En Esquel, Provincia del Chubut, ocho de abril del año dos mil catorce, la Excma. Cámara en lo Penal de Esquel, bajo la presidencia de la Dra. Nelly Garcia e integrada por los señores Jueces de Cámara Dra. Carina Paola Estefania y Dr. Alejandro de Franco, procede a dictar sentencia en el caso **"Pcía. del Chubut c/ J., N. P."- Carpeta N° 2370 de la OJ - Legajo Fiscal N° 18145,** que se le sigue al nombrado por el delito de Amenazas Calificadas por el Uso de Arma en concurso ideal con Portación Ilegitima de Arma de Fuego de Guerra (arts. 149 bis, 1er. Párrafo 2do. Supuesto, arts. 189 bis inc. 2do. 4to. Párrafo, y 54 del Código Penal) y en el que son partes el Ministerio Público Fiscal, representado por la Sra. Fiscal General Dra. Maria Bottini y la Sra. Defensora Particular Dra. G. C., en representación del imputado.

Y RESULTANDO:

Que se celebró la audiencia que prescribe el art. 385 del C.P.P., oportunidad en que la Dra. C. hizo una reseña de los hechos y ratificó los agravios introducidos en el recurso ordinario interpuesto por el imputado N. P. J. con su patrocinio contra la sentencia dictada por el Señor Juez Penal Dr. Ricardo Raúl Rolón, con fecha 27 de noviembre de 2013, registrada con el Nro. 2618/13, condenándolo la pena de tres años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo, por la comisión del delito de Amenazas calificadas por el uso de armas y portación ilegal de arma de fuego de guerra en concurso ideal (arts. 149 bis, ler. Párrafo 2do. Supuesto, arts. 189 bis inc. 2do. 4to. Párrafo, y 54 del Código Penal) por el hecho ocurrido el 26 de julio del año 2011 en la localidad de El Maitén, provincia del Chubut, en perjuicio de E. T. Y..

En esa oportunidad, expresó cuatro agravios, que desarrolló por separado, señalando respecto del primero, que la sentencia en crisis se basaba en prueba ilegal, cual era el acta de intervención policial identificada por el MPF como Documental letra *, a través de la cual se produjo el secuestro del arma de fuego. A su criterio dicha acta

presentaba los siguientes defectos: falta de suscripción de la misma por parte del imputado, ausencia de constancia de su negativa de firmar, ausencia de las razones por la que no firmó y ausencia de testigo civil de actuación. A su criterio tales ausencias motivan la exclusión del cuadro probatorio a valorar, por haber sido en violación de las garantías constitucionales del imputado.

Luego se queja de la resolución del magistrado, en cuanto sostiene que señala que las omisiones privan de validez los efectos del acto cuando ellas no pueden ser suplidas con certeza por otros elementos de prueba, y que esto no ha ocurrido en el caso.

Rechaza la valoración que el magistrado realizó respecto del testimonio de D. R., por considerar que no ha sido veraz en virtud del vinculo familiar que lo une con la victima. Y agregó además que la declaración dé dicho testigo no aportó nada, con relación al calibre y el estado del arma.

También se agravia del análisis que el Juez realizó del testimonio del Sub Comisario V., el que tampoco mencionó nada respecto del calibre ni la aptitud para disparo del arma secuestrada.

Mas adelante refiere que el juez señala que las razones de urgencia surgen de los testimonios, lo cual no se compadece con el término premura usado por el propio funcionario policial en el acta por el redactada.

Respecto del testigo E., el recurrente se queja, por considerar que es una persona que nunca vio el arma, cuyas características no aportó, ni sobre el calibre ni sobre su estado.

Más tarde refiere que no se dan razones de porque el imputado no suscribió el acta, cuando supuestamente le entregó el arma en forma voluntaria.

En el segundo agravio, ataca la sentencia de auto contradictoria, toda vez que el Juez habría señalado que la prueba ha demostrado lo ocurrido y que el acta no ha lesionado ningún interés jurídico. A su criterio dicha frase es inmotivada, citando como

sustento al Dr. Jauchen y luego insiste en que si el acta carece de la expresión de la voluntad de P. N. J., se afecta la garantía a través del acto impugnado.

Como tercer agravio, esgrime que el acta se apoya en prueba inexistente, porque el Juez menciona que R., Y., V. y F. observaron con un arma en su poder antes de la disputa y ello no surge de dichos testimonios.

Por último se agravia de la pena impuesta, que considera excesiva, contrariando los principios de culpabilidad de acto, lesividad objetiva y proporcionalidad e la pena, colisionando con el art. 19 de la C.N y normas especificas de los pactos internacionales. Sostiene que la sentencia prioriza el principio de legalidad sobre los demás principios constitucionales que fija límites infranqueables al poder punitivo del estado.

A su turno la Fiscal, también ratificando su respuesta recursiva presentada por escrito, se refirió a la urgencia en la intervención de V., plasmada en el acta y que se acredita con sus dichos, con lo de Y., R. F., E. y S.. Sostiene que no había otra opción para el policía, que frente a esa situación debía actuar como lo hizo, ya que es era su obligación y de otro modo incumpliría los deberes que le impone la ley como funcionario público.

La falta de un testigo civil en el momento preciso del secuestro del arma tiene relación con la urgencia acreditada; y con relación a la supuesta falta de acreditación de la identidad del objeto secuestrado con el supuestamente utilizado por J., ello queda totalmente desvirtuado con la prueba testimonial producida y con la propia actuación procesal del imputado, que acerco la documentación del arma secuestrada y peritada, que da cuenta que se encuentra registrada a nombre de su madre.

Rechaza que la sentencia fuese autocontradictoria o que se apoyara en prueba inexistente, transcribiendo las declaraciones de F., S., Y., y V..

Finalmente con relación a la pena sostiene que en el caso no hay ninguna vulneración a los principios mencionados y que el Juez, haciendo propia la opinión del

Dr. O'Connor, neutralizó los agravantes y le aplicó el minimo de la escala penal. Finalmente describió los agravantes que fueron tenidos en cuenta y ratificó su posición con relación a los mismos, que fueron debidamente analizados.

En último término, se le concedió la palabra al imputado J., quien manifestó al Tribunal que no tenia nada para agregar.

Y CONSIDERANDO:

Que puestos a resolver, encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa contra la sentencia condenatoria?, en su caso ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329 del C.P.P.) se estableció el siguiente orden de votación, en primer término la Dra. Carina Estefanía, en segundo lugar la Dra. Nelly García y finalmente el Dr. Alejandro De Franco.

La Dra. Estefanía dijo:

El análisis de los agravios interpuestos por la recurrente, entiendo, debe partir del hecho investigado y de la circunstancia, que estamos ante un caso, de aquellos que denominamos *in fraganti* delito.

Ello, porque no se ha discutido, que el 26 de julio de 2011, en un horario cercano a las 18. 50 horas, el Sub Comisario V., que circulaba por la X, próximo a doblar en la X de la localidad de El Maiten, advertido con señas por un ciudadano, estacionó su vehículo y al bajar observó que hablan dos personas forcejeando, una de ellas -J.- con un arma de fuego que apoyaba sobre la cabeza de Y.. Que entonces corrió hacia ellos y procedió a separarlos y a requerirle a J. le entregara el arma de fuego, quien accedió, sin oponer resistencia.

En palabras simples, el hecho imputado, fue advertido por personal policial en el mismo momento en que ocurría.

Tampoco puede estar ajeno al análisis, ni siquiera puede ser una circunstancia que - se evalué más adelante, las características particulares del hecho, pues se trata de un episodio grave, en el que un hombre (J.) amenazaba a otro (Y.) apoyándole un arma de fuego en la cabeza.

Según lo relató Y. (la victima), en ese preciso momento, llegó el Comisario V., quien lo tomó del pecho y lo llevó hasta la camioneta policial. A su turno, V. relató que alertado por un transeúnte estacionó la camioneta y vio a dos personas, en la parte de atrás del lubricentro, una de ellas amenazando a la otra con un arma de fuego. Que corrió hacia ellas y le requirió a P. J. que le entregue el arma de fuego, quien accedió, permitiéndole, luego, que se retire del lugar y a Y., lo llevó hasta la camioneta policial.

En esa circunstancia, el personal policial esta obligado a actuar con rapidez, para hacer cesar el delito, no siendo un requisito legal, la intervención de un testigo civil de actuación. El caso debe equipararse a las excepciones legales previstas en el Código Procesal Penal a la hora de regular los allanamientos a domicilios, en el que prevé expresamente la posibilidad de ingresar a un domicilio sin orden judicial cuando en el interior se comete un delito.

Respecto de la necesidad que el acta elaborada con posterioridad al hecho sea suscripta por el imputado, tampoco es un requisito que esté previsto en la ley, más allá que en la misma se consigne "la entrega voluntaria" por parte del imputado del revólver que esgrimía en el momento en que intervino el personal policial.

Si bien surge de la declaración de V., que J. accedió a entregarle el arma, cuando este se la requirió, para hacer cesar el delito y mitigar el peligro, ello no puede interpretarse del modo que lo hizo la defensa, en el sentido de señalar que se trató de una decisión auto- incriminatoria. Sabemos que J., la entregó cuando el policía se la pidió, y que si no lo hacia, V. podría quitársela por la fuerza, pues -en definitiva- se trataba de una orden, que J. debía acatar. Por ello, esa decisión —

de entregar, de acatar la orden sin siquiera oponer resistencia- no puede ser analizada como si fuera una entrega decidida libre y voluntariamente por el imputado con posterioridad al hecho, que sihabría merecido una mayor rigurosidad en las cuestiones formales que deben rodear un acto, como lo ha sostenido la Defensa.

Por esa razón es correcta la decisión del Magistrado de rechazar el planteo nulificante de la defensa, con relación al acta prevencional elaborada por el Sub Comisario, dando cuenta de la situación advertida y del secuestro del arma.

Si bien el contradictorio entre las partes, se circunscribió a una discusión jurídica respecto de una supuesta nulidad posteriormentesubsanada, y la respuesta judicial se enmarcó en ese sentido, entiendo que ello es correcto pero subsidiario. Me explico. Es una respuesta jurídica adecuada para un caso en que realmente estuviésemos ante un acto jurídico nulo, que admitiera su subsanación, mediante la declaración en el debate de las personas que llevaron adelante el acto procesal tachado por incumplimiento de las formas. Como dije, en los presentes actuados, no era necesario acudir a esa respuesta jurídica subsidiaria, pues no era exigidle la actuación de un testigo civil en el momento de la intervención policial, dirigida a lograr el cese de la conducta delictiva, para lo cual era necesario "desarmar" al agresor, ni tampoco la firma del imputado en el informe prevencional elaborado.

Por último, destaco que la defensa no pudo en su libelo dar cuenta de cuales eran los derechos que fueron vulnerados por el accionar policial. Y aqui es necesario recordar la enseñanza del Sr. Ministro de nuestro Superior Tribunal de Justicia Dr. Jorge Pfleger, cuando refiere que en materia de nulidades hay que andar con cuidado, pues para que estas deban ser decretadas, es necesario la existencia de un agravio, con entidad suficiente para sostener que no operó la garantía, en el sentido de habilitar el efectivo ejercicio de un derecho.

El magistrado citado en el párrafo anterior, en la causa "N., V. V. s/ Dcia. Abuso

Sexual representación hija menor s/ Impugnación" (Expediente N° 22130 - F° 11 -Año 2010}. Sentencia N°58 -2012, donde el magistrado se explaya en el punto III bajo el titulo: "Algunas aproximaciones y reflexiones de Indole general. A). Las nulidades. Como lo he sostenido en causas anteriores, la relevancia que para la solución del asunto posee el tema de las nulidades, conduce a reiterar un concepto general acerca de ellas que ha sido persistente en mis sufragios.

En efecto, por sus consecuencias graves para el desarrollo del proceso, ha de andarse con suma precaución en el punto.

Al respecto, se ha expuesto reiteradamente que esta manera de sanción procesal es último recurso y que debe atenderse tanto a la letra de la ley aplicable en la materia cuanto a la efectiva vulneración del derecho que la irregularidad implica.

En otras palabras. La nulidad está apareada a la expresa determinación de la norma y, fundamentalmente, al efecto pernicioso del acto sobre concretos derechos de quien o por quien se reclama, ya que no hay nulidades en solo beneficio de la ley o nulidad por la nulidad misma.

El principio de trascendencia, que de eso se trata, implica considerar que no hay correctivo si la desviación no tiene consecuencias nocivas sobre garantías esenciales protegidas por el orden constitucional, ya que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieren surgir de la desviación (ver al respecto STJ Misiones 12-12-2001, expte. 357/ 2000, res. 635 publicado en "Garantías Constitucionales y nulidades procesales- I" Edgardo Donna- Director, Ed. Rubinzal- Culzoni, pág. 569).

En el mismo sentido debe exponerse que es deber irirenunciable de quien invoca la nulidad de un acto demostrar que la eventual exclusión habrá de conducir de modo decisivo y eficaz a una solución distinta.

Toda nulidad se vincula con la idea de defensa, ello es exacto; pero si el vicio no

priva a la parte de su ejercicio ni afecta la garantía en cuestión, la nulidad debe rechazarse (STJ Santa Cruz, 14-03-2001 "Haro, Víctor Manuel s/ robo calificado por el uso de armas en la obra citada precedentemente tomo II. pág 498).

Puesto en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "La procedencia de la nulidad por vicios de forma exige, como presupuesto, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho, ya que de otro modo la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, que va en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público..." (A 63 XXXIV; "Acosta, Leonardo y otros.04/05/2000T. 323, P. 929)

En el mismo precedente: "La idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, de modo que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro, y tan delicado equilibrio se malogra cuando la facultad de anular actos procesales excede la finalidad que ésta protege, lo que se manifiesta evidente en aquellos casos en que su ejercicio resulta innecesario para preservar la garantía de la defensa en juicio, lo que puede tornar en la práctica, estéril, la persecución penal de graves delitos...".

En suma, la nulidad de un acto procesal y su proyección negativa en un caso determinado, ocurre cuando hay infracción concreta a un derecho constitucional, situación que debe ser racionalmente explicada por el órgano que toma la decisión, o por quien la postula".

Dicho esto, y pasando al segundo agravio, que tal como lo adelanta la Defensa, tiene relación con el anterior, reitero que no estamos ante un supuesto de auto-incriminación y mucho menos ante una acto procesal que violente el derecho del imputado a no auto-incriminarse. Como he dicho antes de ahora, la decisión de entregar el arma respondió a un requerimiento policial. La aceptación de la orden, por parte de J.,

sin mediar oposición física ni verbal, no la transforma en una decisión libre y voluntaria, pues, en esa situación, el imputado sabia que si no acataba el requerimiento, V.podía utilizar la fuerza para desarmarlo, porque ese era su cometido, para de ese modo cumplir con su obligación principal, cuál es, de poner fin al delito descubierto en pleno curso de ejecución.

Tampoco advierto que la sentencia se apoye en prueba inexistente. Contrariamente a lo sostenido por la Dra. G. C., en el caso Y. y R., dijeron expresamente haber visto como J. sacó el arma de la cintura y la apoyó en la cabeza del imputado. En consecuencia es correcta la inferencia del Juez a-quo al sostener que J. tenía el arma antes de la disputa.

A ello agrego, que R. contestando preguntas de la Fiscalía sostuvo que le había visto el revólver a J., antes del hecho, quien además lo solía llevar enla camioneta.
Finalmente, con relación a la identidad del arma secuestrada con la que habría utilizado J. para amenazar a Y., existe un cuadro probatorio más que suficiente para sostener que el revolver peritado es aquel que V. secuestró y se lo exhibió al empleado policial E. cuando se presentó en la escena de los hechos.

Para ello contamos con la declaración de V., E., R. y Y.. El Comisario V. dijo que secuestró el revólver y que tenia los seis cartuchos a bala y que cuando llegó E., le pidió que lleve a Y. a la Comisaría y le comentó del secuestro del revólver. A su turno E. reiteró que el Sub Comisario le pidió, cuando llegaron al lugar del hecho, que lleve a Y. a la Comisaría y le comentó que tenía un arma que le habría secuestrado a P. J., que se la habría colocado en la cintura. A su turno Y., la describió dando cuenta del color plateado en tambor y caño y R. se refirió a la misma como un revólver. Por último, la pericia efectuada por la Lic. G., incorporada al debate con la declaración de la perito, da cuenta que el arma estaba secuestrada en un sobre de papel madera identificado por la Oficina Judicial con el Nro. 18145/1. En su interior, se encontraba un revólver calibre 38 especial,

marca Colt, identificado con el Nro. de serie XXXXXX, con tambor rebatible a la izquierda con capacidad para alojar 6 cartuchos de color plateado, con funcionamiento en simple y doble acción, con cachas plásticas, de color negro. Se determinó que era apta para disparo y que no había sido recientemente disparada.

Es decir que este cuadro probatorio testimonial y pericial es suficiente para tener por acreditado con la certeza necesaria que el arma que J. le entregara a la policía al momento de la intervención de V., es la misma que fue peritada y que además, conforme la documentación acompañada por el propio imputado al proceso, -documental Evidencia E- se encuentra registrada a nombre de la Sra. M. A. D., madre del imputado.

Por último con relación al cuarto agravio de la defensa, relacionado con la pena impuesta a J. por el hecho por el cual se lo declaró responsable, vale la pena señalar que la escala penal parte del mínimo de tres años y seis meses y su máximo es de ocho años y seis meses (art. 54, 149 bis 1er. Párrafo, segundo supuesto y art. 189 bis, 2do y 4to párrafo del Código Penal.

Refiere la Defensora que el Juez reconoce que el delito enrostrado es uno de los delitos más cuestionables desde el punto de vista axiológico en cuanto al quantum punitivo pero que adhiere al concepto retributivo de la pena. Sostiene que el Juez se apega al principio de legalidad y deja de lado los agravantes, imponiendo a J. el minimo legal.

Señala que esa decisión desconoce otros principios constitucionales que regulan el quantum de la pena, tales como el de culpabilidad de acto, lesividad objetiva y proporcionalidad, que convierten a la pena aplicada en cruel e inhumana.

Para verificar si efectivamente se encuentran afectados los principios mencionados es necesario analizar cuales son los agravantes y atenuantes que operaron en la selección del quantum de la pena y recién entonces establecer si aún aplicando el mínimo de la escala penal prevista por el legislador la pena colisiona con el texto constitucional y con los Tratados Internacionales.

Como agravantes, el magistrado valoró el anuncio previo de J. a R., adelantando que agarrarla del cuello a Y. con un alambre y le pondría el revólver en la cabeza para que le diga si habla robado sus ovejas y asi lo hizo cuando encontró a este joven menor de edad, en inmediaciones del lubricentro, cumpliendo de ese modo con lo adelantado a su dependiente.

Merece un paréntesis el desarrollo de este agravio, para responder a la defensa, sobre la valoración que el magistrada efectuó del testimonio brindado por R., tachado por el parentesco que lo une con Y., toda vez que son cuñados. El propio Juez, agregó que también tenia en cuenta que era empleado de J., circunstancia que también los inscribe en las generales de la ley. Sin embargo, se observa que su testimonio no se presenta como tendencioso con relación a ninguna de las partes y que sus dichos se compadecen con el resto de la prueba. De modo que no hay ni incoherencia interna ni externa, que indique que dicho testimonio debe ser descalificado y valorado en forma distinta a la realizada por el Juez a quo.

Prosigo. Sostuvo el Juez como agravante, que el imputado ostentó el arma, apuntándole a la cabeza, a sabiendas que estaba cargada y era apta para el disparo, aumentado el peligro concreto que corrió la vida de Y. y los transeúntes que pasaban por el lugar. También destacó que el hecho afectó distintos bienes jurídicos protegidos, por un lado la libertad y por el otro la seguridad pública, poniendo de relieve que el imputado ejerció sobre la víctima una violencia innecesaria con el objeto de intimidarla.

Finalmente, hizo un análisis concreto de porqué en el caso había existido un peligro concreto de los bienes jurídicos, más allá que el delito de portación de arma, prevé la aplicación de una pena en los caso en que se genere un riesgo potencial.

Analizando el art. 41 del C.P., agregó que el imputado cuenta con más de cuarenta años, calificándolo como una persona madura, que debiera tener una capacidad de reflección adecuada a su edad, situación familiar, su oficio de comerciante y de

agricultor con personal a su cargo. En definitiva su posición social y su educación, son de importancia para determinar su capacidad para reconocer la antijuridicidad del hecho y determinarse conforme a ese conocimiento.

Todo ello, lo condujo a sostener que J. era consciente de que su decisión era contraria a derecho y ello debe ser considerado como una mayor culpabilidad.

Respecto a los atenuantes conducta procesal, la inexistencia de antecedentes penales y el reconocimiento de los vecinos que lo definieron como un buen padre de familia, trabajador y solidario.

Luego de ello, respondió al pedido de la Defensa, que requirió que el monto de la pena sea por debajo de la escala penal, dando cuenta que no consideraba que la aplicación del mínimo -que entendió alto- no respondiera al principio de culpabilidad y de proporcionalidad de la pena.

Sabemos que el legislador le ha dejado al Juez un margen, en el que debe utilizar las reglas establecidas en los art. 40 y 41 del C.P., para imponer las penas en los casos concretos, que debe ir desde un minimo hasta un máximo y que por imperio constitucional, debe ser respetuoso de los principios de culpabilidad y de proporcionalidad.

En la práctica, generalmente, las escalas penales permiten respetar ambos principios, toda vez que a través de ellas es posible reflejar el grado de capacidad de motivación frente al mismo ilícito.

Por otra parte, el establecimiento de los mínimos y máximos de las penas, en principio, resultan vinculantes par el juez, salvo que se encuentre comprometida su constituctonalidad.

En el caso, comparto aquella opinión del Dr. O' Connor, citada por el Dr. Rolón con relación a los cuestionamientos de la escala penal que prevé la Portación de Arma de guerra, en la medida que tiene un mínimo que no admite la pena condicional, es decir que

aún en casos de delincuentes primarios -como el presente-, la pena debe ser de cumplimiento efectivo. .

Sin embargo, no encuentro razones para sostener que la aplicación del mínimo de la escala penal es excesiva en el caso concreto en análisis. Ello porque no es cierto que la lesividad al ordenamiento jurídico haya sido mínima como lo sostiene la defensa, pues existió una verdadera afectación a diversos bienes jurídicos protegidos, entre ellos el peligro concreto a la integridad física y/o la vida de la victima, a quien el imputado le apoyó sobre su cabeza -una parte del cuerpo donde se aloja el cerebro, órgano vital del ser humano- un arma de fuego cargada y con un mecanismo que permite el disparo en simple acción, es decir con un solo movimiento corporal.

Por otra parte, no es cierto que la afectación a los bienes jurídicos sea menor, porque el' objetivo buscado, al apoyar el arma sobre la cabeza de Y., haya sido el reconocimiento por parte de la víctima de otro hecho delictivo, cual era el robo de unas borregas y no lesionarlo ni matarlo. De tener sospechas sobre la participación de Y. en ese delito, la conducta exigida a la víctima no era la de obtener justicia por mano propia y menos aún con el uso de violencia, sino de realizar la denuncia correspondiente.

Sobre el particular interesa el testimonio de F., quien relató haberle comentado a J., que lavo el auto de Y. y que tenía sangre en el asiento trasero y que del baúl sacaron un nylon con mucha sangre que tiraron detrás del taller. De ser cierta esa versión, J. pudo cruzarse a la Comisaría, muy cercana a ese lugar, hacer la denuncia, brindar la información recolectada y rápidamente encontrarían las pruebas, supuestamente incriminatorias.

Tampoco advierto que estemos ante un supuesto de culpabilidad disminuida o de menor reproche penal por una autodeterminación limitada o por situación de mayor vulnerabilidad; por el contrario, conforme lo ha expresado el magistrado a quo, las características personales del imputado, dan cuenta de su capacidad para escoger -a la

hora de seleccionar la conducta reprochada-, otras opciones no contrarias a derecho.

Existe un sector de la doctrina y jurisprudencia que aceptan el apartamiento del mínimo de la escala penal en supuestos "excepcionales", que parten del presupuesto que los mínimos fijados en las escalas penales son creaciones legislativas y que en principio no corresponde al juez apartarse de los marcos legales. No obstante ello, sostienen que cuando entran en juego otros principios como los ya mencionados el juzgador puede salirse de la escala en beneficio del imputado.

Sin embargo, los propios impulsores de esta postura, explican que el derecho penal debe contener una irracionalidad que transforme a la pena en cruel e inhumana, para habilitar al Juez a apartarse de la regla general. No es este el caso.

Finalmente, destaco que el Juez neutralizó los agravantes, que mensuró correctamente y que no merecieron reproche por parte de la defensa, no solo con los atenuantes también, correctamente valorados, sino con la propia escala.

Regulo los honorarios de la Defensora Particular Dra. G. C. que asistiera técnicamente a N. P. J., en esta etapa impugnativa en mérito a la calidad, extensión y eficacia de su actividad, (art. 44° Ley XIII-N°4 antes Ley 2200} en el equivalente a un tercio del monto regulado en primer instancia, todo conforme las pautas previstas en . los arts.l; 3; 5, ines. b, c, d y f; 7; 44 y ccdtes. de la ley de aranceles, los cuales deberán ser abonados dentro del plazo de 10 dias de quedar firme la presente, procediéndose conforme lo prescripto en el art. 250 del C.P.P. (art. 240 del C.P.P.). Así voto.

La Dra. García dijo:

La defensa en el primer agravio, sostiene que la sentencia está basada en prueba ilegal, plantea la nulidad del acta letra “*” que secuestra el arma por omisión de formalidades, no firmó el imputado y falta testigo civil.

Para darle el correcto encuadre, debo remontarme a la audiencia preliminar,

porque este es el momento procesal para efectuar todos los planteos sobre la prueba que el Ministerio Fiscal pretende introducir.

Dicha audiencia comenzó el 22 de abril y continuó el 24 de abril de 2013, y en esta oportunidad la Dra. C. no objetó la acusación ni la calificación legal propuesta, no , ofreció prueba ni se opuso a la introducción de la prueba documental del Ministerio Público Fiscal, por lo que el Dr. Criado declaró admisible y procedente la prueba ofrecida en la acusación.

Al inicio del debate el 7 de agosto de 2013, la Defensa se opone a la presentación de la evidencia A por considerarla nula y las que son su consecuencia Evidencias D, E y F. La Dra. Bottini se opuso por considerar extemporáneo el planteo de nulidad.

En primer lugar la defensa dice que se afectaron garantías constitucionales como el debido proceso y no autoincriminación,el debido proceso se refiere al contradictorio debe existir acusación, defensa y prueba y la noautoincriminación establece que nadie está obligado a declarar contra si mismo, no advierto ni fue planteado de qué defensas fue privado, qué pruebas no pudo oponer ni de qué manera fue coaccionado ilegítimamente para lograr su colaboración.

El suceso que fue volcado en el acta identificada como letra “*” lo introduce el Subcomisario C. A. V., quien en una extensa declaración manifestó que ese día entre las 18 y 19 hs. venia solo en un móvil por X intentando doblar por X cuando vio que una persona le hacia señas como pidiendo ayuda, que dobló, estacionó y que cuando se bajó vio a dos personas que forcejeaban y una tenía un arma en la mano, que al acercarse lo reconoció a ,P. J. y le pidió que le entregue el arma y se la entregó, era un revólver, lo puso en resguardo y como no es una persona violenta le pidió que se acerque a la Comisaría y él se quedó con el joven, que lo dejó al lado pero no sabe si vio o no, cuando J. le entregó el arma.

Que cuando llegó E. con el agente S. en otro móvil, le dijo que había secuestrado el arma que tenía N.. Después de identificar a Y., ir a ver el auto en el que se movilizaba, un Falcon, que dijo que era de su padre, le pidió a E. que lo lleve a la Comisaría.

Que él también fue a la Comisaría y como no había computadora que funcione fue a la División a hacer el acta.

A preguntas concretas sobre el testigo civil, dijo que por la premura del caso no buscó testigo civil, que se daba una situación de necesidad que debía intervenir rápidamente y así lo hizo. Que el dueño o encargado del lavadero estaba pero no sabe si vio, porque lo llevaba para atrás y no había otras personas en las inmediaciones.

Que después omitió por olvido consignar que no quiso firmar el acta.

Llegados a este punto, debo recordarle a la Defensa que es el testigo el que introduce la evidencia, el Subcomisario V., que vio a dos personas forcejeando y una tenía un arma de fuego en la mano e intervino inmediatamente, se trata de un hecho objetivamente delictivo para cualquier espectador, que se está cometiendo, es in fraganti, y la atinada y rápida intervención del comisario fue para hacer cesar el delito y evitó que ocurra algo más grave.

Más allá de las sutilezas, si se trataba de premura y necesidad de intervención o de urgencia, según el Diccionario de sinónimos y antónimos © 2005 Espasa-Calpe, son sinónimos, premura, prisa, urgencia, apuro. Después de escuchar los testimonios del Subcomisario V., del denunciante Y. y de R., no me quedan dudas que se trataba de un hecho grave, de evidente peligrosidad, que no podia demorarse, la intervención debía ser rápida y eficaz para desarmar a quien estaba apuntándole a la cabeza. El Subcomisario V. hizo lo correcto, dijo que le pidió que le entregue el arma y P. J. se la entregó, es lo que normalmente sucede, el policía estaba habilitado para hacer uso de la fuerza pública para quitarle el arma de las manos, por lo que tampoco tiene consecuencias jurídicas, o se la entregaba por las buenas o se la quitaba, cualquiera de las dos opciones era legítima.

Si bien la Defensa apunta algunos errores del acta, como que no justificó por qué firmaba un policía como testigo de actuación y no un civil, no hizo firmar al imputado ni dejó mención de su negativa a firmar cuando en esa misma actuación formalizó el secuestro del arma. Ello no es motivo de nulidad, ni se afectaron garantías constitucionales, renunció a ofrecer pruebas, sabía de qué se lo acusaba, pudo controlar y repreguntar, por lo que no hay afectación a la defensa en juicio ni al debido proceso en general. Tampoco puede pretenderse que se lo obligó a auto-incriminarse al entregar el arma, si el Subcomisario estaba habilitado a hacer uso de la fuerza, en auxilio de la victima.

En la jurisdicción hemos tenido casos semejantes como Pcia. Del Chubut c/ G., F.-C., S. s/ impugnación (Expte. 1558/11} se cuestionaba la validez del acta por el desconocimiento de la firma por parte del testigo de actuación. Pcia. Del Chubut c/ Ñ., C. A. – M., D. (Nic 1879-Nuf 17.358} se cuestionaba la entrega voluntaria de un arma de fuego .Pcia. del Chubut c/ M., G. E. (Nic 1839.Nuf 16.157} se planteaba la nulidad de la entrega y secuestro de un celular. _

En todos estos casos se rechazaron las nulidades planteadas, fueron confirmadas por la Cámara Penal y por el Superior Tribunal de Justicia. Ya para finalizar con este tema, diré que el problema de las nulidades procesales ya está resuelto, por el Superior Tribunal de Justicia en muchísimos precedentes y ha quedado fuera de discusión.

El segundo agravio, también debe ser rechazado, no advierto auto-contradicción en los argumentos del Juez, se- trató de un acta defectuosa pero con las testimoniales- de los participantes se pudo saber la verdad de lo ocurrido, la declaración del Subcomisario coincide con la de Y., y también con la de R., los tres vieron a J. con un arma de fuego en la mano, y no hay otra versión de lo sucedido.

Con relación al arma secuestrada se trata de un revólver calibre 38 marca Colt N° XXXXXX, con tambor de seis alvéolos y el dibujo de un caballo en el lado derecho

cargado con seis cartuchos calibre 38 SPL y fue la que perito la Lic. N. I. G., y fue el propio imputado el que presentó la documentación del arma que estuvo registrada a nombre de su madre, entonces no hay dudas que el arma que tenia J. es la que secuestró el Subcomisario V..

El Magistrado citó el art. 162 del C.P.P. última parte, se entenderá que el acto se ha saneado cuando no obstante, la irregularidad, ha conseguido su fin respecto de todos los interesados, conforme las pautas de los arts. 130 y 178 del C.P.P. , en el sentido de que se pudo reconstruir lo sucedido y la defensa pudo controlar la prueba.

Tercer agravio valoración de prueba inexistente: los testigos que declararon no vieron al imputado con el arma en la mano antes de la disputa y tampoco la entrega voluntaria del arma al oficial.

Este agravio no puede sostenerse si se escuchan los audios de las testimoniales, todos lo vieron con el arma, Y., que dijo que intentó colocarle un alambre de fardo en el cuello y sacó un revólver y se lo puso en la cabeza, R., que dijo que J. intentó sujetarlo con un alambre, sacó un revólver y lo apuntó a la cabeza empujándolo para atrás del lubricentro, estaba muy enojado, le quería pegar y le preguntaba donde estaban las borregas que le habían robado, V., dijo que vio dos personas que forcejeaban, una con un arma de fuego en la mano y cuando se acercó conoció a P. J. y le pidió que le entregue el arma y se la entregó y F., dijo que vio cuando J. le arrojó un golpe de puño y lo arrastró hacia la parte de atrás del galpón y que R. salió corriendo en dirección a la Comisaría y que el arma la vio cuando la traía en la mano V..

E. dijo que cuando llegó con S., estaba V. con el Señor por J. y el otro chiquito, pero ya no pasaba nada, le dijo que tenía un arma en el cinturón, que tiene entendido que se la había entregado P..

El revólver que secuestró V., se corresponde con la documentación aportada por el mismo imputado a nombre de su madre y es la que fue peritada por la Lie. N. G., es de

sentido común, que el arma estaba en el lugar del hecho y fue utilizada.

Cuarto agravio, contra la sentencia de cesura, alega que la pena es arbitraria por excesiva, solicita que se perfore el mínimo de la escala, y se le imponga una pena de tres años en suspenso.

La portación de arma de guerra tiene una pena de tres años y seis meses a ocho años y seis meses de reclusión o prisión, conforme la última reforma legislativa por ley 25.886, publicada en el Boletín Oficial el 5 de mayo de 2004, que introdujo varios cambios al art. 189 bis del C. Penal.

No advierto en abstracto, ninguna irracionalidad o arbitrariedad manifiesta que habilite la declaración de inconstitucionalidad, que como bien dice el Dr. Rolón, no fue planteada por la Defensa.

El agravio debe ser tratado en el marco de los agravantes y atenuantes. La Fiscal solicitó la imposición de cuatro años y seis meses de prisión y solicitó que se tengan en cuenta como agravantes la naturaleza de la acción y la afectación de diversos bienes jurídicos, el peligro concreto para la victima, un menor que estaba totalmente indefenso frente a la agresión en curso, que después de dos años de ocurrido el hecho aún tiene miedo. Peligro también para otras personas por el lugar., al ocurrir en la via pública.

La conducta precedente de J. al anunciar a otras personas, lo que iba a realizar, llevando a cabo una acción claramente preparada y direccionada a amedrentar.

Tenia a mano otras vias legales y optó por hacerse justicia por mano propia e incluso la tortura privada

En el caso el Juez receptó los agravantes propuestos por la Fiscalía, justificó el mayor grado de injusto y culpabilidad, evidenciando una falta manifiesta de motivación en las normas y el plus de violencia innecesaria al ostentar un arma cargada de alto poder ofensivo y el peligro concreto para los bienes en juego. Su valoración es correcta; pero neutralizó sus efectos al no subir la escala.

La Dra. C. planteó como atenuantes que la víctima no temió por su vida ni por su integridad física, que la magnitud del daño fue insignificante.

Que a J. le habían robado veinte borregas y que Y. tenía conocimiento como lo dijo Fraifer que había llevado el auto a lavar porque tenía sangre.

Y que el daño para sus negocios es muy importante, lo que hace intolerable la pena por su trascendencia.

Fueron desechados correctamente por el Dr. Rolón al decir que no son atendibles los planteos de la Defensa, el hecho fue objetivamente grave yes más grave todavía, pretender obtener el esclarecimiento del robo, con apremios prohibidos, cuando, tomando la versión de F., lo razonable era cruzarse a la comisaría, hacer la denuncia y procurar que se secuestre el auto y el nylon con sangre, cuando tuvo el dato que había lavado el auto ensangrentado.

Apuntar a la cabeza con un arma de fuego es una conducta objetivamente apta para amedrantar, pero para reforzar este punto tanto E. como la Oficial V. V. S., coincidieron en que el menor Y. se encontraba nervioso y asustado eldía del hecho y en el debate, dos años después E. T. Y., volvió a manifestar que quiere que esto se termine y que todavía tiene un poco de miedo, que por ahí se puede juntar con él y vuelve a hacerle lo mismo.

El mayor o menor daño económico que le puede aparejar la pena, son los normales efectos negativos de la prisión, que los sufren todos los condenados.

Los únicos atenuantes a considerar son la falta de antecedentes penales y el buen concepto que goza en El Maitén, y no pueden tener el peso que pretende la defensa para inclinar la balanza a su favor hasta perforar el minimo.

Comparto el criterio de mi colega, solamente procede la perforación del minimo ante casos especiales de menor culpabilidad, que no se dan en el caso y como dijo la Dra. Bottini, ya es una disminución especial, el no mensurar los agravantes, por lo que la pena

de tres años y seis meses debe ser confirmada y asi lo voto.

El Dr. De Franco dijo: 1.- Que he sido convocado para intervenir en este legajo fiscal Nro. 18145-Esquel luego que la Sra. Defensora del imputado, P. N. J., Abogada G. V. C., dedujera impugnación ordinaria contra la sentencia registrada bajo el número 1798/13 por la que se declara a su pupilo autor responsable del delito de Amenazas Calificadas por el uso de armas y Portación Ilegal de Armas de Fuego en concurso ideal (arts. 149 bis, primer párrafo, 2do. Supuesto, 189 bis, inc. 2, 4to. párrafo y 54 del Código Penal) por el que se lo condenara mas tarde (Res. N° 2618/13) a la pena de tres años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas, todo ello por el hecho acaecido el 26 de julio de 2011 en perjuicio de E. T. Y..

La letrada patrocinante circunscribe su queja contra la sentencia alrededor de cuatro argumentos:

En primer lugar, se agravia en base a que la sentencia ha "tomado como prueba decisiva elementos que claramente fueron incorporados al juicio vulnerando las garantías del debido proceso y el derecho a la no autoincriminación".

En segundo término, hace referencia nuevamente a la afectación de la garantía de no autoincriminación.

Luego, afirma que en la sentencia se ha merituado prueba inexistente, ya que el Juez de la sentencia afirma que los testigos R., Y., V. y F. observaron a J. con un arma en su poder antes de la disputa, no encontrando la abogada manifestación alguna de los testigos en tal sentido.

Por último, se agravia del monto punitivo establecido por considerar que la aplicación del mínimo impuesto se aparta en forma "flagrante a los principios constitucionales que determinan los limites impuestos por los principios de culpabilidad de acto, lesividad objetiva y proporcionalidad de la pena...", concretando su pretensión

en la audiencia, en el sentido que solicitaba la "perforación del minimo legal".

2. - El MPF, a través de la Fiscal General Dra. María Bottini, contesta la impugnación a fojas 75/82, manifestando en lo sustancial, respecto del primer agravio, que "...los actos llevados a cabo que se plasmaron en el acta de procedimiento cuestionada, fueron totalmente reproducidos por los testigos que depusieron durante el debate... y dan cuenta de una diligencia totalmente ajustada a derecho, de una actuación policial de acuerdo a los cánones legales y constitucionales, que era la debida, ya que existía un riesgo cierto y un peligro concreto para la vida de las personas que se encontraban en el lugar del hecho y para terceras personas ..."

Puntualmente, respecto a la falta de firma por parte del imputado, dice que es un defecto formal cuya ausencia no se encuentra sancionada con nulidad y que V. aludió a que el Sr. P. se negó a firmar el acta y por una omisión olvidó consignar tal situación; sobre la ausencia de testigo civil, también fueexplicada por el oficial actuante, refiriéndose a la situación de urgencia y de riesgo, lo que no era aconsejable dada la situación.

En punto al segundo agravio, la contradicción en que habría incurrido el Dr. Rolón, entiende, por el contrario, que lo que el Juez indicó es precisamente que el procedimiento fue legal porque el imputado no fue coaccionado para entregar el arma, sino que ello fue de manera voluntaria, a lo que agrega que la policía estaba habilitada a secuestrar el elemento aun sin el consentimiento del imputado.

En cuanto a lapresunta valoración de prueba inexistente, dice la Agente Fiscal que, tal como lo dice el juzgador, el "factum" imputado fue presenciado por tres personas: Y., R. y V., los tres vieron a J. con ’ un arma de fuego y además increpando a Y., apuntándolo, utilizando sin lugar a dudas el arma de fuego como medio intimidante.

Por ultimo, en cuanto a la pena impuesta, sostiene la Fiscalía la sanción, a pesar de su petición mayor, por cuanto el Juez hace mención a los agravantes existentes

para luego neutralizarlos y aplicarel mínimo de la pena prevista, mas allá de todas las circunstancias que implican un mayor grado de culpabilidad por el hecho y que ameritan la aplicación de una pena que se aleje del mínimo. Agrega que las motivaciones que llevaron al Sr. J. a delinquir también son vistas por esta parte como una agravante ya que el nombrado sin perjuicio de su nivel cultural optó por la vía de la justicia por mano propiae incluso la tortura privada, teniendo a mano la viales legales para proceder en caso de sospechar ser victima de un delito, y posibilidad de motivarse en la norma.

En definitiva, solicita se rechace la pretensión defensista.

3. - Expuestos asi los agravios de la Defensa y el responde Fiscal, es hora de avocarme a la faena para la que fui convocado. Ello asi, luego de analizar la sentencia recurrida, a la luz de la critica efectuada, debo adelantar que no es posible acompañar las postulaciones del recurrente en ninguno de los agravios transcriptos.

En detalle, respecto al tratamiento de las nulidades planteadas en el debate (y reiteradas en la audiencia a tenor del art. 385 del ritual), considero que el Dr. Rolón resuelve adecuadamente las cuestiones a la luz de las mandas legales aplicables y la prueba rendida en el debate.

Asi, al planteo de la ausencia de cumplimiento de las formalidades legales del acta de inicio de las actuaciones, la que refleja el secuestro del arma presuntamente utilizada en el hecho dañoso, contesta que "el art. 130 CPPCh. establece su último párrafo que la omisión de estas formalidades solo priva de efectos al acta, o torna invalorable su contenido, cuando ellas no pueden ser suplidas con certeza sobre la baste de otros elementos de prueba...".

Desde esa premisa, coteja acertadamente las manifestaciones de los testigos que desfilaron por la audiencia de juicio, en particular, las del Sr. D. R., quien, efectivamente afirma, tal como surge del registro de audio, que ubicó a Y. en inmediaciones de la

Estación de Servicio, lugar al que se hizo presente P. J. a bordo de una camioneta, deteniendo su marcha a escasos metros de donde se encontraban, bajando del vehículo e intentando sujetar a la victima del cuello con un alambra de fardo, para extraer finalmente un revolver con el, que le apunto a la cabeza, preguntando por el paradero de las orregas sustraídas. Tiene en cuenta también el testimonio del subcomisario C. A. V. quien, alertado por R., se constituye en el lugar pudiendo observar al imputado que tenia sujeta a otra persona del cuello llamándole la atención que tenia un arma de fuego en la mano.

Trae a colación también la declaración de F., encargado del lavadero, quien protagonizó la discusión entre los protagonistas, vio un golpe de puño arrojado por el imputado y cómo arrastró a Y. a la parte de atrás del galpón, observando cuando el Subcomisario V. traia el arma presuntamente utilizada.

Por todo ello, de toda la evidencia que apoya la versión de los hechos dada por el Subcomisario, no puede sino convalidarse la veracidad del contenido del acta con los hechos acaecidos esa tarde.

Pero a mas de ello, no puede olvidarse que en el caso operan las facultades (y mas que ello, obligaciones) de la Policía en los casos en que mas allá de la represión del delito, nos encontramos en situaciones de prevención y/o de situaciones en las que se pretende, como en el caso, evitar que un delito en curso pueda llegar a consumarse o continuar provocando mayores perjuicios.

Es claro el art. 217 del CPP cuando obliga a la Policía, "en los delitos de acción pública, a aprehender a quien sorprenda en flagrante, o a quien persiga o indique el clamor público, o la victima, como autor de un hecho punible...con el fin de evitarla consumación del hecho punible o que él produzca consecuencias ulteriores... o para conservar elementos de prueba...".

Valga la aclaración que tal disposición no es más que unos de los aspectos regulados en la Ley XIX-N° 5 de Organización de la Policía (antes ley 815) que en su art.

Articulo 11 establece que "La Policía de la Provincia es representante y depositarla de la fuerza pública en su jurisdicción. En tal calidad le es privativo... b) Hacer uso de la fuerza cuando fuere necesario mantener el orden, garantizar la seguridad, impedir la perpetración del delito y en todo otro acto de legitimo ejercicio...".

Por otra parte, es función de la Policía Judicial, art. 121 CPP, "3) practicar la aprehensión en los casos de flagrancia, conforme con las disposiciones de ese instituto [articulo 217]; ... 5) resguardar el sitio del suceso y cuidar que los rastros e instrumentos del delito sean conservados...". . .

Por lo tanto, la actuación del Sub comisario V., ante la premura del caso (no siendo atendible la observación de la defensa por la obvia sinonimia entre esta palabra y el término "urgencia") no ameritaba testigo civil alguno, poco interesa si el arma fuera entregada voluntariamente puesto que de todos modos se encontraba habilitado el numerario a proceder por la fuerza en un acto de evidente y legal coacción directa administrativa y poco importan los defectos formales de un acta que solo vienen a ilustrar lo que los testigos del debate manifestaron como efectivamente sucedido.

Vaya contestado de paso aqui el segundo agravio, atento lo dicho acerca de que mas allá de si hubo entrega voluntaria o no del arma en cuestión, en nada se afecta la garantía de autoincriminación puesto que el secuestro del arma lo fue ante una orden legitima de la autoridad competente, enmarcada en la necesidad de impedir que el hecho continúe teniendo en efectos, y nada tiene que ver, repito, con el aseguramiento de que nadie sea obligado a declarar contra si mismo. .

4. - En punto al tercer agravio, la prueba inexistente con que se pretende construir la sentencia, decididamente no puede atenderse el motivo de impugnación.

Por el contrario, considero que. es profusa la prueba reunida para un caso de extrema sencillez en su investigación, atento su carácter de in fraganti y con testigos presenciales inclusive. En efecto, tanto la victima Y. como el testigo R. afirmaron en la

audiencia categóricamente haber visto sacar el arma de la cintura por parte del incuso, apoyándola en la cabeza del primero.

Por su parte, V. da cuenta de formas y circunstancias en que secuestró el arma, al acudir a la convocatoria de R., luego de haber evitado consecuencias ulteriores del delito y solictarle a J. la entrega del instrumento.

Que el arma secuestrada de ese modo, es exhibida al agente E., quien admite no haber visto el preciso instante del secuestro pero vió que el Subcomisario la traia al momento que le pedia que lleve a Y. a la Seccional.

No cabe duda tampoco, a pesar de los embates de la defensa, que el arma que fuera peritada por la Lie. G., incorporada al debate con la declaración de la perito, es el mismo revólver calibre 38 especial, marca Colt, identificado con el Nro. de serie XXXXXX, con tambor rebatible a la izquierda con capacidad para alojar 6 cartuchos de color plateado, con funcionamiento en simple y doble acción, con cachas plásticas, de color negro, todo ello a pesar de no ser exhibida en el curso del juicio, tal la descripción de Y., la confirmación de E. y la aseveración de V., arma que, a la sazón, se encuentra registrada a nombre de la madre del imputado.

Por último, en el terreno probatorio, no puede cuestionarse que el arma funcionaba y estaba cargada, requisitos ineludibles para la configuración del delito de portación, a estar a los resultados de la pericia aludida que asi lo indica.

5. - En cuanto a la mensuración de la pena, brevemente diré que si bien soy partidario de la idea que los mínimos establecidos en las respectivas escalas penales de los distintos injustos son apreciaciones del legislador acerca de la mínima gravedad a la afectación del bien jurídico que se trate, no menos cierto es que esa estimación es meramente indicativa, siendo posible de ser "perforada" por el Juez en casos de escasa culpabilidad, pena natural sufrida por el sujeto activo en la comisión del delito, afectación de derechos del encartado por parte de la prevención en el momento de la investigación

del suceso, etc.

Asi, comparto la idea expuesta en forma elocuente por Ferrajoli cuando afirma: "...a mi juicio, al menos para las penas privativas de libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal: sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo" (Luigi Ferrajoli, "Derecho y Razón", Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 400).

También sobre el tópico se ha expedido el profesor Zaffaroni al decir que: "los mínimos no pueden tener otro alcance que el meramente indicativo, porque el principio republicano obliga a los jueces a apartarse de ellos cuantas veces sea necesario para salvar principios constitucionales o internacionales, como sucede cuando las circunstancias concretas del caso demuestran que las penas conforme al mínimo de la escala lesionan el principio de humanidad" (Zaffaroni-Alagia-Slokar, "Derecho Penal, Parte General", Ediar, 2000, p. 125).

En ese sentido el Juez Mario Juliano haescrito con elegante pluma que "la medición de la pena debe responder en forma estricta a la culpabilidad que en el caso especifico debe atribuirse al imputado, y que si bien —en principio- dicha la pauta mensurativa está dada por las escalas previstas por el legislador y contenidas en cada uno de los tipos que prevé el Código Penal, no puede descartarse la existencia de casos concretos donde los mínimos excedan el reproche que debe formularse, supuesto en el cual hay que apartarse delos aludidos márgenes, e imponeruna sanción proporcionada a la culpabilidad..." (Juliano, Mario; Nuevos aportes a lanaturaleza indicativa de los minimos de lasescalaspenales;http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/05/julian o.pdf). - Pero en el caso, sin perjuicio de la evidente desproporción entre las magnitudes de pena en que incurre el legislador al prever un mínimo de pena para un delito de peligro mucho mayor que varios delitos de lesión los que la norma del art. 189 bis intenta

anticipar la punición (ver escalas deportación de armas y abuso de ellas,por ejemplo), no encuentro que las circunstancias del caso ameriten una aplicación de pena por debajo del estándar legal ya que, en los hechos, al aplicar el mínimo a pesar de las numerosas agravantes existentes en la especie, hacen que la respuesta punitiva impuesta por el Juez Rolón sea la adecuada al caso.

Me explico. La pena prevista para la portación de armas de guerra es elevada, comparado ello con otras penas previstas para delitos de mayor puesta en peligro de bienes jurídicos e incluso para algunos de lesión consumada. Pero ello, no implica de por si para este caso, que la aplicada sea desproporcionada a la magnitud del injusto y el grado de aberración de los motivos que lo impulsaron a cometer el delito acreditado.

Ha resaltado el juez Rolón "circunstancias que son demostrativas de la falta manifiesta de motivación en las normas del sindicado" (fojas 58); en concreto, ostento el arma con la que le apunto a la cabeza con un arma de fuego que estaba cargada y apta para el disparo.

Destaca, acertadamente, que el imputado cuenta con más de cuarenta años de edad, una persona madura, "que tendría que tener una capacidad de reflexión adecuada a su edad; tiene en cuenta su posición social y educación como importantes para determinar su capacidad para reconocer la antijuridicidad del hecho y para determinarse.

Hace mención, correctamente a la gravedad del hecho, al temor que sufrió el joven amenazado, aun al tiempo del debate dos años después; el anuncio de la acción que iba a realizar, lo que demuestra una mayor ideación del injusto y el peligro concreto que corrió la vida de Y. y los testigos presenciales del hecho ubicados en el lugar público (fojas 58, al final}.

A pesar de todo ello, que permitirla la agravación de la sanción, decide el sentenciante sobre la base de "el mínimo elevado de la figura que determina la pena a aplicar me lleva a proponer una pena final en el segmento inferior de la escala penal".

Por ello, siendo que se ha aplicado la pena mínima prevista, a pesar de haberse infringido dos dispositivos penales, la plena posibilidad de autodeterminación y que los motivos que lo impulsaron a delinquir estaban lejanos al salvamento de un bien jurídico (mas alia de sus sospecha no acreditada acerca de la autoría de la victima de un desapoderamiento de animales propios), y no habiendo la defensa explicado suficientemente las razones por las cuales deberla apartarse el magistrado de la' escala prevista en la ley, más allá de afirmar dogmáticamente la violación a preceptos constitucionales, no demostrando el agravio concreto o la afectación a interés alguno, propongo al pleno la confirmación de la pena impuesta a P. J..

6. - Por último, en punto a los honorarios de la Defensora Particular Dra. G. C. en mérito a la calidad, extensión y eficacia de su actividad, (art. 44° Ley XIII-N°4 ; antes Ley 2200) voto por la regulación del equivalente a un tercio del monto regulado en primer instancia.

Por ello, la Excma. Cámara en lo Penal de la Ciudad de Esquel, por unanimidad

F A L L A :

1) **CONFIRMANDO la sentencia** dictada por el Señor Juez Penal Dr. Ricardo Raúl Rolón, con fecha 27 de noviembre de 2013, registrada con el Nro. 2618/13, condenando a P. N. J. a la pena de tres años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo, por la comisión del delito de Amenazas calificadas por el uso de armas y portación ilegal de arma de fuego de guerra en concurso ideal (arts. 149 bis, ler. Párrafo 2do. Supuesto, arts. 189 bis inc. 2do. 4to. Párrafo, y 54 del Código Penal) por el hecho ocurrido el 26 de julio del año 2011 en la localidad de El Maitén, provincia del Chubut, en perjuicio de E. T. Y..

2) **REGULANDO** los honorarios profesionales de la Defensor Particular Dra. G. C., en el equivalente a un tercio del monto regulado en primer instancia, todo conforme

las pautas previstas en los arts.l; 3; 5, ines. b, c, d y f; 7; 44 y ccdtes. de la ley de aranceles, los cuales deberán ser abonados dentro del plazo de 10 dias de quedar firme la presente, procediéndose conforme lo prescripto en el art. 250 .del C.P.P. (art. 44° Ley XIII-N°4 ; antes Ley 2200 Y (art. 240 del C.P.P.).

3) Protocolícese y comuniqúese.

4) Se deja constancia que el voto del Dr. Alejandro De Franco, ha sido remitido por correo electrónico, con firma digital, que se incorpora a esta sentencia. Asimismo, se ordena agregar copia de la recepción del mail en la Carpeta Judicial. Ello, sin perjuicio de su remisión para la suscripción material.

Registrada bajo el nº 597/14
Fdo. Nelly Garcia. Carina Paola Estefania.