optado por comenzar por el tercer punto de su escrito, por ser mas empírico y poder con él valorar mejor el primero. He de seguir su método y analizar ambos agravios en un único orden, para finalizar este voto con el tratamiento del agravio ubicado en segundo término.

3. La Defensa de P. dijo en la mentada audiencia que la causa es nula, y en la misma existe absoluta falta de certeza que sostenga la condena que pesa sobre su cliente.

3.1 De la nulidad, dijo que cuando el señor D. M. C., testigo de actuación, fue interrogado en el juicio sobre el procedimiento para el cual fue convocado, hubo disidencias con lo volcado en el acta inicial. Que según

el acta, la riñonera en cuyo interior estaba el arma, estaba abierta, mientras que C. aseguró que estaba cerrada, que la abrieron, se la mostraron, la guardaron de nuevo y la volvieron a cerrar.

Al imprescindible cotejo de estos antecedentes, se constata que el acta de procedimiento policial agregado al legajo de prueba fiscal en fojas 1 y 2, la oficial ayudante que lo redactara dejó constancia que el objeto negro ubicado a aproximadamente 3 metros de la persona aprehendida, era una riñonera que al momento estaba con su cierre abierto; mientras que el señor C., en la audiencia de producción de prueba del día 24 de noviembre de 2016, afirmó que estaba cerrada.

Analizado el punto, y pese a esta confirmación de lo referido en el agravio, debo decir que la jueza interviniente en el caso ha resuelto el planteo de manera correcta y ajustada a derecho.

En la sentencia que decidiera la incidencia, dijo que tras haber escuchado la totalidad de los testigos ofrecidos por las partes, de la prueba producida durante el debate, surge que *"…personal policial fue requerido debido a la presencia de personas que se encontraban ingiriendo bebidas alcohólicas en la vía pública. Con tal motivo el Cabo T. y el Cabo 1° C. se hicieron presentes en la intersección de las calles C. y C., que vieron a tres personas, dos masculinos y una femenina. Que al llegar al sitio para identificarlos, P. se levanta y empieza a correr, en cuya huida intentaba sacarse algo de encima, afirmando el Cabo 1° C. que vio cuando el imputado se desprende de algo que tira al costado. La detención de P. se produjo a unos 5 mts de donde arrojó dicho elemento, al costado de un cantero. Mientras C. mantenía demorado al imputado, le dice a T. ´fijate que tiró´, constatando que era la riñonera, la que al abrirla contenía un arma de fuego."*

Tengo para mí que el núcleo del planteo que en aquella oportunidad de conocimiento realizara quien hoy recurre, se encuentra en la parte de la resolución que reza *"…Determinar de qué elemento se había despojado P. que motivara su huida y alejamiento del personal policial, justifican las razones de urgencia y seguridad con que obraron los uniformados, quienes con cautela y precaución constataron que en el interior de la riñonera había un arma de fuego."*

Si bien es dable dar razón a la pretensa en cuanto a la disidencia existente en cuanto al estado en que se hallaba la riñonera al momento de ser secuestrada, abierta o cerrada, cierto es que esa circunstancia no tiñe de irregular el procedimiento, como así tampoco –que es lo más importante-, existió con ello, una violación del debido proceso, de defensa en juicio ni otra garantía de índole constitucional, que determine a aplicar la sanción legal que se exige.

La juez dedicó contundentes argumentos para fundar el sostenimiento del procedimiento policial en situaciones como las acaecidas en el hecho juzgado, y entiendo que le asiste razón cuando consideró que los presupuestos y los motivos que existieron previo al temperamento de los funcionarios policiales, en cuanto a la posible acaencia de una situación delictual, a sus palabras *"…encontró sustento en una serie de indicios y elementos de juicio que llegaron a sugerir la posibilidad de que el encausado estuviera relacionado con un delito; lo que luego fue comprobado."*

Sin perjuicio de ello, es dable observar que ha errado la juez al estimar que la requisa se efectuó sobre una riñonera, cuando sabido es que la misma es una diligencia que se efectúa sobre las personas, *"cuando existieren motivos suficientes y fundados para presumir que alguien oculta entre sus ropas o que lleva adheridos*

a su cuerpo, objetos útiles para la investigación de un hecho delictivo,…" (artículo 171 del CPP).

En el caso, la riñonera no estaba entre las ropas ni adherida al cuerpo de P., por lo que el procedimiento cuestionado no sería una requisa personal, sino una inspección y posterior secuestro, la que efectuada en presencia de un testigo civil, la torna razonable, legal y válida.

3.2 En cuanto a la falta de certeza que sostenga la condena que pesa sobre P., la defensora afirmó que en el acápite cinco de la sentencia, en donde se analiza lo relativo a la autoría del hecho, la magistrada reconoce que la riñonera fue revisada por T., por C., que le fue mostrado su contenido al testigo C., y que descarta que se pudiera haber manipulado el arma, basando su decisión en la declaración de V.

En la audiencia de impugnación, en cuanto al hallazgo y secuestro del arma y su nulidad absoluta, dijo que de no ser considerado así por este Tribunal, las mismas circunstancias la llevan a sostener que no hay una certeza sobre el tipo penal que se debe aplicar en este caso, ya que se desconoce si el arma secuestrada estuvo en las condiciones que requiere el tipo penal de la portación de arma de guerra, vale decir si realmente estuvo en condiciones inmediatas de uso.

Así, la intervención policial que tuvo su génesis en lo que pareciera ser una contravención, culminó con el secuestro de una riñonera que pasó por T., por C., por C., por L. y luego de ello llegó a V.. Que el único que dijo que tenía el cargador puesto fue V., ya que los demás no mencionaron nada sobre ese elemento. Se cuestiona así la pretensa sobre la seguridad que tuvo en cuenta la juez, para tener por acreditado efectivamente que el cargador estaba en el lugar que debía estar, al

haber pasado el arma por tantas manos antes de llegar a V..

En primera aproximación al planteo, se advierte una seria inexactitud en los dichos de la defensa: V. no fue el único que dijo que el arma tenía el cargador puesto, y no hubo tantos *pases de manos* como se afirma.

Escuchados los testimonios ponderados por la sentenciante, se verifica que el cabo M. T., en respuestas a preguntas del fiscal, dijo que al arma no la tocaron, que la manipuló personal de criminalística, que los preventores no verificaron si estaba cargada, que eso lo verificó personal criminalística, y que pudo ver lo ellos hicieron. Claramente el testigo afirmó que vio cuando ese personal constató que el arma tenía un cargador con balas calibre 22, que incluso describió como de color plateado (soporte de la audiencia video grabada, individualizada como NIC-6323-24-11-2016.53, a partir del minuto 13.12).

En el mismo sentido se expidió el otro policía que intervino en el evento, cabo primero N. F. C., cuando al ser interrogado por el fiscal, confirmó que en ningún momento tocaron ni manipularon el arma (mismo soporte de la audiencia, minuto 1:00:10), que ello lo hizo personal de criminalística, que estuvo cuando ellos hicieron la verificación pertinente y constató que en el cargador había ocho balas.

El testigo civil D. M. C., al ser interrogado por el procedimiento, en el punto concreto, dijo que presenció el procedimiento, que vio la riñonera en donde había un arma, hasta que llegó policía científica y se la llevó (mismo soporte de la audiencia, a partir del minuto 29.47). Más adelante aclaró que la policía sacó el arma de la riñonera con una lapicera (minuto 31).

¿Qué dijo la juez penal sobre el punto?

A fojas 32 de la carpeta dijo: *"En este punto, la hábil defensora, puso énfasis en su alegato, intentando*

debilitar la teoría fiscal. Así dijo ´hay demasiadas manos tocando el arma, y se pregunta si puede estar segura que el cargador estuviera puesto. Ese elemento de prueba no fue tratado con diligencia y custodia que debiera. Fue tocado por T., por C., sacado para mostrarla a C., ¿estaba el arma en las condiciones en que dice el fiscal? Todos metieron mano en la riñonera, culminó´."

"Lo cierto es que, pese a la duda que podría haber introducido el testigo C. al finalizar su declaración, no advierto fisuras ni contradicciones en sus dichos que tiñan el procedimiento policial llevado a cabo, tal como me he expedido al momento de resolver el planteo de nulidad que efectuara la Dra Gómez Lozano."

"Como bien lo refiriera en audiencia el testigo, los policías le dijeron ´vení te vamos a mostrar... abrieron la riñonera, acá hay un arma, acá tenemos a esta persona detenida´, el dicente dijo que ´presenció la detención hasta que vino policía científica y se llevó el arma" y en este punto, un detalle que no es menor es la forma como el testigo C. describió que la policía manipuló el arma ´... uno de los policías sacó el arma con una lapicera, y le dicen ´mirá acá hay un arma´ y se quedó en el lugar hasta que terminó todo el procedimiento.´ Y quienes alguna vez hemos presenciado estos tipos de procedimientos por parte de la policía científica, sabemos de la precaución de los técnicos al momento de manipular el arma -en el caso con una lapicera- a fin de evitar la contaminación de la prueba. Hay que recordar que de la misma se levantaron hisopados en las cachas y correderas, conforme surge del acta de fs 2, acta que no fue redargüida de falsedad."

"Difícilmente de la forma en que el testigo dijo que el personal policial manipuló el arma con una lapicera pudiera colocarse el cargador dentro de la misma, para agravar la situación procesal del imputado."

Considero que la decisión de la jueza es acertada, y que la técnica de la defensa de enumerar por apellidos las personas que tuvieron *"contacto"* con el arma, solo pretendió confundir, al punto de afirmar que el objeto había pasado *"por tantas manos antes de llegar a V."*.

Tengo para mí que la juez puso prudencia en el análisis del planteo. Esa prudencia la advierto en la valoración que efectuó sobre el contenido de todas las declaraciones, que en definitiva le permitieron la reconstrucción histórica de la secuencia del secuestro.

C. y T., pudieron verificar la acción de V. que constató que esa arma tenía un cargador, ante un testigo civil de actuación. Con ello, el A Quo pudo razonada y razonablemente, descartar la duda que se pretendió imponer.

Acaso la Defensa quiso dar a entender que el arma pudo haber sido cargada maliciosamente, por los funcionarios policiales u otra persona, mas una maniobra así sugerida impone al decisor no solo contrastar el contenido de la evidencia de cargo desde una visión macro, como lo hizo la juez, sino también confrontar la prueba ofrecida por la litigante, o la versión de descargo en su caso. Aquí no hubo ninguna de las dos cosas: ni descargo, ni prueba de refutación.

No habiéndose dado entonces razones que permitan inferir que los funcionarios policiales o el testigo civil hubiesen depuesto falsamente en el debate, su credibilidad se impone y con ello, la legalidad del procedimiento atacado.

Por todo ello, voto por no hacer lugar a los agravios a) y c) ensayados por la defensa.

Pasemos al análisis del último de ellos, al b).

4. En la audiencia de impugnación, dijo que la figura del artículo 189 bis del código penal, hace referencia a armas de uso civil y a armas de guerra, pero como no específica cual es cual, se debe recurrir

a una ley especial, que es la ley 20.429 del año 1973. Que esta norma a su vez dice que el Poder Ejecutivo, mediante decreto, establecerá cuál es la clasificación de las armas. Dicho decreto es el 395/75.

Afirmó que el problema radica en este decreto, porque se da de patadas con la reforma Constitucional de 1994, ya que por imperio del art. 76, y en función del art. 99, se prohíbe la delegación legislativa en el Ejecutivo, siendo que su cláusula octava provisoria solo extiende la legislación delegada preexistente que no contenga plazo (que es éste caso, el decreto 395) por cinco años.

Como el Congreso de la Nación no ratificó éste decreto, la Sra. Jueza erra al decir que en realidad la ley se da por ratificada por la ley 25.148 que sí fue dictada en las condiciones que la Constitución establece para el dictado de leyes. Afirma con ello que la mentada ley 25.148, que es del año 99, ratifica por el plazo de 3 años la totalidad de la delegación legislativa sobre materias administrativas. También sostiene que dicha norma es inaplicable para este caso porque tendríamos que tomar este Decreto 395 como algo meramente de administración y que no tiene consecuencias penales, cuando en realidad si tiene consecuencias penales, porque afecta a un artículo del Código Penal y agrava penas.

Aun suponiendo que la norma cuestionada fuera un Decreto administrativo, el plazo de vigencia era de tres años contados desde el año '99, por lo que venció ya que no hubo nunca más una delegación del Congreso de la Nación al Ejecutivo para ratificar ese decreto o darle la delegación exacta, concisa y determinada.

A criterio de la defensa, la ley que menciona la juez para descartar su pedido de inconstitucionalidad, no es una ley aplicable y no puede servir para descartar sin más este planteo de inconstitucionalidad. Que es

equivocado como argumento para sostener la constitucionalidad del decreto que la ley 25.148 la ratifica, puesto que esa ley prescribió un plazo de 3 años de vigencia de las facultades delegadas, plazo que se encuentra vencido.

Al analizar este agravio, advierto que la juez sentenciante, identificó el artículo del código penal referido al delito del caso juzgado como un tipo penal abierto, porque para poder aplicar la norma, se debe acudir a la norma remitida y a su decreto reglamentario, cosa que es a todas luces cierta.

Y tras la atenta lectura del acápite en donde analizó la pretendida inconstitucionalidad, he de coincidir con lo resuelto.

Así es, la juez describió correctamente el derrotero que normas como la cuestionada, debían recorrer a partir de la reforma de nuestra constitución desde el año 1994. Y con acierto interpretó mediante la lectura armoniosa de las leyes en danza, por la validez constitucional del decreto 395/75.

La parte pertinente del fallo que resuelve la cuestión reza textualmente: *"el Congreso debía analizar todos y cada uno de los reglamentos delegados dictados desde 1853 hasta 1994, y decidir si los ratificaba o si caducaban por virtud del vencimiento del plazo establecido en la mencionada disposición. No solamente había que revisar una enorme cantidad de reglamentos dictados a los largo de 140 años, sino que en la doctrina y jurisprudencia argentina la distinción entre los reglamentos delegados y los reglamentos ejecutivos nunca ha sido clara, de modo tal que el análisis de cada uno en particular presentaba el desafío de establecer, primeramente, a qué categoría pertenecía. Para resolver estos problemas fue dictada la Ley N° 25148 'Delegación de facultades', estableciendo en el artículo 3 aprobar la totalidad de la legislación delegada, dictada al*

amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994... Cabe destacar que la Corte -por mayoría- ha admitido que la ratificación general de la legislación delegada, efectuada por la Ley N° 25.148 y sus sucesoras sin análisis alguno, es válida. (La delegación legislativa: evolución y estado actual, Bianchi, Alberto B, Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina)."

La defensa invoca como marco normativo para sostener su pretensión, la prescripción del artículo 1 de la ley 25148, que como bien dijo, ratificó en el Poder Ejecutivo por el plazo de tres años, la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública emitidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994. Y la misma norma, a artículo seguido, conceptualiza las materias determinadas de administración, en los seis incisos que lo conforman y dan contenido, y entre los cuales a ninguno de ellos podríamos incluir válidamente las prescripciones del decreto 395/75.

Mas como puntualmente se transcribiera, la juez Moreno invocó el artículo 3 de dicha ley 25148, que se refiere a la totalidad de la legislación delegada, dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994.

Vemos así que mientras el artículo 1 habla de ratificar la totalidad de la delegación legislativa sobre materias de administración o situaciones de emergencia pública, el artículo 3 habla de aprobar la totalidad de la legislación delegada, sin condicionar el contenido de dichas leyes.

Entre esa "totalidad" de estas normas, sí es posible incluir la ley cuestionada.

Como bien desarrolla María Angélica Gelly en "La Constitucional de la Nación Argentina, comentada y

concordada" (ed. La Ley, tomo II, pagina 276), la cláusula transitoria octava inserta en el articulo 76 tras la reforma de 1994 al exigir ratificación por ley de la legislación delegada preexistente, produjo como efectos, el reconocimiento de la existencia de delegaciones en el sistema jurídico argentino, y "las convalidó, cualquiera sea la amplitud admitida de las delegaciones, con un plazo amplio de caducidad."

Para la autora, en interpretación de la ley 25.148 que este juez comparte, resolvió el problema inmediato: ratificando en el Poder Ejecutivo, por el plazo de tres años la delegación anterior a la reforma constitucional de 1994, y aprobando la totalidad de la legislación *delegada,* dictada al amparo de la legislación *delegante* preexistente a la reforma constitucional de 1994. "*La solución a la que llegó el Congreso no luce ortodoxia constitucional, pero es razonable si se aplica el criterio de costos y beneficios de la medida tomada comparándola con los costos y beneficios institucionales, en ambos casos, de dejar caducar la legislación delegante y delegada.*"

De otra parte, esta decisión del Congreso de efectuar una *ratificación* y *aprobación,* para no desarticular la reforma del Estado, ensayando *un mínimo de seguridad jurídica*, como dice Gelly, ello "*no impide que el Poder Judicial y en última instancia la Corte Suprema, efectúe el control posterior, caso por caso, de la constitucionalidad de la delegación y de su posterior ratificación,…*"

Por ello, voto por ratificar el temperamento de la juez que entiende que el arto 189 bis párrafo cuarto del C.P., en función de la ley 20.429 reglamentada por el decreto 325/75, no es violatoria del principio de legalidad del art. 18 de la C.N., por lo que este agravio debe ser rechazado.

Por todo lo dicho, voto por no hacer lugar a ninguno de los agravios del recurso que nos convoca, y confirmar la sentencia en todas sus partes.

5. Por último, corresponde imponer las costas del proceso al acusado (arts. 239, 240, 241 y concordantes del C.P.P), y regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública, en la suma de QUINCE (15) JUS, por las labores desarrolladas en la presente etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII -15 –antes decreto ley 2.200 y art. 59 y concordantes ley V-90 antes ley 4920).

Así voto.

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Que vienen estos folios a consideración de este Cuerpo, excitada la jurisdicción a través del recurso ordinario interpuesto por la Sra. Defensora de L. P., María Ángela Gómez Lozano, contra la sentencia de fecha 30 de noviembre de 2016, a través de la cual se encontró al nombrado autor material y responsable del delito de Portación de arma de fuego de guerra (art. 189 bis, inc. 2°, cuarto párrafo y 45 del Código Penal) y se lo condenó a la pena de tres años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento.

2.- Contra ella, la Defensa articula, entre otros agravios, planteo de inconstitucionalidad de la figura que se aplica.

Explica que el art. 189 bis del Código Penal *"hace referencia a armas de uso civil y a armas de guerra. Como no dice cuales son las armas de uso civil y las armas de guerra, hay que ir a una ley especial. Es la ley 20.429 del año 1973; esa ley dice a su vez que el Poder Ejectivo mediante decreto establecerá cuál es la clasificación de las armas y ese Decreto es el 395/75".*

Recuerda el art. 76, C.N., las atribuciones del Poder Ejecutivo del art. 99 y la cláusula octava de sus disposiciones transitorias.

En concreto se agravia porque la Sra. Jueza da por ratificado el decreto aludido por la ley 25.148, *"que sí fue dictada en las condiciones que la Constitución establece para el dictado de leyes, pero resulta que uno va a ver la ley 25.148 que es del año 99, poco antes que se cumplieran esos 5 años que decía la disposición transitoria 8va., que ratifica la totalidad de la delegación legislativo por el plazo de tres años".*

Por el contrario, entiende *"que esto es inaplicable, inaplicable para este caso porque tendríamos que tomar este Decreto 395 como algo meramente de administración que no tiene consecuencias penales"*, manifestando que *"lo dejamos como un Decreto administrativo nada mas, esto era por tres año en el año '99, los tres años ya pasaron del '99 hasta ahora y no hubo nunca más una delegación del Congreso de la Nación al Ejecutivo para ratificar ese decreto o darle la delegación exacta, concisa y determinada para que ratifique o haga un nuevo decreto que diga cómo son las armas"*.

3.- Se hace necesario recordar que la Jueza del caso, Mirta del Valle Moreno, resuelve la cuestión en contra de los intereses de la quejosa, sosteniendo que *"como bien dice la Sra. Defensora, es facultad exclusiva del Congreso Nacional dictar las leyes y que esa facultad le está expresamente vedada al poder ejecutivo, sí puede, sin embargo, otorgarle autoridad a fin de arreglar los pormenores o detalles necesarios para la ejecución de la ley, siempre que la política legislativa haya sido expresamente establecida. Y en este sentido se ha expedido nuestro máximo tribunal declarando la constitucionalidad de la delegación en el Poder Ejecutivo fijando pautas para ello a partir del caso "A.M. Delfino"*.

A partir de allí, la Corte estableció que la "política legislativa" debe estar claramente delimitada en la ley delegante como requisito de validez de la

misma, límite éste que obra, a su vez, como valladar de las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo.

Recuerda los fallos 218:324; 253:171 y 300:392 *"al considerar que no se infringe la garantía del art. 18 de la C.N., cuando se completa la descripción de la figura punible por vía de reglamentación, dado que ello en manera alguna supone la atribución de la administración de una facultad indelegable del Poder Legislativo, que es quien ha establecido las penalidades aplicables. Se trata, en cambio, del ejercicio legítimo de la potestad reglamentaria."*

4.- Puesto a resolver esta cuestión, necesario es principiar la faena recordando que estamos en presencia de una *ley penal en blanco*, esto es, cuando el tipo penal se remite a otra norma para precisar algunos de sus elementos. Se presenta un problema que atañe al principio de legalidad cuando esa otra norma no es dictada por el órgano con competencia penal sino por uno que carece de dicha competencia. Es el caso en que una ley del Parlamento remite a una norma reglamentaria dictada por el Poder Ejecutivo o a una norma provincial o municipal.

En principio, la situación parece no presentar problemas cuando la norma remisora contiene en sí misma la descripción de la conducta prohibida y sólo deja en manos de la norma remitida la determinación de elementos accesorios u objetos de referencia de la acción descripta en el tipo.

"En cambio, cuando la remisión versa sobre la individualización de la conducta prohibida, esto es, cuando la descripción de esta queda en manos del órgano remitido, se produce una ilegítima delegación de facultades (prohibida expresamente, por ejemplo, por el art. 29, CN) que contraría la exigencia de ley formal que deriva del principio de legalidad" (Silvestroni,

Mariano; “Teoría constitucional del delito”, Del puerto, pág.. 141).

También es cierto que *“la ley penal en blanco siempre fue sospechosa de lesividad al principio de legalidad formal y, además, abrió la puerta a la analogía y a la aplicación retroactiva, motivos con los que bastaría para considerarla inconstitucional”* (Zaffaroni – Alagia - Slokar, Derecho Penal, Ediar, 2000, pag. 116).

Sin embargo, no menos cierto es que, tal como destaca la jueza del debate, a partir del caso “A.M. Delfino” (fallos 148:435), la CSJN declaró constitucional la delegación en el PE para crear sanciones de policía portuaria que luego aplicaría la Prefectura del Puerto de Buenos Aires, estableciendo que *“...existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al PE... a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido”*, acudiendo para tal resolución a las potestades del entonces art. 86, inc. 2 de la C.N. (actual art. 99, inc. 2).

5.- Salvado por la CSJN, como se dijo, el escollo que en teoría se señala, se produjo la reforma la Constitución Nacional en el año 1994, que entre varias novedades, y a fin de atenuar el sistema presidencialista, prohibió expresamente la delegación legislativa (art. 76, CN), disponiendo, en la Cláusula Transitoria Octava que la legislación delegada que existiera al momento de la reforma constitucional caducará a los cinco años salvo que el Congreso de la Nación la ratifique expresamente por una nueva ley.

Esa es la razón del dictado de la ley 25.148, que enfrentaba al Congreso de la Nación a la nada sencilla tarea de “*revisar una enorme cantidad de reglamentos dictados a lo largo de 140 años*”, sumado a ello el

problema que *"la distinción entre los reglamentos delegados y los reglamentos ejecutivos nunca ha sido clara"* (ver, Bianchi, Alberto; "La delegación legislativa", Forum, Anuario del Centro de Derecho Constitucional, 3, 2015, pag. 15).

La ley citada, a pesar de los embates de la señora defensora, deja claro que toda la legislación delegante sobre materias determinadas de administración o de emergencia dictada con anterioridad a 1994 fue ratificada por tres años (agosto de 2002), siendo nuevamente prorrogadas sus vigencias por leyes sucesivas desde entonces (25.645 del 2002, 25918 del 2004, 26.135 del 24/8/06, etc.).

Pero, en lo que aquí interesa, por su artículo tercero, se aprobó la *totalidad* de la legislación delegada dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional y, no cabe duda, que la ley 20.249 tiene esta calidad al delegar al Poder Ejecutivo el establecimiento de los elementos necesarios para que cada arma integre cada una de las categorías (art. 3, ley 20.249), no pudiendo haber problema alguno de inconstitucionalidad ya que, como se dijo antes, tanto la acción prohibida (tenencia y portación) y las penalidades respectivas han sido establecidas por el único órgano productor de ley penal, esto es el Congreso de la Nación, con el dictado del Código Penal (art. 189 bis).

Por ello este agravio debe ser rechazado.

6.- Otro de los agravios de la Defensora Pública giró en derredor de la ausencia de fundamentación del *a quo* en la resolución que rechazó la nulidad del secuestro del arma en cuestión que había sido planteada oportunamente en el debate.

Escuetamente dice que se violó el art. 171 del CPP, toda vez que no se solicitó una autorización judicial para abrir la riñonera de su asistido.

Que mas allá de las razones invocadas por la Jueza del caso para validar el procedimiento policial en el sentido que existía un *"cuadro que razonable y objetivamente motivó a los agentes policiales a indagar qué era lo que estaba sucediendo y frente a la sospecha creada, legitimó su accionar en el sentido de prevenir delitos, por lo que nos encontramos ante un procedimiento ajustado a derecho"*, lo cierto es que amén de la correcta alusión a las razones de urgencia, la solución del caso transita, además, por otro andarivel previo en el análisis.

En efecto, es sabido que la autorización judicial necesaria para registro de domicilios, automóviles, objetos personales, etc., obedece exclusivamente a la necesidad de no afectar, cada vez que sea menester obtener medios de prueba o instrumentos del delito, la intimidad o zona de privacidad del ciudadano afectado por la medida.

La consideración de las moradas, automóviles y otros objetos asimilables como "un sagrado" (art. 18, CN), a fin de no afectar aquellos ámbitos privados donde sus titulares han exhibido un interés en que así se mantengan, requieren precisamente eso, que su titular no haya renunciado a su derecho constitucional de privacidad; que su legitimo dueño se haya comportado de manera tal de exhibir un interés en mantenerlo.

Si el imputado en este caso, ejerciendo su derecho a pretender no ser alcanzado por la criminalización en curso, decide voluntariamente desprenderse de su riñonera, con todo lo que dentro de ella se encontrara, no puede luego argumentar que tenía una legitima expectativa de que se respete su intimidad cuando la Policía, sospechando de la existencia de algún elemento que motivara el abandono de la cosa, revisa la misma y halla, a la sazón, un arma en perfecto estado de mantenimiento y lista para ser utilizada.

7.- Resulta de toda evidencia que P., sabedor de que si mantenía en su poder la "riñonera", dentro de la cual había un arma de fuego lista para su uso, iba a ser palpado en su cuerpo por el personal policial que intentó identificarlo sin éxito, renunció voluntariamente a su derecho a la intimidad sobre el contenido de sus pertenencias, dejó librado a la suerte que terceros conozcan parte de su ámbito de privacidad, lo que sucedió por la intervención del Oficial T. que puso manos en la cosa abandonada a instancias de C. que había visto cuando arrojara el bolso.

Por ello, entonces la nulidad impetrada debe ser también rechazada.

8.- Por último, plantea la Sra. Defensora que *existe arbitrariedad en la valoración de la prueba y falta de fundamentación sobre la calificación jurídica, con violación de las reglas de la sana crítica racional en cuanto a la certeza necesaria para la condena en base al tipo penal enrostrado y la existencia de una duda insalvable*.

En efecto, explica que *"no hay una certeza absoluta sobre el tipo penal que se debe aplicar en este caso; porque no hay certeza absoluta que el arma secuestrada estuviera en las condiciones que requiere ese tipo penal para aplicarse la portación de arma de guerra que es un delito más gravoso, por no reunirse sin duda razonable, el elemento necesario que la figura penal requiere en su tipicidad objetiva que es que "el arma esté en condiciones inmediatas de uso"*.

Basa sus argumentos en que el *"Sargento V. de Criminalística que es el único que encontró la riñonera abierta; o sea, ésa riñonera pasó por T., por C., por C., por L. y llegó a V.; cuando llega a V. que es el único que la encuentra abierta –realmente porque así se la entregan– que es el de Criminalística y es el que hace el análisis posterior de ésa arma, él dice que*

tenía el cargador puesto, los demás no mencionan nada sobre el cargador”, y se pregunta: *“...qué seguridad podemos tener que efectivamente el cargador estaba en el lugar que debía estar, que estaba puesto en el arma?”*

9.- Que en efecto, lleva razón la quejosa en cuanto a los requisitos para la configuración del delito de Portación de armas.

Es pacífica la doctrina en sostener que *“se entiende por portación el traslado del arma en condiciones de ser utilizada efectivamente como tal, es decir, cargada y al alcance del agente. Al respecto, la jurisprudencia ha considerado (prácticamente) que se trata de un delito de propia mano, al señalar que, a diferencia de la tenencia, la portación no es susceptible de ser compartida, pues si bien la primera sólo implica contar con la posibilidad de disponer del arma, la portación requiere llevarla corporalmente y en condiciones inmediatas de uso...”* (D’Alessio, Andres; “Codigo Penal”, La Ley, 2002, p. 606).

Sin embargo, de la prueba producida en el debate, es posible, tal como lo fundamentó el *a quo*, acreditar tales extremos y no solo ellos, sino los que permiten sostener la autoría material.

10.- En primer lugar, el Cabo **M. T.** afirmó en la audiencia que cuando llegó al lugar para identificar a las personas que se hallaban en el lugar por el cual fueron convocados, P. se negó y emprendió la fuga; que lo persiguió corriendo, mientras su compañero C. lo hacía en el móvil policial; que el indicado arrojó algo en el trayecto hasta que lo detuvo; que el elemento del que se desprendió era una riñonera, la que estaba abierta y tenía un arma de fuego; que no sacó el arma, recién cuando llegó la División Criminalística la sacaron y secuestraron.

En forma coincidente, el cabo **N. F. C.**, dijo que T. perseguía a P. y él iba en el móvil policial; que observó

cuando tiró algo al costado; que le dice a su compañero que se fije que cosa había tirado, siendo una riñonera que tenía adentro una pistola, aclarando que solo personal de criminalística manipuló el arma y vio que tenia cargador y 8 balas; que se la mostró al testigo de actuación.

Éste, **D. C.**, también en forma coincidente manifestó que vio al imputado detenido y que había una riñonera a unos metros, que los policías le mostraron, abrieron la riñonera, vio el arma dentro y vio cuando uno de los policías la saco con una lapicera.

Por último, a mayor abundamiento, el Sgto. **M. Á. V.**, a cargo del procedimiento llevado a cabo por personal de criminalística, a quien se vienen refiriendo los otros agentes, reconoció haber sido quien se encargo de manipular el arma, que el cargador estaba colocado y tenía balas.

11.- De todo ello entonces, no solo se encuentra acreditado el requisito típico denunciado por la Defensora sino, a la par, la tenencia anterior de la cosa continente en cabeza del prevenido y el hecho que la arrojara antes de ser demorado.

Es que no hay dato objetivo alguno que permita pensar siquiera que V. se comportaría de manera infiel en el proceso, declarando bajo juramento en contra de los intereses de P..

Entiendo que dudar de los dichos de un funcionario policial, sin contraponer alguna razón valedera que haga dudar razonablemente de sus dichos, raya con la temeridad, si tenemos en cuenta, además, que sus manifestaciones se encuentran corroboradas con el resto de la prueba material y testifical.

Por ello, también ha de desatenderse este agravio y confirmarse la sentencia.

12.- En resumen, corresponde desechar la totalidad de la queja, tanto porque no es dable sostener la

presunta inconstitucionalidad del decreto 395/75, por las razones apuntadas antes, tanto porque no es posible dudar de la corrección del procedimiento de secuestro del arma que portaba P. momentos antes de ser detenido y, estando a los dichos del personal policial (corroborado por el testigo de actuación), la misma se encontraba cargada y, a estar a las conclusiones de la especialista en armas A. M., se encontraba en perfecto estado de funcionamiento.

13.- En orden a las costas a imponer y honorarios a regular a la Defensa por su actuación en esta sede, hago propia la propuesta del colega que me precede en el orden de votación.-

El Juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa se agravia porque la sentencia no tuvo en cuenta la irregularidad del secuestro y cadena de custodia desarrollada respecto del arma, peticionando se invalide tal acto y secuencia, postulando la absolución, toda vez que la certeza para condenar, en tal caso, queda sin sustento. Asimismo, sostiene que en el caso se ha violado el principio de legalidad, puesto que el concepto de arma de guerra está contenido en un decreto del poder ejecutivo y no en una ley formal. Trataremos todos estos agravios pedido por la parte, adelantando que los rechazaremos, para terminar declarando la inconstitucionalidad, esta vez de oficio, del tipo penal de portación de arma de guerra previsto en el artículo 189 bis, inciso segundo, párrafo cuarto del código penal.

2. Respecto de la validez del secuestro del arma, la misma deberá legitimarse, toda vez que no estamos ante una requisa personal, sino ante un secuestro de un instrumento del delito que no se encontraba bajo la esfera de custodia del imputado, ya que **él** se había desprendido del objeto en su huída. Por esto, el acto de secuestro no puede analizarse conforme las mandas del

artículo 171 del código procesal penal que regula la requisa personal, pues ésta supone que el objeto a secuestrar se encuentra oculto entre las ropas o adherido al cuerpo, lo que claramente aquí no sucedió.

Resulta aplicable, entonces, el artículo 170, que prevé la inspección de lugares u objetos para registrar cuando ella es necesaria por la existencia de motivos suficientes y fundados para presumir que se encontrarán elementos útiles para la investigación, lo que aquí no puede ponerse en duda. Es así que se inspeccionó el continente y su contenido, se levantó el pertinente acta con todas las formalidades del artículo 170, incluidos los testigos que éste exige, por lo que debe rechazarse, sin más, la invalidez del secuestro del arma.

Asimismo, se cumplió con lo establecido en el artículo 178 respecto del objeto secuestrado, pues él fue encontrado en el sitio del suceso, recogido, identificado y conservado bajo sello hasta que se realizó la pericia criminalística, debiendo rechazarse la posibilidad de que al cargador se le hayan agregado luego las balas por parte de un tercero o de la misma prevención, fundado en que el arma y el cargador fueron observados por varias personas, amén de los funcionarios que figuran en el acta, puesto que es lo que ordinariamente sucede en el lugar de los hechos cuando llega la prevención, en que los rastros del delito son observados por varias personas, sean o no integrantes de la prevención.

En fin, dando validez al secuestro y no existiendo indicio alguno que pueda afectar la llamada cadena de custodia del objeto, cobra toda su validez la pericia criminalística en tanto acredita uno de los elementos exigidos por el tipo penal, es decir, un arma de guerra, que había sido portado sin autorización por el imputado, extremos éstos últimos no discutidos, por lo que deberá

confirmarse la sentencia en cuanto declara la autoría del condenado en el punto.

3. En cuanto al agravio atinente a la afectación del principio de legalidad, el mismo debe rechazarse de plano, toda vez que el decreto 395/75 es un decreto reglamentario de una ley, es decir, es un decreto necesario para la ejecución de las leyes, conforme autorización establecida en el inciso 2 del artículo 99 de nuestra constitución nacional.

En efecto, la doctrina constitucional distingue los decretos reglamentarios, que son aquellos necesarios para la ejecución de una ley, disponiendo la misma carta magna que **los mismos** no deben alterar el espíritu de las leyes y, por otro lado, establece los llamados decretos de necesidad y urgencia, que ahora no nos interesa**n.** Asimismo, la Constitución prohíbe en forma expresa al Poder Ejecutivo emitir disposiciones de carácter legislativo, salvo los casos de necesidad y urgencia nombrados.

Ahora bien, la misma ley puede delegar en forma expresa en el Poder Ejecutivo los detalles en cuanto a la materia que trate, pero siempre la ley es la que debe prever el núcleo central, que en materia penal viene dado por la expresa referencia, como en nuestro caso, del elemento que deberá detallarse. Por ejemplo, cuando el tipo penal habla de armas de guerra, se trata claramente de un elemento fácilmente interpretable, no solo como algo distinto de las armas de uso civil que también prevé, sino porque para saber su significado, debemos recurrir a lo conceptuado por tal por otra ciencia o técnica, en el caso la criminalística, que es lo que con claridad hace el decreto en crisis, cuando clasifica las armas, tratándose en definitiva de un elemento típico normativo en sentido amplio, es decir, de un elemento para cuya noción debemos recurrir a

normas, en este caso a las normas técnicas de la criminalística.

En fin, el decreto señalado, reúne todos los requisitos como para ser considerado un decreto reglamentario o de ejecución de una ley, ya que se trata de una reglamentación dictada con el propósito de fijar los detalles o pormenores de una ley sancionada por el Congreso, es decir, reglas de carácter general, abstractas y obligatorias para todos, no alterando para nada el núcleo de arma de guerra, sino clasificando en detalle las mismas dentro de otras armas. Es claro, entonces, que la materia legislativa en danza, esto es, el elemento normativo arma de guerra, no es alterado por el decreto, pues él se limita a detallar la clasificación de las armas, punto previsto expresamente en el mismo tipo penal. *(Cfr. BALBIN, Carlos F., en SABSAY, Daniel A. (dirección)- MANILI, Pablo (coordinación); Constitución de la Nación Argentina, análisis doctrinal y jurisprudencial, Hammurabi, Bs As, año 2010, pags.152/158).-*

De todas formas, el citado decreto no afecta los componentes esenciales que deben conformar una estructura de la ley penal: es preciso en cuanto a su definición, no permite la analogía, no es retroactivo, amén de la característica de generalidad y obligatoriedad, por lo que cumple, entonces, con los principios limitativos de una ley penal.

Por último, si alguna duda cupiere respecto de la vigencia del decreto en crisis, la ley 25148 denominada " delegación de facultades", establece en el artículo 3 la aprobación de toda la legislación delegada dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional del año 1994, mientras el artículo 1 y 2 estableció un plazo de tres años para la caducidad de toda delegación legislativa, pero para determinadas materias que hacen a la administración o

situaciones de emergencia púbica, las que individualiza expresamente en seis incisos, materias que claramente no se corresponden con las del decreto 395/75.

4. En cuanto a la sanción de tres años y seis meses de privación de libertad impuesta de forma efectiva al condenado, ella aparece groseramente desproporcionada con el grado de afectación al bien jurídico, por lo que, al violarse los principios de lesividad, culpabilidad y humanidad, deberá ser revisada en esta instancia.

En este punto, para explicitar el marco teórico dentro del cual decidiremos la cuestión, resulta necesario recordar conocimientos elementales y experiencias imprescindibles que hace años vienen transitando la senda de la criminología y de la crítica, política y ética, al funcionamiento real y concreto del sistema penal. Estos conceptos, que son en definitiva, los que justifican y nutren -o así debería ser, al menos- los límites que plasman los citados principios constitucionales, son algunos de ellos tan conocidos, como olímpicamente ignorados por la jurisprudencia, mientras otros son directamente desconocidos en general, tanto por el legislador, como por los operadores judiciales, mediante una aplicación rutinaria, exegética, ritualista y burocrática de la ley penal. El caso concreto traído para decidir es un claro ejemplo del defecto que señalamos, en este caso cometido por el legislador, al establecer un mínimo legal viciado por no respetarse los principios nombrados.

En efecto, si se trata de alcanzar el ideal de proporción entre delito y pena de prisión, habrá que tener necesariamente en cuenta qué significa ésta desde el punto de vista óntico, es decir qué elementos la caracterizan como algo real y concreto. En este sentido observamos que, cualquiera sea el discurso que trate de justificar la pena de prisión, ella no deja de ser un mal, en tanto significa una privación de derechos

elementales para quien la sufre, tratándose de una lesión que se impone involuntariamente al autor de una lesión precedente. Solo entonces cuando **señalamos** que tanto delito como prisión tienen en común la esencia de ser lesiones o privaciones de derechos, podemos recién efectuar la comparación para establecer la proporcionalidad que nos acerque a la igualdad.

Sin embargo, las bases para establecer la proporcionalidad se complica, inclusive en abstracto, pues el legislador deberá tener en cuenta en la predeterminación de la duración de la prisión, las enseñanzas elementales de la criminología o de los especialistas en políticas penitenciarias, pues de otra forma se estarían comparando entes ideales, ficciones, puras creaciones del intelecto y no entes reales que se aplican a personas de carne y hueso. Por otro lado, el establecimiento de la proporcionalidad o tendencial igualdad es producto de una decisión política orientada -como toda política- por un sistema de valores jerarquizados, que al estar hoy positivizados en las mismas constituciones, vinculan a todos los poderes estatales, comenzando por el mismo legislador cuando crea las leyes. En este sentido, la ley, al establecer la duración de la prisión para cada delito, tendrá necesariamente que tener en cuenta la gravedad del mismo, y esta gravedad debe medirse conforme la entidad de la afectación del bien jurídico y el grado de culpabilidad del autor, pues ambos tópicos vienen impuestos por los principios axiológicos de la lesividad, culpabilidad y humanidad de las penas, hoy claramente constitucionales.

Sentando, entonces, que la duración de la pena de prisión, su monto, aún en abstracto, deberá necesariamente respetar esa escala de valores, entendemos imprescindible recordar, antes de decidir, una serie de nociones elementales acerca de la realidad de la pena de prisión, tarea que refuerza el argumento

de la grosera desproporción de la pena abstracta estipulada por el legislador para el mínimo del delito de portación de armas de guerra. Agregando esta otra perspectiva realista, el punto en debate aparece en forma más clara si tenemos en cuenta que la prisión, ante todo, se diferencia de las otras penas por ser la forma más grave y violenta de afectar los derechos de las personas, al apropiarse ella del tiempo existencial del condenado, lo que significa, sin duda, privar de la existencia misma. Si a esto le adicionamos todas las conclusiones actuales sobre los efectos deletéreos físicos, psíquicos, emocionales, y de otro orden que la prisión causa a las personas, amén de su indudable y necesaria trascendencia perjudicial a su grupo de pertenencia, tenemos suficientes argumentos para considerar a la pena de prisión un mal que lesiona, afecta y priva en forma intensa, varios derechos, amén de la elemental libertad física o locomotora.

En suma, la pretendida proporcionalidad entre delito y pena aparece así como muy compleja de fijar conforme a una simple técnica cuantificadora del positivismo jurídico, sin que pueda prescindirse del tiempo de la pena como tiempo existencial. Para expresar en un párrafo qué es lo que queremos decir, transcribimos a una filósofa argentina del derecho penal, que condensa en forma magistral la relación entre el tiempo y la pena, llamando la atención sobre qué es en realidad lo que se le quita al humano con la prisión: " *el sujeto que, expulsado de la comunidad de personas, entre en la prisión no será el mismo que el que salga…el tiempo operará su gradual transformación… porque el tiempo de la pena, por muy peculiar que sea, tiene en común con el que transcurre libre de pena, que siempre es tiempo de vida de un ser humano….y a medida que se van descontando los años de pena, se van descontando también los años de vida" (Cfr., para todo lo dicho, MESUTTI, Ana; El tiempo*

como pena, Ediar, Bs As, año 2008, con prólogo de Zaffaroni y Eduardo Russo).

5. Con todo lo anterior tenemos construido un parámetro claro en qué basar la proporcionalidad de una pena de prisión respecto de un determinado delito, tanto en su mínimo, como en su máximo legal, cuestión ésta última que no nos interesa ahora.

En esta senda, comencemos por determinar la gravedad del delito, conforme la escala o sistema de valores constitucionales que el mismo afecta, estando de acuerdo que se priorizan en primer término aquellos bienes que forman el contenido de los derechos fundamentales. Aquí aparece, en primer término, el individuo, su vida misma, luego la integridad física y psíquica, su intimidad, identidad, honor y la libertad para disponer de su cuerpo, expresar ideas y cultos, el acceso a todos los bienes materiales e inmateriales necesarios para el desarrollo de su personalidad, tales como un salario, salud, educación y vivienda digna, entre otros derechos llamados sociales, respecto de cuyas afectaciones posibles debe dársele el derecho a participar. En una palabra, pueden englobarse todas esas aristas en el concepto de dignidad humana, de persona, que es el centro o núcleo principalísimo a proteger; **l**uego aparecen los bienes jurídicos que nos corresponden como conjunto, como sujetos colectivos o múltiples, que tienen la característica de poner en peligro concreto los bienes citados, pero en forma indeterminada, tales como el orden democrático y económico o la transparencia en el ejercicio de la función pública o la fé pública en determinados documentos o, en fin, la seguridad común o pública.

Como podemos ver, el orden jerárquico en que se ubica el bien jurídico seguridad pública, está lejos de ser ubicado dentro de los más importantes, puesto que el mismo código, siguiendo la Constitución, prioriza, sin

duda, a varios bienes antes que a la seguridad pública. Para demostrar esta afirmación, basta que comparemos alguna acción análoga de tenencia o portación de cualquier objeto que pueda afectar aquellos derechos fundamentales, con la acción de portación de arma de guerra como delito que afecta la seguridad pública. Por ejemplo, vayamos a los delitos contra las personas, los más graves que pueden cometerse -amén del genocidio- y veremos allí que si una persona dispara un arma de fuego contra otra sin herirla, tal acción se encuentra reprimida con un mínimo de un año de prisión, pena que se mantiene aún causando una herida leve, conforme el artículo 104 del código penal que tipifica los abusos de armas. Otro ejemplo aún más grueso que podemos dar en este contexto, viene dada por la acción de utilizar un arma de fuego por parte de un homicida, sin alcanzar su objetivo, esto es, tentativa de homicidio, caso en el cual le corresponde un mínimo de cuatro años, conforme una interpretación posible del artículo 44 que pena la tentativa. Si damos por sentado, por ser ello obvio, que para ambas acciones el autor necesita previamente tener o portar el arma de fuego como acto preparatorio, la desproporción de un mínimo de tres años y seis meses por portar un arma de fuego que no fue usada es palmaria y grosera. Estamos ante un caso de anticipación de pena para un hecho preparatorio, del cual nada podemos jurídicamente inferir con seriedad, lo que justificó siempre la consideración de los abusos de armas como una contravención.

Con esto no queremos decir que actualmente el uso de las armas de fuego, por su masividad, no pueda ser reprimida en su tenencia o portación, pero de allí a parangonarlo en gravedad con las acciones que ponen en concreto peligro el principal bien del ser humano- la vida-, viola cualquier proporción con la lesividad o daño ocasionado y la culpabilidad del autor, amén de la

humanidad de las penas. El principio de lesividad u ofensividad queda afectado porque el daño ocasionado al bien jurídico seguridad púbica no puede considerarse, conforme las escalas penales señaladas para otros casos más graves, como igual o casi igual de ofensiva, por lo que se afecta con ello el principio de proporcionalidad mínima entre la pena con la magnitud de la lesión. Por su parte el principio de culpabilidad queda afectado en su dimensión de ser el parámetro principal de la medida de la pena, al no poder reprocharse al autor la imposibilidad de conocer o prever potencialmente la irracionalidad de la sanción. En tanto, el principio básico de humanidad de las penas, queda prácticamente inoperante, en tanto recordemos lo que dijimos sobre las distintas realidades que son anejas a la prisión de efectivo cumplimiento, con todo el bagaje de afectaciones señaladas, hecho hoy notorio sobre el que es superfluo ahondar.

6. Si lo anterior es así, la inconstitucionalidad del tipo penal de portación de armas de guerra, en cuanto establece un mínimo de tres años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento, es muy clara, por lo que debemos corregir tal punto en esta instancia. Sin embargo, como la inconstitucionalidad de una norma es una decisión que debe tomarse cuando no queda otra interpretación posible salvadora de la ley, entendemos que basta con tomar al mínimo legal del tipo señalado como simple indicador en el caso concreto, debiendo tal valladar ser traspasado porque así lo mandan los principios constitucionales señalados. Esta tarea, con todo, deberá ser realizada en audiencia, debiendo la causa volver al juez competente para que adecúe, previo debate, el mínimo de la pena impuesta a la gravedad del delito y culpabilidad del autor, a los efectos de hacer efectivo, en definitiva, el principio de humanidad de las penas.

7. En cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios, adhiero a lo propuesto por el colega que lidera el Acuerdo.

Así voto.

De conformidad con los votos precedentes y con la disidencia parcial del Dr. Omar Florencio Minatta, esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

I) Rechazar la impugnación ordinaria deducida por la Defensa Pública en representación del imputado L. P.;

II) Confirmar la sentencia Nro. 3103/16 OJTw dictada en fecha 30 de noviembre del año 2016;

III) Imponer las costas del proceso al acusado (arts. 239, 240, 241 y concordantes del C.P.P), y regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública, en la suma de QUINCE (15) JUS, por la labor desarrollada en la presente etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII -15 –antes decreto ley 2.200 y art. 59 y concordantes ley V-90 antes ley 4920);

IV) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Roberto Adrián Barrios **Omar Florencio Minatta**

El Dr. Alejandro Gustavo Defranco no suscribe materialmente la presente en virtud de encontrarse de licencia con posterioridad al acuerdo (art. 331 último párrafo del CPP). Registrada con el Nro. 36/17 de la Cámara en lo Penal de Trelew. Conste.

Carlos Enrique Pedelaborde **Secretario de Cámara**