

**El principio de responsabilidad por el acto y la portación de
antecedentes del artículo 189 bis, inciso 2º, párrafo 8º del Código
Penal. Una década de reflexiones.**

I. Introducción.

En su investigación titulada “Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad”¹ Massimo Pavarini se pregunta, en relación a los trabajos que desde los años sesenta hasta nuestros días continúan desenmascarando el discurso positivista, si tiene aún sentido forzar esta puerta ya abierta y seguir desmintiendo la falacia naturalista del delito. Dos años antes, al tratarse el proyecto de reforma al régimen de armas, municiones y explosivos del Código Penal, y casi como queriendo responder por anticipado a las inquietudes del destacado criminólogo, uno de los miembros de la Cámara Alta sostenía en su exposición: “En consecuencia, si bien al que comete ciertos tipos de delitos, como los que están hoy en boga, no lo vamos a disuadir de que no los cometa -si ya tiene en sus genes el hecho de ser delincuente, como decía Lombroso-, se aplicará aquí el sentido retributivo, ya que lo vamos a sacar de circulación para que no siga cometiendo delitos”².

El 14 de abril del año 2004 el Congreso de la Nación sancionó la ley nro. 25.886 que introdujo la actual redacción del artículo 189 bis, inciso 2º, párrafo 8º del Código Penal, a saber: “el que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de cuatro a diez años”.

¹ Ed. Ad-Hoc, Colección Criminologías, IV, directores Beloff, Mary - Sozzo, Máximo, traducción Sozzo, Máximo - Candiotti, Magdalena, 1era edición, Buenos Aires, Septiembre 2006, pgs. 267/68.

² Intervención del Senador Dr. Eduardo Menem, sesión del 14 de abril de 2004 del Honorable Senado de la Nación.

Es conocido y sobran las referencias al contexto social en el que se sancionó la reforma (el denominado “efecto Blumberg”). Interesa resaltar sin embargo, más allá de la sorpresa que causaría al propio Lombroso el ser catalogado como “retribucionista”, que la norma representa una cruz entre los aspectos menos felices de la *scuola* y el moderno populismo penal. Pone eje en la constitución moral del delincuente, pero a su vez, lo que en tiempos del positivismo se presentaba como un sólido armado de razonamientos científicos, meticulosamente elaborados tras años de observación empírica, ha sido reemplazado con legislaciones de emergencia punitiva pasadas al calor de la presión electoral, y adecuadamente descriptas en un voto de los camaristas Bruzzone y Lucini como “asistemática, signada por criterios espasmódicos, ocasionales, contradictorios y simbólicos”³.

Como era de esperarse el debate sobre la validez de la agravante se instaló casi de inmediato en la jurisprudencia y la literatura especializada. Ahora, en abril de este año se ha cumplido una década desde la incorporación de esta norma al ordenamiento jurídico argentino y nos pareció que esto brinda una interesante oportunidad para detenernos en el cúmulo de opiniones que ha ido dejando la figura en su recorrido por el sistema. Conforme al material que hemos logrado reunir, el párrafo 8vo es sospechado de conculcar, alternativamente y según la fuente que se consulte, hasta once garantías y principios de la Ley Fundamental (legalidad, culpabilidad, principio de acto, lesividad, *ne bis in idem*, presunción de inocencia, igualdad ante la ley, proporcionalidad de la pena, división republicana de poderes, dignidad y razonabilidad).

Más que arrojar dudas sobre los alcances de algún derecho específico el dispositivo parece irritar cierto sentimiento general de justicia,

³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VI, “Gil, Omar A.”, rta. el 25 de abril de 2007.

devolviendo múltiples hipótesis en torno a las razones de su disconformidad con el plexo de garantías. En definitiva, se trata de un verdadero caso testigo, inmejorable para ponernos al corriente sobre el estado de los estudios constitucionales.

Otro motivo que suma atractivo a la propuesta radica en que el año pasado el asunto recibió tratamiento ante la Corte Suprema en los casos “Maciel” y “Taboada Ortiz”. Si bien la mayoría del Tribunal declaró inadmisibles los recursos y omitió pronunciarse sobre el fondo, las posturas encontradas de los ministros Argibay y Zaffaroni dejaron un interesante contraste de opiniones que de seguro contribuirá a mejorar nuestra comprensión sobre los principios en juego.

II. El tipo penal.

El artículo 189 bis, inciso 2º, párrafos 3º y 4º reza: *La portación de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de 1 año a 4 años.*

Si las armas fueren de guerra, la pena será de 3 años y 6 meses a 8 años y 6 meses de reclusión o prisión.

Como adelantamos, el párrafo octavo prescribe: *el que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de cuatro a diez años.*

Sin ánimo de extendernos en el análisis del tipo básico, recordemos que “portar”, como ha sido entendido pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia, implica llevar sobre sí el artefacto en un lugar público y en condiciones de uso inmediato. Asimismo, la figura contiene dos elementos normativos que remiten para su definición a la ley n° 20.429 y a los reglamentos que sancione la autoridad administrativa: “debida

autorización legal” y “arma”. Con respecto a las armas de fuego, el artículo 3.1 del reglamento aprobado por el decreto n° 395/75, entiende por tales aquellas que utilizan la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia.

Para que se configure el delito el arma debe resultar idónea para sus fines, conclusión a la que puede arribarse por tres vías: a) porque el concepto mismo de “arma” implica su aptitud para causar daño de un modo que exceda la mera condición de objeto contundente, b) porque una interpretación de los denominados delitos formales mínimamente respetuosa del principio de lesividad impone exigir cuanto menos una chance de afectación al bien jurídico, o c) porque si el verbo “portar” denota la capacidad de uso inmediato, esto llevará naturalmente a exigir el regular funcionamiento del mecanismo.

En cuanto al aspecto subjetivo se requiere dolo directo y, en especial, ánimo de portación. Es atípico el contacto fugaz de quien toma la cosa para inspeccionarla, desarmarla o cederla rápidamente a otro. El agente debe ingresarla a su ámbito inmediato de dominio concibiéndola como un recurso ofensivo/defensivo a su disposición.

A partir de su encuadre tradicional como delito de “propia mano”, se discute si es admisible una portación compartida (ej. dos personas llevan el arma en la guantera del auto mediando acuerdo de que, llegado el caso, cualquiera puede utilizarla). En general, el mérito de esta noción - *delicta propria*-, depende de la relevancia que se asigne a la situación física de las personas y los objetos para delimitar el concepto de autoría, cosa que en nuestro caso nos permite aceptar la posibilidad de una capacidad de disposición plural y una co-titularidad del riesgo para la seguridad pública.

Pasemos ahora a la figura calificada. Sobre el carácter del arma a los efectos del 189 bis, inc. 2, párr. 8vo, el legislador ha colocado bajo un

mismo manto de disvalor las catalogadas como de guerra y de uso civil. Evidentemente se ha entendido que la temibilidad del individuo que registra condenas o causas pendientes eclipsa de tal modo la naturaleza peligrosa del objeto que resulta superflua toda discriminación según calibre.

Por otro lado, hablamos de un delito especial impropio pues se requiere, para ser sujeto activo de la modalidad agravada, registrar antecedentes penales por delitos dolosos contra las personas o con el uso de armas, o encontrarse gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior. Respecto al primer supuesto, podrían plantearse dudas sobre si corresponde circunscribir su aplicación a sentencias condenatorias pasadas en autoridad de cosa juzgada (téngase en cuenta que no cualquier caso de condena no firme quedará automáticamente comprendido en la variante de excarcelación o eximición). La solución afirmativa no resulta para nada evidente si se tiene en cuenta que el precepto llega incluso a incriminar estadios previos al auto procesamiento, evidenciando el interés por captar todas las instancias en el curso del expediente paralelo. Sin embargo, la denominación “antecedentes” ha de entenderse referida a actos procesales susceptibles de anotación registral, y el artículo 2 de la ley 22.117, que menciona la sentencia de condena en el punto i), establece que la resolución será comunicada al Registro Nacional de Reincidencia dentro de los cinco días de *adquirir firmeza*.

Asimismo, debiera contemplarse la aplicación por analogía *in bonam partem* de las limitaciones previstas en los párrafos tres y cuatro del artículo 50 CP para la reincidencia tradicional, verificando que la condena no haya sido impuesta por delitos políticos, amnistiados, cometidos por menores de dieciocho años de edad, o que desde su dictado no hubiese transcurrido igual tiempo al de la pena, no pudiendo

en ningún caso exceder de los diez años⁴. Estas reglas traducen un principio de derecho penal material que reclama cierta actualidad en el disvalor del antecedente y a falta de aclaración rige también para las normas de parte especial⁵.

Es dudoso que pueda decirse lo mismo respecto a la necesidad de que la condena haya sido total o parcialmente cumplida. Siendo una cuestión de primer orden no cabe suponer imprevisiones y el silencio en la redacción se presenta más claramente como el producto de una decisión legislativa en contrario; frente a escenarios de pena de ejecución condicional o evadida sólo quedará recurrir, como se ha hecho en algunos casos, a la declaración de inconstitucionalidad⁶.

La ley tampoco aclara si la excarcelación o eximición de prisión deben haber sido dictadas, al igual que la condena, en un proceso seguido por delito doloso contra las personas o con portación de armas o en cambio puede tratarse de cualquier ilícito, aunque, esta vez por obvias razones de coherencia sistemática, no podría admitirse que el episodio de menor certeza procesal resulte el más abarcativo.

En otro orden de cosas, se ha señalado que: ““no puede incluirse en el concepto de delito que se comete con el “uso de un arma” a la simple tenencia o portación, donde la acción no consiste en “utilizar” sino simplemente en “tener” o “portar” el arma. La ley quiere incluir en la figura analizada aquellos casos en que se utiliza un arma para ejercer violencia o intimidación sobre la víctima..””⁷.

⁴ Omitimos la mención de los delitos previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar dada su derogación por ley 26.394.

⁵ La jurisprudencia no se ha mostrado receptiva a esta posibilidad y el planteo fue expresamente rechazado por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en “Rodríguez, Marcelo José s/ inf. art. 189 *bis* CP”, rta. el 04/07/08.

⁶ Ver el voto del Dr. Julio Maier en TSJCABA, “Taboada Ortiz”, rta. el 29 de julio de 2009.

⁷ De la Fuente, Javier Esteban y Salduna, Mariana “Régimen Penal de las Armas y Explosivos”, en Reformas Penales, coordinador Edgardo Alberto Donna, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2004, pg. 231.

Al igual que el tipo básico la hipótesis agravada se enrola entre los delitos denominados de peligro abstracto. En rigor, correspondería hablar de un peligro abstracto graduado, ya que el subsistema de represión al contacto con materiales restringidos que instrumenta el art. 189 bis establece sanciones diferenciales para la portación simple (párrafos 3º y 4º), la portación ilegítima con permiso de tenencia (párrafo 5to), aquella donde por la circunstancias del hecho y las condiciones personales del agente pueda inferirse la ausencia de voluntad de utilizar el arma con fines delictivos (párrafo 6to) y la portación agravada por registrar antecedentes o causas en trámite (párrafo 8vo). No obstante, también advertimos que la atenuante del párrafo 6to encarga al juez la verificación de la eventual disminución del peligro *concreto* por ausencia de fines ilícitos, por lo que, en tren de precisiones, tras la reforma introducida por la ley 25.886 se ha perfilado un régimen mixto de riesgos que combina presunciones *et de iure* y *iuris tantum*.

De las desprolijidades que exhibe la ley, sin duda la más burda tiene que ver con la posibilidad de que una persona resulte condenada a tenor del artículo 189 bis, inc. 2, párrafo 8vo por haberse encontrado gozando de una excarcelación o eximición, y luego se dicte su absolución o sobreseimiento en el expediente donde había accedido al beneficio. En estas situaciones no encontramos otro remedio que hacer lugar a un eventual recurso de revisión y declarar la inconstitucionalidad del tipo calificado por acreditarse un hecho nuevo que lo torna manifiestamente irrazonable en el caso concreto (arts. 1, 28 y 33 CN). El problema es que entonces se estaría consintiendo una diferencia entre individuos efectivamente absueltos o sobreseídos, para quienes se juzga inaplicable la agravante, y personas todavía no condenadas, que pasarían a gozar de un estado de inocencia precario.

Como puede verse estamos frente a una disposición compleja y que insumirá, por parte de quienes la consideren válida, no pocos esfuerzos de interpretación para reducir sus márgenes de irracionalidad.

III. Los principios de igualdad ante la ley y proporcionalidad de la pena.

Entre los varios defectos constitucionales que se atribuyen al 189 bis, inc. 2, párrafo 8vo, se cuenta una posible transgresión al principio de igualdad. Sostiene Alejandro Tazza: “Tampoco resulta un trato igualitario agravar la penalidad de la **portación de armas** para quien ha sido condenado, por ejemplo, por un delito de lesiones leves doloso... y no hacerlo para quien fue condenado por falsificar moneda de curso legal o por incendio doloso, por no tratarse éstos de un delito contra las personas o con el uso de **armas**.”⁸. Destaca la posibilidad de que una persona condenada por el delito de omisión de auxilio (art. 104 CP) o instigación al duelo (art. 99 CP), ambos reprimidos con pena de multa, porte luego un arma de uso civil y quede expuesto a semejante escala.

En los mismos términos, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba⁹, ha entendido que la norma violenta el art. 16 CN al efectuar una irrazonable diferenciación entre individuos que registran condenas por comisión de delitos aún más graves pero sin el empleo de armas (ej. abuso sexual en perjuicio de menores) a quienes sólo se computaría la conducta previa dentro del marco penal ordinario, y los reincidentes por delitos cometidos mediante armas para los que se establece una escala diferencial.

⁸ Tazza, Alejandro O. “Circunstancias agravantes del delito de portación de armas de fuego. Objeciones constitucionales”, La Ley 2007-C, 936, la negrita es del original.

⁹ Sala Penal, “Cuello, Juan Antonio s/ ejecución de pena privativa de libertad - Recurso de Revisión” (Expte. “C”, 66/2009, S. n° 39), rta. el 10/03/2010.

Similares consideraciones se desprenden del voto del juez Yacobucci en la causa “Rivas, Osvaldo A.”: “Así, se dará el absurdo sistemático, ya advertido por algunos, de que un condenado por aborto o alguien que lo fue por lesiones leves, vea agravada su situación por la portación ilegal de arma de fuego, mientras que el miembro de una asociación ilícita o un grupo que concreta robos en poblado y en banda, roba mercadería en tránsito, etc., no aparecerá alcanzado por la calificante”¹⁰.

La diferenciación en orden a la clase de antecedentes también ha servido para fundar valoraciones positivas sobre la razonabilidad del tipo. Uno de los motivos que llevaron al juez Zaffaroni a proponer la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia en “Álvarez Ordóñez”, decía: “Es obvio que el autor de unas lesiones no demuestra mayor perversidad porque haya sido condenado anteriormente por libramiento de cheques sin provisión de fondos”¹¹. Probablemente haciéndose eco de este argumento, que descalifica los sistemas de reincidencia genérica, la jueza Argibay *in re* “Maciel” (resuelto en la misma fecha), tras considerar que los fundamentos tenidos en cuenta por la Corte para legitimar el artículo 50 CP resultan trasladables a la portación agravada del 189 bis, agrega que esto es “...con una distinción que redundará aún en mayor beneficio para afirmar la razonabilidad de la figura en estudio. En efecto, como ya se anticipara en el considerando precedente, se trata aquí de una agravante específica que está integrada solo por las agresiones criminales previas que hubieren sido cometidas dentro de un ámbito de ilicitud que, de un modo u otro, está ligado con la figura básica de portación de arma”¹².

Se hace bien en no hablar puntualmente de “reincidencia específica”, pues el 189 bis no exige identidad de tipos penales, ni “cuasi específica”,

¹⁰ CFCP, Sala II, “Rivas, Osvaldo A. y otros” rta. el 22 abril de 2009.

¹¹ CSJN “Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/causa 10.154”, rta. 05/02/2013.

¹² CSJN “Maciel, Marcelo Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad”, rta. 05/02/2013.

ya que tampoco es necesario que coincida el bien jurídico afectado. El párrafo octavo inaugura un esquema al que cabría denominar de “ilicitud conexas”.

Es verdad que la categorización de ilícitos que darán pie al tipo calificado no parece descansar en la gravedad objetiva del hecho previo sino en su afinidad con la supuesta tendencia a un empleo indebido del arma. Claro que esta explicación no pone a salvo la figura de otros reparos constitucionales, pero ciñéndonos de momento al artículo 16 CN, y exceptuando casos donde el paralelo se torna indefendible, como el aborto consentido o causado por la mujer (art. 88 CP); a modo general no puede juzgarse arbitrario, en la lógica de la ley, que el comportamiento más leve (ej. lesiones o abuso de armas) sea valorado por sobre otras infracciones de mayor entidad al catálogo penal (ej. envenenamiento de aguas potables, asociación ilícita, contrabando, comprometer la paz y dignidad de la Nación), que suelen presentarse bajo modalidades comisivas y motivacionales distintas, o socavan otros bienes jurídicos. A lo sumo las críticas a tenor del principio de igualdad serán las que corresponden a cualquier sistema de reincidencia específica (o en este caso *pseudo* específica).

Otro señalamiento relacionado con la validez de la agravante hace al principio de proporcionalidad de la pena. Si tenemos en cuenta que autores como Soler, Núñez, Carrera, y Lavayen y De Martini¹³ concebían los delitos de tenencia como infracciones de naturaleza contravencional o de policía administrativa, elevadas artificialmente por el legislador al rango de ilícitos penales¹⁴, no puede extrañar que una escala de cuatro a diez años cause preocupación.

¹³ Conf. Donna, Edgardo Alberto “Derecho Penal. Parte Especial”, Ed. Rubinzal - Culzoni, 1era edición, Santa Fe 2000, T II-C, pg. 103.

¹⁴ Se debe originalmente a Feuerbach la distinción, hoy superada, entre delitos e infracciones de policía, entendidos los primeros como portadores de un real injusto material consistente en la lesión a derechos subjetivos o bienes jurídicos clásicos, y las segundas como prohibición de comportamientos contrarios a

Los primeros en llamar la atención sobre este punto fueron De La Fuente y Salduna: “No hace falta un profundo análisis dogmático para advertir que la pena es absolutamente desproporcionada pues, a pesar de que estamos ante un delito de peligro abstracto que no exige ningún resultado material ni de peligro sobre el bien jurídico protegido, se ha estipulado una pena mayor que la prevista con respecto a ciertos delitos que destruyen de manera directa bienes jurídicos fundamentales”¹⁵.

Ejemplifican que la simple portación de un arma de fuego de uso civil, calificada en función del párrafo 8vo, merecerá un castigo más severo que ciertos atentados contra la vida o la integridad física, como el aborto (art. 85 CP), las lesiones leves, graves y gravísimas (arts. 89, 90 y 91), el homicidio y lesiones en riña (art. 95), e incluso el abuso de arma (art. 104). Destacan los autores lo llamativo de esta situación, ya que la portación de un arma de fuego se sanciona con una pena notoriamente superior al efectivo disparo contra una persona determinada.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Córdoba, al declarar la inconstitucionalidad de la norma en el precedente “Cuello”¹⁶, agregó que la pena también supera la prevista para otras acciones de puesta en peligro más intensas de la misma seguridad pública, como el acopio de armas y municiones (art. 189 bis, inc. 3), y que el legislador desconoce elementos razonables de diferenciación previstos en el propio artículo al nivelar la penalidad para la portación de armas de uso civil y las de guerra.

la seguridad pública u otras metas de interés colectivo. Esta teoría bipartita del injusto se expresó en dicotomías como antijuridicidad / antiadministratividad o injusto criminal / injusto administrativo y fue profundizada por Goldshmidt, quien definía como un pseudo derecho a estas pautas ordenatorias de un determinado ámbito de convivencia sin afectación inmediata de intereses individuales. Ver Righi, Esteban “Los Delitos Económicos”, Ed. Ad-Hoc, 1era edición, Buenos Aires, mayo 2000, pgs. 114 y 116.

¹⁵ De la Fuente, Javier Esteban y Salduna, Mariana, ob cit., pg. 229. En sentido coincidente, Rodeiro, Oscar A. “¿Es constitucional la agravante del delito de portación de armas de fuego prevista por el octavo párrafo del artículo 189 bis del Código Penal?”, LLPatagonia 2008 (agosto), 309 y Cepede, Analía de los Ángeles “Portación de arma de fuego de uso civil agravada por los antecedentes penales del autor. Inconstitucionalidad”, LLC 2011 (febrero), 1.

¹⁶ Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, “Cuello, Juan Antonio s/ ejecución de pena privativa de libertad –Recurso de Revisión- (Expte. “C”, 66/2009, S. n° 39), rta. el 10/03/2010.

De esto último se ocupa en detalle el juez Yacobucci en “Rivas”: la portación ilegítima de arma de uso civil se encuentra reprimida con pena de 1 a 4 años, en tanto, si se tratase de un arma de guerra, la escala prevista es de 3 años y seis meses a 8 años y seis meses. De aquí se deduce que la medida de disvalor asignada al riesgo objetivo que el legislador presume en la naturaleza del instrumento es significativa. Sin embargo, el párrafo 8vo establece que cualquiera sea el calibre, la escala penal será de 4 a 10 años de prisión. Esto supone para la portación de arma de uso civil elevar el mínimo de 1 a 4 años -3 años más-, mientras que para la portación de arma de guerra el aumento es de 3 años y 6 meses a 4 años -solo 6 meses-. “Se trata pues de una igualación absolutamente irrazonable, con la notoria desproporción en el agravamiento del mínimo.”¹⁷.

Otros autores canalizan sus preocupaciones aludiendo al principio de lesividad: “Asimismo, entendemos que a través de esta norma ha sido soslayado el principio de lesividad conforme al cual, para que una conducta sea punible, tiene que necesariamente afectar a terceros; y tratándose de una agravante, la misma debería basarse en una mayor lesividad. Ahora bien, ¿En qué aspecto sería mayor la lesividad si el agente que porta ilegalmente un arma registra antecedentes penales o no?”¹⁸.

En contra de estas observaciones puede citarse la postura del Tribunal Superior de Buenos Aires en “Lemes”¹⁹. Por un lado se apunta que el planteo sobre la proporcionalidad no puede corresponder a la escala prevista en abstracto sino a la sanción efectivamente impuesta, que es la que fija la medida del interés del recurrente. De acuerdo a este estándar,

¹⁷ CFCP, Sala II, “Rivas, Osvaldo A. y otros” rta. 22 abril de 2009.

¹⁸ Marini, Lucía L. - Borzi Cirilli, Federico A. “Y un día... la Constitución estuvo primero. Comentario al fallo”, en www.infojus.gov.ar, 2 de Septiembre de 2009.

¹⁹ “Lemes, Mauro I”, rta. 19 de julio del 2006.

se tuvo por no demostrado que la imposición del mínimo en el caso concreto resultase irracional, lesiva de la dignidad humana, desproporcionada o cruel.

Como segundo argumento el TSJCABA reproduce una fórmula empleada por la Corte Suprema de Justicia en “Pupelis, María Cristina” al desestimar el planteo de inconstitucionalidad deducido con relación al artículo 38 del decreto - ley 6582/58 (ratificado por ley 14.467) que reprimía con pena de nueve a veinte años de prisión el robo de automotores cometido con armas. Al castigar un atentado contra la propiedad fijando un mínimo superior al previsto para el homicidio simple, la disposición había sido calificada por autores como Ricardo Juan Cavallero²⁰ como una verdadera “subversión axiológica”. No obstante, a estas inquietudes la mayoría de la Corte respondió: “...el juicio sobre tal razonabilidad no puede fundarse exclusivamente en la comparación de las penas conminadas para los distintos delitos definidos en el catálogo penal, pues el intérprete sólo puede obtener, como resultado de tal comparación, la convicción de que existe un tratamiento distinto de los bienes; pero de ningún modo decidir cuál de las dos normas de igual jerarquía legal comparadas es la que no respeta la proporcionalidad, ya que tan imperfecto método de interpretación lo llevará al dilema insoluble de saber si la una es desproporcional por exceso o si la otra lo es por defecto”.

Párrafo seguido se establece: “..la única interpretación posible es la que enjuicia la razonabilidad de la ley penal confrontándola con las normas de jerarquía constitucional que la fundan y limitan... En este sentido, son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquella que su naturaleza

²⁰ “Irrazonabilidad de la protección penal de automotores” en *Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, Director Ricardo Núñez, Año 10, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1987, pg. 739.

impone (art. 18 de la Constitución Nacional), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales en nuestro orden constitucional”²¹.

Bien. Sobre la necesidad de limitar el planteo a la sanción efectivamente impuesta según postula el TSJCABA, entendemos, por el contrario, que ya en relación a la conminación en abstracto el imputado tiene derecho a argumentar que la justa medida de pena que crea poder encontrar el juzgador sólo será atinada en relación a una escala injusta. Y es que, bien visto, no existe ningún delito por el que corresponda imponer cuatro años de prisión, sino delitos por los que corresponde imponer cuatro años de prisión *en el marco de la escala X*. Si la determinación del castigo consistiese en un juicio de correspondencia absoluta entre la gravedad ontológica del hecho y una cantidad fija de sanción de entre todas las imaginables, entonces efectivamente podría ocurrir que el monto surgido de una escala exorbitante fuese ajustado al caso concreto. Pero como la individualización de la pena supone un juicio aproximativo condicionado por otro juicio aproximativo de carácter general (escala); un cálculo dentro de un estimado previo donde el monto se construye tomando por referencia los extremos, entonces el vicio en el marco de apreciación se transporta necesariamente a la sentencia. En otras palabras: si la cuantificación judicial es un equilibrio dentro de la escala, y la escala a su vez no está calibrada en relación al delito, es imposible que sí lo esté la condena.

²¹ fallos 314:424, cons. 7º y 8º, voto de la mayoría.

Mayores son las dificultades que presenta el razonamiento de la Corte en “Pupelis”. El fallo descalifica el método de valoración cruzada de escalas como técnica para el examen de proporcionalidad y sienta que la norma sólo puede confrontarse con la propia garantía constitucional. Ahora, el problema con prescindir de toda referencia comparativa es que el principio de proporcionalidad no contiene en sí mismo las precisiones requeridas para su aplicación. En este punto la sentencia ofrece, como parámetro sustituto, la pregunta de si la pena redundante en mortificaciones ajenas a su naturaleza, consiste de un tratamiento cruel o se encuentra en tal medida desligada del bien jurídico tutelado que resulte lesiva de la dignidad humana. Pero veremos que estas nociones, además de ser igual o todavía menos precisas que la correspondencia entre sanción y delito, no empalman del todo bien con la regla de proporcionalidad.

La imposición de rigores extraños a la pena denota extralimitaciones de sustancia, no de grado, por lo que carece virtualmente de aplicación a los márgenes penales. Asimismo es bueno aclarar que la prohibición de administrar tratos inhumanos o crueles, por un lado, y la de imponer sanciones desproporcionadas por el otro, tampoco suponen un mismo estándar de tutela constitucional. Por ejemplo, puede considerarse que la pena capital o de prisión perpetua sin posibilidad de acceso a la libertad condicional son respuestas proporcionadas a la gravedad de ciertos delitos, pero resultando de todos modos inhumanas, la garantía de trato digno fija un límite a la equivalencia entre la falta y la severidad del castigo. Referido a la extensión de la respuesta punitiva, el principio de humanidad es el techo por encima del cual la sociedad renuncia a graduar el reproche según la gravedad del hecho, o lo que es igual, renuncia a que la proporcionalidad siga actuando en perjuicio del infractor allí donde obligue a desconocer el carácter inviolable de la

persona²². A la inversa, que la intensidad de la consecuencia penal no alcance niveles tales de sufrimiento que implique la cosificación lisa y llana del sujeto tampoco significa que su medida resulte proporcionada, pues en este caso la sanción no se contrasta sólo con el respeto debido a la condición humana, sino específicamente con la magnitud del acto.

Los dos requisitos obligan a sopesar los beneficios de política criminal con el costo social de la pena desde ángulos distintos. Uno referido a la cuantía de bienes individuales de los que puede apropiarse el Estado independientemente de cuál sea la trasgresión, el otro mandando además que la reacción jurídica se halle en sincronía con la medida real de injusto.

Dicho esto, la mejor forma de prevenir que los jueces subordinen el criterio legislativo a sus convicciones es relacionando la norma con la escala de valores expresada en otros pasajes del digesto penal. Por esta vía se reduce el riesgo de injerencia en los asuntos de gobierno ya que la hipótesis de control se agota en imponerle al legislador un deber de coherencia con sus propias valoraciones, parámetro más que aceptable para la división de poderes.

Adherimos entonces al ejercicio crítico propuesto por la doctrina de trazar paralelos con otras escalas del ordenamiento. Sin embargo, queda aún por abordar el impedimento señalado en el fallo, esto es, que frente a la verificación de que existe un desigual tratamiento en la represión de distintas conductas el intérprete carece de herramientas para decidir si es que en un caso se ha errado por exceso o en el otro por insuficiencia. Ahora, si se tratase de un dilema irresoluble nótese que también resultarían en extremo difíciles otras muchas actividades, como por ejemplo, si se me permite la analogía, la tarea de afinar un instrumento.

²² Obviamente el principio de trato digno reconoce otras aplicaciones no relacionadas con el sufrimiento que irroga la pena. Ej. una extracción compulsiva de sangre no conlleva más que una dolencia nimia y aún así presta bases para invocar la garantía.

Pulsando dos teclas en forma aislada será más trabajoso saber cuál desentona que si escuchamos cada nota en el recorrido continuo de la escala musical. No es distinto con las escalas penales; cuando se ofrecen a comparación varias figuras en aparente armonía y el marco sancionatorio individual de la norma cuestionada, la diferencia de valor entre el sistema y la unidad debe resolverse adjudicando racionalidad al primero y desechando la segunda. Procede igual el investigador cuando, aplicando el test de coherencia sistémica del método científico, confronta una hipótesis aislada con los principios de su teoría, o una teoría con los postulados generales de su ciencia.

Es verdad que el Código Penal Argentino se prestaba mejor a esta clase de averiguaciones en los años siguientes a la codificación del 21 (paradójicamente, previo al cúmulo de reformas *ad-hoc* que obligan a profundizar en los estudios sobre proporcionalidad de la pena), pero como metodología, la valoración cruzada de escalas constituye una técnica viable a condición de que todavía pueda rescatarse cierta unidad de sentido en las definiciones de la ley. De su parte, el intérprete debe comprometer un esfuerzo serio en el relevamiento de las variables que puedan justificar la mayor penalidad para ofensas a primera vista inferiores, y no abusar de incluir al otro extremo de la comparación delitos como el duelo, que si bien afectan valores superiores del ordenamiento reconocen obvias razones para la no actualización del marco penal.

Sí en cambio, nos parece incontestable el argumento de Salduna y De La Fuente relativo a que la pena de la portación agravada supera holgadamente la del efectivo disparo contra una persona (art. 104 CP). Nivelados los factores que hacen a la entidad del bien jurídico, la peligrosidad del instrumento, el carácter doloso de la conducta y demás consideraciones ético - sociales, tenemos que un acto preparatorio de

eventuales delitos de lesión cuadruplica el mínimo asignado para una estructura de tentativa acabada. A esto se suma, como destaca el Superior Tribunal de Córdoba, que la portación recibe el mismo tratamiento que el acopio (art. 189 bis, inc. 3) y se sitúa apenas a un año del mínimo previsto para la fabricación, suministro, sustracción o detención de bombas, aparatos capaces de liberar energía nuclear, materiales radioactivos o biológicamente peligrosos, etc., con el fin de contribuir a la comisión de atentados contra la seguridad común (art. 189 bis, inc. 1), o hacer de la fabricación ilegal de armas de fuego una actividad habitual (art. 189 bis, inc. 3, párr. 2).

Llegamos a la misma conclusión si se compara el 189 bis, inc. 2, 8vo con el tratamiento menos severo de ofensas, desde todo punto de vista más graves, como la trata de personas (art. 145 bis) o la corrupción de menores (art. 125, párr. 1º).

IV. Derecho a la presunción de inocencia.

Continuando con el resumen de las objeciones que se han levantado en torno a la reforma, y para el supuesto de encontrarse gozando de una excarcelación o eximición de prisión, la Sala II del Tribunal de Casación Bonaerense ha entendido que desconoce los principios, nuevamente de igualdad, y particularmente de inocencia: "...la sentencia no explica motivos válidos por los cuales la situación de L.A.T. difiera -en su perjuicio- de la situación de cualquier otra persona al tiempo de compararlos en el ámbito penal en su condición de legalmente inocentes de todo delito anterior. Entiendo que la aplicación legal decidida por el sentenciante conlleva a la vulneración de los principios de igualdad ante la ley e inocencia pues, la situación de quien no cuenta con una condena firme, más allá de encontrarse excarcelado, resulta idéntica a la de quien tampoco cuenta con una condena firme y a su vez no se encuentra

excarcelado, puesto que en uno y otro caso, desde la óptica jurídica, se trata de dos personas inocentes -art. 18 de la CN-”²³.

En otro fallo leemos: “Dicho antecedente, hasta el momento constituye solo la existencia de una imputación jurídico delictiva de la comisión de un hecho cuya producción y responsabilidad no están dotadas de la certeza necesaria constituyéndose solo en un indicio de peligrosidad cuya presencia en el tipo agravante vulnera flagrantemente los precitados principios de nuestro derecho penal...”²⁴. Y también: “...nunca el ejercicio de un derecho o garantía constitucional -estar en libertad durante el proceso- puede ser motivo razonable de agravamiento punitivo, pues no traduce una mayor entidad de injusto, ni brinda un mayor indicador de culpabilidad en virtud del principio de inocencia”²⁵.

Lo anterior nos remite al debate sobre la constitucionalidad de los delitos de sospecha. Entendemos por delito de sospecha aquél donde se apela al diseño sustantivo de las prohibiciones para alivianar la carga probatoria criminalizando los rasgos socialmente visibles del acto, el cual, aun cuando no aparezca en la redacción formal, viene a constituir el verbo tácito del tipo. Podemos tomar como ejemplos de esta clase de figuras el enriquecimiento ilícito de funcionario o empleado público (art. 268 -2- CP); la conducta de quien, hallándose encargado de la persona de un menor de diez años, no lo presentare a los padres o guardadores que lo solicitaren o no diere explicación satisfactoria de su desaparición (art. 147 CP); y el supuesto del homicidio y lesiones en riña (art. 95 CP).

El intercambio a propósito de esta clase de normas suele devolver tres posiciones. Quienes le acuerdan validez argumentan, ateniéndose a la descripción del comportamiento como viene formulado en las palabras

²³ Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala II, “L.A.T”, rta. 19/10/2010, voto del juez Mancini al que adhiere el Dr. Mahiques.

²⁴ Juzgado de Control, Menores y Faltas de Alta Gracia, “Cuello, Diego O. y otros s. Resistencia a la autoridad”, rta. 12 de abril de 2006.

²⁵ CFCP, Sala II, “Rivas, Osvaldo A. y otros”, rta. 22 abril de 2009, voto del Dr. Guillermo Yacubucci.

de la ley, que no se registra una violación al principio de inocencia porque los extremos fácticos de la imputación deberán ser acreditados en juicio mediando todas las garantías que hacen al derecho de defensa y el principio de la duda. Podemos denominar a esta interpretación como formal o puramente procesalista.

Quienes abogan por la solución opuesta promueven una suerte de “corrimiento del velo” y llaman a relacionar la garantía con la verdadera *ratio legis* de la punición, es decir, con el injusto no descrito pero que constituye la fuente real de disvalor. Esta línea de razonamiento cuenta con respaldo en la consigna fijada en el voto de los Dres. Petracchi y Highton de Nolasco en “Antiñir, Omar”: “Que el *in dubio pro reo* prohíbe toda interpretación de una norma a partir de la cual se derive la existencia de una presunción directa o indirecta de culpabilidad (...). En consecuencia, la distinción entre cuestiones de derecho material y de derecho procesal, además de no ser siempre sencilla, tampoco resulta necesariamente fructífera. Así, en el caso de la presunción constitucional de inocencia, se prohíbe la inversión de la carga de la prueba en forma general, sea que ella se concrete por la vía del derecho procesal o del derecho de fondo”²⁶.

Finalmente un tercer género de opiniones endosa al indicio de criminalidad tipificado un reproche autónomo que justificaría la sanción, y que en el caso del enriquecimiento ilícito se traduce en lesionar la confianza de la ciudadanía en las instituciones de gobierno, violando el deber de austeridad patrimonial que pesa sobre los funcionarios²⁷; en la hipótesis del artículo 147 CP dar causa a un estado de alarma sobre la situación y el paradero del menor; y para el supuesto de homicidio y

²⁶ CSJN, “Antiñir, Omar Manuel - Antiñir, Nestor Isidro - Parra Sánchez, Miguel Alex s/ homicidio en riña y lesiones leves en riña y en conc. real” A. 2450. XXXXVIII, cons. 9no.

²⁷ Conf. Magariños, Mario “Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto. Una investigación acerca de los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, junio 2008.

lesiones en riña, ejercer violencia en forma tumultosa, generando un riesgo previsible y de consecuencias no dominables para la integridad física de la víctima.

Sin embargo, para que esta alternativa cuente con algún asidero, el dato de sospecha devenido en infracción penal ha de poder fundar mínimamente una valoración social negativa, mientras que, al hecho de encontrarse gozando de una excarcelación o eximición de prisión le cabe la gráfica reflexión del juez Bunge Campos cuando dice: “..daría igual que la norma agravara la pena si el arma fuera portada con alguien cuyo apellido comienza con la letra C, o durante los meses de verano o cualquier otra referencia que resulte ajena a los principios consagrados por nuestro derecho”²⁸.

Visto más de cerca, no es que por el artículo 189 bis se quiera habilitar prematuramente el estatus de reincidente sorteando los plazos del expediente conexo. Como la portación habrá sido siempre anterior a que recaiga sentencia firme por el supuesto primer delito (de otro modo no puede hablarse de excarcelación o eximición), cualquiera fuese el resultado en la causa que sirve de antecedente sería inviable una declaración de reincidencia según los parámetros convencionales. Lo que en rigor se legisla es la sustitución de la reincidencia jurídica por una sospecha de reincidencia material.

Por eso, si bien señalábamos antes que la norma vincula ámbitos conexos de ilicitud, en el balance general no se trata de una reincidencia “más razonable”, sino de un formato *sui generis* y marcadamente regresivo de ese instituto. Nótese que en “Gómez Dávalos” el Alto Tribunal sentaba que: “...la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el

²⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, “Gil, Omar A.”, rta. 25 de abril del 2007.

delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce...”²⁹.

Estas pautas se refieren a la reincidencia real, tal como la conocemos en el derecho argentino. Ahora, para la portación calificada no solo no se requiere haber pasado un solo día de encierro, sea en calidad de penado o de inocente, sino que, en puridad, tampoco se precisa una condena y ni siquiera es condición el dictado de un auto de procesamiento. Por eso, a menos que se sostenga que la mera formación de actuaciones en el juzgado también debió inculcarle al agente un renovado respeto por el orden jurídico, lo cierto es que el argumento tradicional de la “pena hecha carne” no contribuye en mucho a la validez del 189 bis.

En realidad si nos mantenemos en la analogía con el artículo 50 CP, debiéramos concluir que asistimos a una modalidad de reincidencia *ficta*, pseudo específica, prevista en la parte especial del Código, y con un recorte brutal en términos de lo que corresponde computar como “antecedente”.

V. *Non bis in idem.*

Se encuentra relativamente extendida la opinión según la cual: “la convalidación de este tipo penal significaría reconocer la persecución o la condena de una persona, más de una vez y por el mismo hecho. Es que, la calificante de la pena se sustenta o apoya en otros sucesos por los cuales el encausado ya fue juzgado y castigado”³⁰. En el mismo sentido De La Fuente y Salduna refieren: “El delito previsto en el artículo 189 bis, inciso 2º, octavo párrafo, viola de manera clara la prohibición de

²⁹ fallos 308:1938.

³⁰ Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 28 de la Capital Federal, en “Cajal Marcelo A”, 10 abril de 2006.

doble juzgamiento puesto que funda la agravación de la condena en otros hechos por los que el imputado ya fue castigado (antecedentes condenatorios) o en otros hechos por los que está siendo juzgado (causas en trámite)”³¹.

No extraña que la discusión sobre este punto vuelva sobre las consideraciones a propósito de la reincidencia, sólo que, como un mismo antecedente condenatorio activará en simultáneo la agravante del artículo 189 bis y la valoración dentro de la escala a tenor de los artículos 40 y 41 en función del 50 CP, quienes advierten una violación a la garantía contra el doble juzgamiento debieran agravarse aquí de un novedoso *ne ter in ídem*. En esta línea corría el planteo de la Defensa Oficial en “Rivas” al sostener que: ““...los antecedentes no solo se tuvieron en cuenta al momento de graduar la pena, sino que también ellos sirvieron para imponer el tipo penal **agravado**, y finalmente fueron utilizados para imponer a mi asistido la condición de reincidente”³². La jueza Ledesma, al fallar en “M., M. F.”, apela al mismo razonamiento: “De esta manera, a fin de cuentas el tribunal ha incurrido en la violación al non bis in idem no sólo porque valoró dos veces los mismos antecedentes (como agravante y para mensurar la pena) sino que además incursionó en una tercera reiteración de dichos elementos por considerarlo a su vez, reincidente, sin que esto último haya motivado una mínima fundamentación al respecto”³³.

De nuestra parte entendemos que el problema debe resolverse apelando la regla de no redundancia o prohibición de doble valoración sustantiva, al igual que en los demás casos en que el legislador reasume

³¹ De la Fuente, Javier Esteban y Salduna, Mariana, ob cit, pg. 230/31.

³² CFCP, Sala II, “Rivas Osvaldo A. y otros”, rta. 22 de abril de 2009, exposición de la Señora Defensora Oficial, Dra. Eleonora Devoto, en la oportunidad prevista en el art. 466 CPPN, la negrita es del original.

³³ CFCP, Sala III, “M., M. F.”, 22 de marzo del 2006, voto en disidencia de la Dra. Ángela Ledesma.

la gradación de pautas genéricas de reproche mediante su inclusión en el tipo objetivo.

Ahora, en relación al *ne bis in idem* también son numerosas las voces que descartan una lesión de la garantía. Para Gervasio Caviglione Fraga: ““Tampoco con la aplicación de este agravante se persigue más de una vez por el mismo hecho a la persona sometida a proceso...no se trata de un caso de ilegítima selectividad o persecución penal contra quien cometió en el pasado una infracción penal, purgó su castigo y adecuó en lo sucesivo su conducta a los dictados del derecho. Es una circunstancia objetiva y real que pone a las personas en una situación especial frente a la ley; siendo justamente la nueva desobediencia a ese mandato legal el motivo por el que ahora se juzga y no por la anterior””³⁴.

Marini y Borzi Cirili³⁵ se enrolan en la misma postura, considerando que agravar la pena por la situación de reincidente implica atribuirle consecuencias más gravosas al hecho nuevo, pero no perseguir o juzgar nuevamente el anterior.

Se suma a lo apuntado una decisión de la Sala III de la Cámara de Casación: “De la misma forma, debe descartarse que, tal como pretende la empeñosa defensa, medie en el supuesto en estudio un caso de vulneración a la garantía del *ne bis in idem*, pues los hechos por los que se juzgara a M. se refieren exclusivamente -en lo que aquí interesa- a la circunstancia de portar un arma de fuego mediando una particular condición objetiva descrita en la norma penal y sin encontrarse autorizado para ello. Los hechos materia de juicio y castigo en el proceso anterior no son juzgados en este caso, pues -en última instancia- lo que se ha juzgado en estas actuaciones es otra conducta criminal por parte de quien -habiendo ya sido condenado con anterioridad- comete un nuevo

³⁴ “Artículo 189 bis 2, último párrafo: algunas reflexiones sobre su validez constitucional”, www.infojus.gov.ar, 16 de diciembre de 2009.

³⁵ Ob. cit.

delito, sin imponérsele pena por ese delito anterior, sino por la gravedad que define el legislador -atendiendo a las particulares circunstancias calificantes y objetivas que racionaliza- en el delito por el que ahora se lo juzga”³⁶.

Por último, el Dr. Julio Maier en los precedentes “Rodríguez, Marcelo”³⁷ y “Taboada Ortiz, Víctor”³⁸ del TSJCABA, mantiene en referencia al 189 bis la postura asumida como doctrinario sobre la reincidencia del artículo 50 CP: “La anatematización de la agravación de la pena del delito posterior para el reincidente, en virtud de la regla básica del *ne bis in idem*, suena un tanto a una exageración, conforme al sentido común, como a una desviación del problema de su ámbito específico. En realidad, aquello que se toma en cuenta para que aquella agravante genérica incida sobre esta agravante penal no es en sí la culpabilidad o la pena del hecho punible anterior ya juzgado, sino el hecho de la condena o de la pena sufrida. El hecho punible anterior, en sí, no se vuelve a juzgar ni se pena nuevamente”.

La prohibición de doble juzgamiento nace para desterrar institutos mediante los cuales el poder penal amenaza con renovar instancia. Lo que ocurre con el artículo 189 bis es que el Estado reintroduce en el circuito punitivo el título de certeza sobre la comisión previa de un ilícito (condena) y pretende para éste una nueva asignación de valor, no ya como acción prohibida sino como síndrome tazado de peligrosidad individual. Y si bien no es descabellado que esto implique construir nueva punibilidad sobre el *objeto decidendi* de un proceso anterior, hay que acordar con Maier en que solucionar estos casos por la vía del *ne bis*

³⁶ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, “M., M. F.”, 22 de marzo del 2006, voto del Dr. Riggi al que adhiere el Dr. Tragant.

³⁷ TSJCABA, expte. n° 6146/08, “Rodríguez, Marcelo José s/ inf. art. 189 bis CP, portación de arma de fuego de uso civil s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” y su acumulado expte. n° 6148/08 “Ministerio Público -Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Rodríguez, Marcelo José s/ infr. art. 189 bis CP’”, rta. 17/12/2008.

³⁸ TSJCABA, “Taboada Ortiz, Víctor s/ inf. art. 189 bis”, rta. el 29 de julio de 2009.

in idem parece desplazar el problema de su ámbito específico. Esto nos introduce al tema del capítulo siguiente.

VI. Derecho penal de acto y culpabilidad

De todos los cuestionamientos dirigidos a la agravante introducida por la ley 25.886 el que probablemente cuenta con mayor número de adhesiones es el que señala que el dispositivo reproduce viejas prácticas vinculadas al derecho penal de autor.

La Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en voto de los Dres. Lucini y Bruzzone, y con remisión a la obra de Zaffaroni, Alagia y Slokar³⁹, sostuvo: “que el derecho penal estructura al delito como un conflicto que produce una lesión jurídica, la que es provocada por un acto humano, como decisión autónoma de un ente responsable -persona- al que se le reprocha, y por lo tanto retribuye el mal causado en la medida de la culpabilidad -por la autonomía de la voluntad-, con exclusión de reacciones punitivas vinculadas a la conducción de vida del autor o a los peligros que se esperan de él en el futuro...un texto de tal naturaleza (el art. 189 bis, inc. 2, párr. 8vo) pretende introducir un tipo propio del derecho penal de autor, que viola el carácter de derecho penal de acto que rige en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 18 y 19 CN., art. 9 CADH. y art. 15 PIDCyP). La estructura de la norma muestra también una vulneración al principio de culpabilidad (arts. 18 y 19 CN., art. 9 CADH. y art. 15 PIDCyP.)”⁴⁰.

En otra decisión, ahora de la Sala de Feria, se entendió que “la fórmula legal analizada se relaciona íntimamente con un derecho penal de autor, y no de acto (propio de nuestro sistema penal), en cuanto se

³⁹ Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, “Derecho Penal. Parte general”, Ed. Ediar, año 2000, p. 64.

⁴⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, abril 25 de 2007, “Gil, Omar A.”, voto de los Dres. Lucini y Bruzzone.

aplica mayor sanción al imputado por una conducta o comportamiento anterior al caso concreto, es decir, por la personalidad del autor (por tener antecedentes penales) y no por una acción típica, antijurídica y culpable”⁴¹. Y específicamente en relación al principio de culpabilidad considera: “Este principio se ha visto afectado ya que se agrava la pena al autor del injusto por sus condiciones personales; es decir, haciendo del criterio de la peligrosidad el fundamento de la aplicación de mayor castigo superando, de esta manera, el límite de la culpabilidad”.

En sentido coincidente, leemos en otras resoluciones: “...la norma penal abstracta debe castigar o sancionar, acciones u omisiones, es decir conductas que alteran de manera real o potencial el mundo externo...”⁴². ““La figura penal agravada que aquí se trata...nos remite a la época felizmente superada de la determinación del perfil criminal a través del análisis biológico propuesto por Lombroso, Garófalo y Ferri, aunque en este nuevo texto penal no se analiza un perfil “anatómico”, sino “social” basado en la peligrosidad del sujeto, cuya situación se agrava por haber cometido anteriormente delitos””⁴³.

Resulta interesante analizar la postura de Mario Magariños, plasmada en sus trabajos de doctrina⁴⁴ y reiterada desde su rol de magistrado al expedirse en la causa “Ortiz, Federico A. R.” del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 23 de la Capital Federal⁴⁵. En el fallo se abordan los argumentos dados por la Cámara Nacional de Apelaciones en “Ramírez, Luciano”⁴⁶, al que remitieron el Ministerio Público Fiscal y la defensa, y donde se había considerado que la prohibición de sancionar rasgos de

⁴¹ “E., A. A. s/ Procesamiento”, rta. el 24 de julio del 2009, voto del Dr. Barbarosch.

⁴² Juzgado de Control, Menores y Faltas de Alta Gracia, “Cuello, Diego O. y otros v. Resistencia a la autoridad”, 12 de abril de 2006.

⁴³ Juzgado en lo Contravencional y de Faltas Nro. 25 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “Rosas, Pablo M. y otro”, noviembre 3 de 2006.

⁴⁴ Magariños, Mario, ob cit.

⁴⁵ rta. el 21 de junio del año 2006.

⁴⁶ Sala V, “Ramírez, Luciano N. s/procesamiento” (causa 10/130), rta. el 16/3/2006.

carácter o estados peligrosos deriva de la palabra “hecho” contenida en el artículo 18 CN.

Frente a esto, el voto razona que si bien puede coincidir con la solución de fondo, no es correcto asociar la prohibición de criminalizar rasgos de ánimo con el principio de legalidad: “En efecto, esa exigencia fundamental establece, por un lado, cuál es el único instrumento a través del cual el legislador se encuentra habilitado a consagrar prohibiciones y mandatos de orden penal (*nullum crimen sine lege*) y, en segundo lugar, define cuáles son las cualidades que la ley penal debe reunir”...“Sin embargo, en punto al contenido de las prohibiciones o mandatos ningún límite fija ese axioma, pues la expresión hecho utilizada en la formulación constitucional de la exigencia de ley previa no permite definir por sí la materia de la ley”.

Tampoco sería el principio de culpabilidad el que resulta afectado en el caso, ya que: “El principio de culpabilidad, al exigir el carácter previo de la advertencia legal, sólo reclama la pertenencia del ilícito al autor y, de este modo, excluye la pura responsabilidad por resultados (*versare in re ilícita*), fija pues un principio de imputación, pero de ningún modo determina, define o limita el contenido ni el objeto del reproche”.

El ámbito normativo al que corresponde referir el problema, dice la sentencia, viene establecido en la primera parte del artículo 19 CN en virtud de la cual, sólo decisiones de acción exteriores y públicas pueden constituir materia de una prohibición o mandato penal. El denominado principio de reserva contiene así dos límites que no han de superponerse ni confundirse. Uno es el requisito de exteriorización de las decisiones de voluntad, deducible del término “acciones”, que otorga valor político y consistencia lógica y jurídica al conjunto de garantías penales definido por la Constitución Nacional. El segundo exige que esa acción además tenga carácter público (acciones *privadas*), es decir, que aun tratándose

de una conducta no debe estar comprendida en la esfera de asuntos que quedan reservados al ámbito de decisión individual de la persona.

Concluye el voto que el artículo 189 bis, inc. 2 párrafo 8vo selecciona como disvalioso el sentimiento de desprecio o insensibilidad del autor frente a la condena previa y por lo tanto se halla en infracción a la primera de estas garantías.

VII. Argumentos en favor de la constitucionalidad de la agravante.

El cinco de febrero del año 2013 la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió las causas “Maciel, Marcelo Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad” y “Taboada Ortiz, Víctor s/ inf. art. 189 bis”. Los casos arribaron a la Corte vía recurso extraordinario federal y queja por extraordinario federal denegado luego de que la Sala III de la Cámara de Casación Penal y el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, en resoluciones que ya hemos citado a lo largo del presente, desestimaran los planteos de inconstitucionalidad en relación al tipo calificado de portación ilegítima.

La mayoría del Tribunal, integrada por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi y Maqueda, declaró inadmisibles los remedios en virtud de lo previsto en el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial, que habilita a la Corte, conforme a su sana discreción, a rechazarlos por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resulten insustanciales o carentes de trascendencia.

Sólo los jueces Argibay y Zaffaroni consideraron admisibles los recursos y se pronunciaron sobre el fondo. Habiendo recibido tratamiento en la misma fecha, cada cual expuso fundamentos en uno de los expedientes con remisión al restante. El juez Zaffaroni al emitir su voto en “Taboada Ortiz”, y recogiendo en lo sustancial la línea que venía abriéndose paso en la jurisprudencia de los tribunales inferiores, sostuvo

que la figura tropieza con el principio de culpabilidad por el hecho, aplica pautas vinculadas al derecho penal de autor y contraviene la prohibición de doble juzgamiento.

Los argumentos de la ministra Argibay en “Maciel” pueden sintetizarse en lo siguiente: las circunstancias individuales que computa la agravante no se relacionan con la raza, sexo, religión, nacionalidad, preferencias políticas o condición social del agente ni reposan en un dato antojadizo, inconexo o en una característica inherente a la personalidad, sino que constituyen un extremo fáctico que está directamente vinculado con el comportamiento ilícito de portar un arma sin autorización. Además, y como adelantamos, se resalta la estrecha vinculación con el instituto de la reincidencia, cuya validez ya había sido confirmada por la Corte.

Al igual que con la exposición del Dr. Zaffaroni, aunque en sentido inverso, el desarrollo toca los puntos más representativos del pensamiento favorable a la constitucionalidad. Caviglione Fraga, que como vimos rechaza las objeciones a tenor del *non bis in idem*, dice sobre la crítica a tenor del principio de acto: “...se considera que el agravante en este punto en nada se vincula con las teorías relativas al derecho penal de autor, pues de lo que en definitiva se trata no es de castigar la peligrosidad intrínseca del agente, sino la exteriorizada a través de la calificada y determinada conducta punible que se le reprocha que al igual que en muchos otros delitos se encuentra expresamente prevista en el propio tipo penal, ya que no es éste el único caso en que el legislador consideró que las particulares condiciones personales del autor de un determinado suceso ilícito le añaden un plus objetivo disvalioso adicional”⁴⁷.

⁴⁷ Ob. cit.

El Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires ha entendido, exclusivamente para el caso de registrar condenas firmes, que: “El individuo que comete nuevamente un delito en tales condiciones merece, por el nuevo hecho, un mayor grado de reproche, porque sobre él pesa, además de la norma de deber y la amenaza abstracta de pena, la concreta imposición de un castigo anterior por un delito que reprime una conducta de la misma naturaleza. Esta circunstancia lo coloca en mejores condiciones para motivarse en el derecho en comparación con quien no ha sido condenado anteriormente por la específica utilización de armas de fuego y, a su respecto, mantiene con la norma abstracta de deber su relación originaria”⁴⁸. En cuanto a la valoración de las condiciones personales del sujeto, se hace notar la semejanza con el artículo 80 inc. 1° CP, que agrava la pena por resultar el autor ascendiente, descendiente o cónyuge de la víctima.

Nuevamente toca revisar la jurisprudencia del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires. Del ya citado “Lemes, Mauro I.”, destacan principalmente los votos de los jueces Lozano y Conde. El primero remite a la opinión, derivada de lo que en derecho alemán se conoce como teoría de la advertencia, de que el agravamiento del castigo se fundamenta en el mayor desprecio que exhibe por la amenaza quien, estando ya impuesto de su contenido por haberla sufrido antes, persiste en violaciones a la norma. A esto sigue: “En mi opinión, un derecho penal orientado a atribuir responsabilidad por hechos no requiere excluir la valoración de todo dato de la historia del autor para considerar la graduación de la pena -ni tampoco hay razones para creer que ésta sea la voluntad expresada en el art. 19 CN.”. Al igual que en el fallo anterior,

⁴⁸ Sala 2, “C.A.B”, cn° 28.057, rta. 22/05/2007, voto del Dr. Jorge Hugo Celesia al que adhiere el Dr. Carlos Alberto Mahiques.

cita a modo de analogía el artículo 80 CP para el supuesto de quien mata por odio racial o religioso (inc. 4to).

En otro orden de cosas se apunta que valorar datos de la historia del autor, especialmente sus condenas previas, también es ineludible para perseguir objetivos de prevención especial que vienen consagrados en nuestro ordenamiento por el artículo 5, apartado 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 1ero de la ley 24.660.

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

La discusión volverá a plantearse en el tantas veces aludido “Taboada Ortiz”, sentencia contra la cual se articula luego el extraordinario que motiva la disidencia del ministro Zaffaroni. Los jueces Alicia Ruiz y Julio Maier, que en “Lemes” no habían emitido opinión sobre el punto avocándose a problemas de derecho procesal, integraron esta vez la disidencia y auspiciaron la declaración de inconstitucionalidad. La Dra.

Ruiz, consideró que la agravante instaura un status diferenciado de personas y consagra una política criminal selectiva, violatoria de la garantía de trato igualitario. Explica que la norma reconoce carácter ontológico a circunstancias que obligan al juzgador a discriminar entre clases de personas y carga el fracaso de la intervención punitiva anterior a la responsabilidad del procesado, al que se constituye como un sujeto fallido, definido no por el acto que se juzga sino por su historia registrada.

En el caso del juez Maier, si bien votó por hacer lugar al recurso por entender que la conjunción de los principios de culpabilidad y proporcionalidad exigen que el antecedente consista de una pena efectivamente cumplida, introdujo las siguientes consideraciones: “Debe reconocerse que un Derecho penal de acto o de culpabilidad, de extrema pureza, esto es, sin referencia alguna a los autores, resulta casi imposible de ser legislado: él tornaría inaceptable, incluso, la agravación -y quizá también la atenuación- de algunos delitos por el vínculo matrimonial, parental o por otro tipo de vínculo entre el autor y su víctima; y los mismos delitos especiales soportarían en ese caso la crítica y la impugnación. Considero imposible, entonces, a un Derecho penal que, al menos en cierta medida, no se ocupe del autor, sobre todo cuando se trata de medir la pena. Y por ello no me parece intolerable, para un derecho penal orientado hacia el principio de culpabilidad, el hecho de que algunas figuras agraven la pena por una actitud interna del autor, reflejada en su historia de vida, y menos aun cuando ella se ve definida seriamente y por hecho externos”.

La mayoría quedó integrada con los votos de los Dres. Lozano, Casás y Conde. Particularmente el Dr. Lozano analiza la ley desde dos puntos de vista. El primero hace énfasis en que el legislador ha considerado que la disponibilidad inmediata de un arma de fuego por parte de un sujeto a

cuyo respecto se acreditan ciertos datos objetivos relativos a su pasado, encarna un peligro mayor para la seguridad pública: “el tipo penal busca conjurar la configuración de situaciones en las que un individuo asuma la capacidad de someter la voluntad de sus semejantes, simples particulares o agentes del orden, o de dañarlos físicamente, determinada por tener un arma ilegítimamente”. Desde esta inteligencia el haber sido condenado por hechos de agresión dolosa o utilización de armas son valorados como un dato del que puede inferirse la aptitud y falta de inhibiciones, y con ello la mayor potencialidad ofensiva del agente.

Bajo el segundo punto de vista entiende que el legislador ha querido reforzar el efecto disuasorio para quienes han mostrado mayor resistencia a la sanción y no se advierte porqué se encontraría impedido al determinar la reacción estatal de establecer criterios de prevención especial para evitar la reiteración de delitos.

Para concluir vienen al caso las observaciones formuladas por el Dr. Riggi en una resolución de la Sala III de la Cámara Federal de Casación: “...resulta racionalmente innegable la mayor potencialidad lesiva para la seguridad común que deriva y cabe suponer, de que quien ha dado ya muestras de encontrarse plenamente dispuesto a atacar a otra persona o utilizar un arma en forma criminosa, transite por la vía pública llevando consigo un arma en condiciones de uso; frente a igual conducta realizada por quien nunca ha tenido cuestionamiento de ninguna naturaleza frente a la ley”⁴⁹. A su entender, no se castigan formas de ser, estados peligrosos u otras características que atiendan al fuero interno del autor sino la exteriorización de una determinada y diferenciable peligrosidad.

También en este caso, se listan otras hipótesis normativas en que determinada condición personal agrega al suceso un plus de disvalor: el caso de quien mata a su ascendiente, descendiente o cónyuge (art. 80,

⁴⁹ CFCP, Sala III, “M., M. F”, 22 de marzo del 2006, voto del Dr. Riggi al que adhiere el Dr. Tragant.

inc. 1, CPen.); el funcionario público que privare ilegítimamente a otro de su libertad personal (art. 142 bis, inc. 5, párr. 2°); el alzamiento en armas contra los poderes constituidos por quien registra estado, empleo o asimilación militar (art. 226, párr. 3°), el encubridor habitual (art. 277, inc. 3, apart. c), etc.

VIII. Algunas observaciones.

Hasta aquí hemos presentado los diversos reparos que suscita el artículo 189 bis, inc. 2, párrafo 8vo, aunque sin atender a una secuencia definida. No obstante, cuando practicamos el examen de adecuación constitucional viene al caso preguntarse si el orden en que confrontaremos la norma en crisis con los distintos principios de la Carta Magna ha de ser aleatorio o en cambio existe, como en toda operación intelectual compleja, un itinerario lógico que convenga respetar. Atenernos a un cronograma de actuación progresiva de filtros, bajo la idea de un esquema interconectado de garantías penales donde sólo tiene objeto activar determinados límites una vez que se han superado ciertos otros, puede simplificar mucho el análisis en supuestos de “inconstitucionalidad múltiple” como la portación agravada del 189 bis CP. Por ejemplo, no parece que tenga sentido preguntarnos si la pena es desproporcionada antes de averiguar si aquello que se reprime efectivamente podía estar sujeto a pena; o si se castiga dos veces la misma conducta cuando todavía no establecimos si lo reprimido en la segunda oportunidad representa *stricto sensu* una conducta.

Ahora. Si fuésemos a intentar una historiografía de los modelos de derecho penal autoritario conocidos y en rechazo a los cuales se han diseñado los actuales sistemas de atribución de responsabilidad, estimo que para esbozar una clasificación habríamos de manejarnos con dos categorías principales. Así, convendría agrupar por un lado las

experiencias que se han destacado por dirigir el aparato estatal contra las vivencias interiores de las personas, tempranamente denunciadas en la conocida máxima de Ulpiano *cogitationis poenam nemo patitur*.

La conciencia jurídica moderna opone a este fenómeno el principio de exteriorización de la voluntad, responsabilidad por el acto o materialidad de la acción (emplearemos estas designaciones indistintamente). El penalismo ilustrado de los siglos 17 y 18, reaccionando contra las criminalizaciones aberrantes de la Inquisición, esbozó en su programa de garantías el principio de que el Estado únicamente puede exigir del ciudadano obediencia externa; el individuo solo puede ser llamado a responder de aquello que pone sobre el mundo, y toda regulación penal debe estar inexorablemente referida a una comunicación objetiva interpretable en términos de comportamiento.

En la jurisprudencia de nuestro país la fórmula de acto se desarrolló a partir de una categoría especial de normas, que integraban un campo particularmente receptivo a estatutos de moralidad: los edictos policiales.

Uno de los antecedentes más destacados sobre el tema lo encontramos en la resolución de la Sala 7ma de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional en autos “Donoso, Alberto P.”⁵⁰. En aquella oportunidad se declaró inconstitucional el art. 1º, inc. c., del Edicto de Vagancia y Mendicidad (decreto - ley nº 333/58 ratificado por la ley 14.467) que preveía pena de arresto de 15 a 30 días para los sujetos conocidos como “profesionales del delito” que se encontraran merodeando por los muelles, estaciones ferroviarias o de tranvía, bancos, paradas de ómnibus, hoteles, teatros, cinematógrafos o cualquier lugar de reunión o asamblea pública, sin causa justificada.

La resolución establece que: “...la referencia al sujeto activo de la infracción con la expresión “profesionales del delito”, denuncia el

⁵⁰ rta. el 26/04/86

inocultable estilo totalitario del inconstitucional derecho penal de autor””, afirmando luego “...si bien el legislador tiene la más amplia gama de posibilidades incriminatorias de las distintas conductas humanas, no puede alterar las estructuras antológicas de la realidad y pretender incriminar lo que está fuera de las posibilidades del derecho”. “Precisamente, si el “ser algo” que no derive concreta y directamente de una conducta, es ajeno a toda incriminación constitucional, va de suyo que menos puede serlo la característica subjetiva aludida por el edicto examinado... Si finalmente lo único que cabe interpretar es que la aludida expresión del edicto, significa que una persona por haber cometido delitos en el pasado los cometerá en el futuro se incurre en un injustificado sistema de previsibilidad policial que no parece compatible con los objetivos constitucionales de la pena, la que no puede prolongarse fuera de su duración legal, ni tampoco puede mudarse a la personalidad del condenado como una especie de falta que deba acompañarle fuera de toda redención y enmienda. Ni el postulado evangélico del arrepentimiento, ni los propósitos de la ley penitenciaria nacional autorizan la formulación de tal juicio de peligrosidad””.

En el caso “Antúnez García”⁵¹ de la Sala VI, la persona en cuyo beneficio se interpuso la acción de habeas corpus había sido condenada por el Superintendente de Asuntos Judiciales de la Policía Federal a 28 días de arresto por infracción a los edictos contra ebriedad, desórdenes y escándalo, que sancionaban, respectivamente, a quien se encontrare en un estado de embriaguez total, de cualquier manera turbase la tranquilidad, o profiriese palabras torpes, obscenas o indecentes, ofendiendo al pudor o corrompiendo las buenas costumbres. Además de ahondar en consideraciones sobre la vaguedad semántica de los textos y la delegación de funciones judiciales en el Jefe de Policía, el fallo dice:

⁵¹ rta. 20/04/1986.

““En segundo lugar, muchos edictos, instituyendo figuras como la de quien “merodea” y es “profesional del delito” -categoría no definida por el Código Penal-, o es “vago habitual”, etc., están estableciendo verdaderas características de autor sobre la base de su modo de vida anterior, de cómo son y no de lo que han hecho, propios de un derecho penal de autor, totalmente antidemocrático y, por lo tanto vulnerador del principio de culpabilidad””.

Llevado el asunto a conocimiento de la Corte Suprema, ésta revocó lo decidido en la instancia anterior. El Tribunal circunscribió el debate a la legitimidad de la delegación de facultades jurisdiccionales en el órgano administrativo y ratificó su doctrina en el sentido de que resultaba válida siempre que estuviese garantizada la posibilidad de un control judicial suficiente. Sin embargo, lanzó una contundente interpelación al poder político: “Que esta Corte no puede dejar de advertir que los edictos policiales en vigencia contienen fórmulas extremadamente vagas, y prohibiciones que se refieren a formas de vida o al carácter de las personas, con olvido de la obligación de sancionar conductas (art. 19 de la Constitución Nacional)”⁵².

En la otra categoría registramos un conjunto de prácticas punitivas caracterizadas por excesos de signo contrario, es decir, por la imputación de significado jurídico a una causalidad que se presenta sin acompañamiento subjetivo del agente. Hablamos de la denominada responsabilidad objetiva o por el mero resultado, tributaria de racionalizaciones karmico - panteístas del mundo e identificada con el adagio *versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*. Si en supuestos de violación al principio de acto se castigan elementos de ánimo o configuraciones internas sin *corpus* fáctico, aquí se atribuye

⁵² CSJN “Salort, María Cristina s/recurso de hábeas corpus en favor de Antúnez, García Ricardo”, rta. 25/11/1986.

una materialidad sin dominio psíquico: quien acomete lo prohibido soporta de ahí en más lo que la causalidad decida.

El repudio a esta segunda modalidad de abusos se expresa en el principio de culpabilidad, que redundaba en la exigencia de un nexo subjetivo, de pertenencia individual o, si se quiere, en una relación de evitabilidad con el objeto de reproche.

También aquí podemos identificar un ámbito que presentó condiciones especialmente favorables a la sanción de figuras de responsabilidad objetiva y que sirvió de base para el desarrollo de la garantía. Hasta la década del ochenta, la caracterización del derecho penal económico como un derecho de policía administrativa, conforme a la teoría bilateral del injusto, llevó a dudar de si resultaban trasladables a esta rama los principios generales del Código Penal.

La Corte Suprema reconoció al principio jerarquía constitucional ya en “Parafina del Plata S.A” del año 1968, donde se discutía la validez del artículo 45, 2da parte de la ley 11.683, que reprimía a “los agentes de retención que mantengan en su poder impuesto retenidos, después de haber vencido los plazos en que debieron hacerlos ingresar”. El fallo resuelve que la disposición no violaba el “criterio de la personalidad de la pena que, en su esencia, responde al principio fundamental de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir aquel a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente”⁵³.

Este criterio será reiterado en “Usandizaga, Perrone y Juliarena S.R.L.”⁵⁴ remarcando que “no basta la mera comprobación de la situación objetiva en que se encuentra el agente de retención, sino que es menester la concurrencia del elemento subjetivo”. Ya para este momento, la doctrina sentada en “Parafina” había inspirado la sanción de la ley

⁵³ fallos 271:297, rta. 02/09/1968.

⁵⁴ fallos 303:1548, rta 15/10/81.

21.344 del año 74, que agregó el término “fraudulentamente” al tipo penal de retención.

El problema volvió a ocupar la agenda del Tribunal en “Cosecha Cooperativa de Seguros Ltda.”⁵⁵, ahora con relación al artículo 37, inc. b, del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires. Al desestimar los agravios la Corte tomó en cuenta que el Código Fiscal permitía expresamente al agente de recaudación liberarse de responsabilidad en caso de fuerza mayor o de disposición legal, judicial o administrativa que le impidiera entregar los fondos, quedando salvado el principio de culpabilidad “el cual exige que sean castigados únicamente aquéllos que tengan la posibilidad real de ajustar sus conductas a los mandatos de la ley”.

En una segunda acepción, suele invocarse la garantía para excluir modelos de imputación que prescindan, no ya del componente volitivo, sino de toda conexión personal con el resultado. Pensemos en formatos arcaicos de responsabilidad penal solidaria, como la represión *inter* familias y clanes, o también, según un criterio que no compartimos pero que ha logrado cierta popularidad, en la sanción de las personas jurídicas, en tanto irrogaría consecuencias perjudiciales a los socios y accionistas ajenos al hecho. Pueden citarse asimismo figuras de causalidad ficta como el homicidio y lesiones en riña (art. 95 CP) o de autoría supuesta como la presunción contenida en el art. 39 de la ley 22.362 en relación al tenedor de artículos en infracción al derecho marcario que no justificare su origen legítimo.

Se trata, en verdad, de situaciones cubiertas por el carácter personal o no transferible de la responsabilidad penal. Por ejemplo, en “Comi”⁵⁶, se debatía si al tercero adquirente de buena fe de un objeto introducido de

⁵⁵ Fallos 312:149, rta. 14/02/89

⁵⁶ fallos 282:193, rta. el 20 de marzo de 1972.

contrabando al país le era factible resistir a la sanción de comiso prevista en la ley aduanera. La Corte mandó restituir el bien al peticionante aludiendo al principio de “identidad del delincuente y del condenado”⁵⁷, al que corresponde entender como un primer esbozo de la máxima de no transcendencia de las consecuencias penales.

En “Bigio”⁵⁸ y “Linch”⁵⁹, habiéndose acreditado el fallecimiento del infractor, se trataba de determinar si las multas aduaneras son más próximas a las sanciones fiscales, y entonces imputables al acervo hereditario (responsabilidad penal *sui generis* con función resarcitoria, según una antigua jurisprudencia del Tribunal sobre las Ordenanzas de Aduana), o de neto carácter criminal, en cuyo caso se imponía declarar extinta la pena en aplicación del artículo 59 inc. 1 CP. Incliniéndose por la segunda interpretación, la Corte entendió que se violaría el principio de culpabilidad en caso de extender la responsabilidad a terceros, y reiteró que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir “aquél a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente”.

El precedente “Rozenmbau e Hijos S.A.”⁶⁰, versa sobre el tenedor de objetos en infracción a la ley aduanera, a quien el Régimen Especial de Tenencia de Mercaderías de Origen Extranjero en Plaza aprobado por decreto 4531/65 imponía acreditar la legitimidad de su ingreso al país a través los medios de prueba taxativamente indicados en la norma, obligando a rechazar sin más trámite el ofrecimiento de cualquier otros “aunque pudieran demostrar la legitimidad de la tenencia, introducción o cumplimiento de las obligaciones tributarias” (art. 8); a su vez prescribía

⁵⁷ En el texto del fallo se lee “*entidad* del delincuente y del condenado” (cons 4to), tratándose de un evidente error material, no sólo por lo que se deduce del contexto sino también porque la reproducción de la frase en otros fallos del Tribunal con remisión a la doctrina de “Comi” se utiliza efectivamente la palabra identidad, conf. “Rozenmbau e Hijos S.A” (fallos 284:42).

⁵⁸ fallos 289:336, rta. 29/08/74.

⁵⁹ fallos 290:202, rta. 12/11/74.

⁶⁰ fallos 284:42, rta. 06/10/1972.

que “la falsedad de los datos consignados respecto a la documentación aduanera no constituirá causa eximente de responsabilidad para aquél. Asimismo jugará en su contra toda omisión o redacción defectuosa que impida la debida obtención de la finalidad perseguida por la ley” (art. 10).

Esta regulación daba lugar a dos situaciones. Primero la posible atribución como espuria, por carecer de remitos, de una posesión material y reglamentariamente lícita, es decir, una ficción legal donde toda la construcción típica descansaba en una presunción (principio de responsabilidad personal o de culpabilidad en sentido amplio). Segundo, la criminalización de una tenencia irregular en el plano objetivo pero asumida como lícita por el receptor de la documentación falsa (culpabilidad en sentido estricto). El Máximo Tribunal, al declarar la inconstitucionalidad del decreto, nuevamente invocó la exigencia de identidad entre el delincuente y el condenado, aunque esta vez relacionándola claramente con el “principio fundamental de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable”.

La evolución del principio registró un salto cualitativo con la asignación de relevancia al error sobre la normativa extrapenal que condiciona los tipos abiertos. Así, en autos “S.A.D.E, Sociedad Anónima de Electrificación S.A.”⁶¹, se reconoció efecto disculpante a la ignorancia sobre la regulación de aduanas a la que correspondía ajustar la clasificación arancelaria de los artículos despachados, por considerar que si un órgano técnico de la propia administración como la Secretaría de Estado de Agricultura y Ganadería había expedido un certificado que coincidía con la declaración jurada motivo del sumario, mal podía exigírsele un mejor encuadramiento al particular.

⁶¹ fallos 292:195, rta. 03/07/75

Basta con lo reseñado hasta aquí para hacernos una idea sobre los *nulla injuria sine actione y sine culpa*. La criminalización de perfiles subjetivos y la adjudicación de relevancia penal a fenómenos causales sin presencia de voluntad representan tentaciones totalitarias que desde antiguo conviven en todos los ordenamientos jurídicos y, en mayor o menor grado, son inherentes a cualquier sistema de represión organizada de conductas. Las sociedades que se han propuesto no ceder ante ninguno de estos paradigmas requieren de instrumentos que mantengan compensados los factores materiales y de consciencia al interior de la imputación, evitando que cada uno se independice del contrapeso que supone la verificación del restante.

Exteriorización y voluntad son definiciones sobre la materia punible - aquello que legítimamente puede ser objeto de interés para el poder- y en la combinación de estos axiomas están contenidas las propiedades básicas de la técnica de atribución de responsabilidad que estimamos propia de un estado de derecho. La primera, actúa frente a un defecto de materialidad en la imputación; la segunda, inhibe racionalizaciones punitivas sobrecondicionadas desde lo fáctico. De esta simetría, de su permanente equilibrio, depende la tutela del individuo frente a las dos grandes corrientes de penalismo autoritario.

En cuanto a su filiación concreta en el articulado de los instrumentos federales, hemos podido ver que las propuestas varían. La opinión mayoritaria vincula la exigencia de acto y culpabilidad con la voz “hecho” contenida en el art. 18 de la Carta Magna⁶² y con ello al principio de legalidad⁶³; al revés, también éste se reputa en ocasiones

⁶² Ver, además de los anteriores, Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Sala II, “Balmaceda, José M.”, cn° 27.035, rta. 24 de octubre de 2008.

⁶³ Cámara de Apelaciones Criminal y Correccional de la Segunda Nominación de Río Cuarto, Sala III, “Rojo, Claudio Germán y Otro” Sent. n° 88, rta. 23/08/05.

derivado de la regla de culpabilidad⁶⁴; igualmente suelen citarse de manera alternativa la cláusula del 19 CN (“acciones privadas”), junto a los términos “acciones / actos” y “omisiones” contenidos en el artículo 9 del Pacto de San José de Costa Rica y el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁵.

Comencemos por decir que los requisitos de culpabilidad y acción constituyen pilares autónomos, surgidos para mitigar arbitrariedades de signo opuesto, y más que derivarse de otros derechos, ofician como verdaderos ordenadores ideológicos para todo el esquema de garantías.

En cuanto a la exteriorización y su relación con los arts. 18, 19 CN, 9 CADH y 15 PIDCyP se advierte que las palabras postuladas como fuentes (“hechos”, “acciones”, “actos”, “omisiones”) aparecen incluidas en proposiciones cuyo sentido final radica en la consagración de una garantía distinta a la de responsabilidad por el acto (legalidad y reserva), y es dudoso que el Constituyente se propusiese establecer un principio diferente al enunciado en el tenor general del artículo apelando a un término aislado. Más convincente es suponer que la necesidad de emplear sustantivos como “hechos” o “acciones” al declarar la existencia de otros derechos, obedece a una cierta comunicación funcional que media entre éstos y el principio de acto.

Veamos. Podemos acordar con Magariños en que la regla del 18 CN se limita a imponer condiciones de publicidad al mandato legislativo para asegurar la máxima previsibilidad del Estado en materia penal, y que nada dice en principio sobre el contenido de las prohibiciones. Sin embargo, nótese que la locución “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior a la *peligrosidad* /

⁶⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala de FERIA, “E., A. A. s/ Procesamiento”, rta. el 24 de julio del 2009, voto del juez Alfredo Barbarosch.

⁶⁵ Oscar A. Rodeiro “¿Es constitucional la agravante del delito de portación de armas de fuego prevista por el octavo párrafo del artículo 189 bis del Código Penal?”, LLPatagonia 2008 (agosto), 309. Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 1 de la Capital Federal, “Chanampa, Osvaldo N.”, 26 de octubre de 2005.

ideas innobles / formas de ser del proceso” no estaba disponible ya desde un punto de vista lógico, pues a ningún legislador se le ocurre advertir a los ciudadanos que se abstengan de albergar sentimientos reprobables o cargar estigmas de peligrosidad. A la idea de legalidad como límite al poder le antecede forzosamente el postulado de que solo se incriminarán acciones.

Se contestará que desde siempre han existido leyes, ordenanzas y toda clase de mandatos que penalizaban rasgos de carácter verificados con posterioridad a su sanción. Pero esa preexistencia consistía de un simple fenómeno ordenatorio, no un principio de valor político - garantista. Respondía más a parámetros de organización que a la regla axiológica de “no sorpresas” en beneficio del sujeto. Es difícil imaginar, por ejemplo, a un sistema que castigue la herejía autolimitándose por ser su manifestación anterior a la sanción de la norma. Es que, si la ley previa es regulatoria de comportamientos, entonces podemos hablar de una garantía, pero si es constitutiva *per se* de una condición punible, su carácter previo no pasa de ser un simple dato.

No es distinto si en vez de focalizarnos en la condición de “previa”, atendemos al mandato “cierta y estricta”. En la resolución dictada por la Cámara de Apelaciones en “Donoso”, además de las ya citadas referencias sobre derecho penal de autor y el imperativo de acto, se dice que ““La expresión “profesional del delito” es vagamente alusiva y más cercana a los enunciados metafóricos, que a los símbolos precisos que requiere la tipicidad. Tal vaguedad semántica deja en las sombras el significado, y éste debe ser encontrado, a tientas, por ignorados caminos de interpretación””. Consideraciones similares se desprenden del fallo “Antúnez García”, al entender que las expresiones “alterar de cualquier manera” o “emitir palabras torpes o que ofendan o corrompan” que figuraban en los edictos contra desórdenes y escándalo ““...son idénticas

a las empleadas por los estados totalitarios para afectar arbitrariamente la libertad de los ciudadanos mediante fórmulas sin confines garantizadores, como la ofensa a los “sanos sentimientos del pueblo”, de la legislación penal hitleriana, o “la sana moral socialista”, del Código Cubano de 1979””.

Pero si bien estas sentencias suelen citarse para ilustrar sobre el principio de máxima taxatividad, la indeterminación semántica en los tipos es consecuencia directa de la pretensión de captar algo distinto de un hecho. Salvo construcciones de autor extremadamente rudimentarias (ej. edad, género o algún atributo físico), una sociedad donde no se contemple la garantía de acto deberá renunciar también a formulaciones precisas en sus leyes penales, o mejor dicho, al objetivo de contener la vaguedad dentro de las falencias irreductibles de los lenguajes naturales.

De esto se colige que si bien el principio de legalidad no regula el contenido concreto de las normas, su inclusión en una carta de derechos únicamente se explica si las definiciones de fondo sobre el objeto de intervención penal ya vienen dadas por el requisito de acción, que no deriva de aquél, sino que subyace a su valor político como garantía⁶⁶.

Y de la misma forma en que “ley anterior a la *peligrosidad* del proceso” no estaba disponible para el Constituyente desde un punto de vista lógico, sería cuanto menos redundante reservar sólo a Dios y declarar exentas de la autoridad de los magistrados *las personalidades / pensamientos / intensiones privadas* de los hombres que de ningún modo ofendan al orden ni a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero. Si el sistema penal se dispusiera a criminalizar atributos internos de los gobernados se tornaría impracticable cualquier distinción entre acciones privadas y públicas, entre el carácter inocuo y lesivo de un

⁶⁶ Sobre esto último sí estamos plenamente de acuerdo con lo expresado por el juez Magariños en el ya comentado “Ortiz, Federico A. R.”

comportamiento, porque no garantizado lo menos (inmunidad del pensamiento) carece de sentido avanzar sobre lo más (acción privada). Nuevamente, no es tanto que el vocablo “acción” represente la consagración literal de un principio distinto al de reserva, sino que trasluce el hilo de representaciones necesarias que preceden a una conceptualización mínimamente racional de la garantía. El principio de reserva esboza un umbral de tutela que presupone la responsabilidad por acciones, pues de ninguna otra cosa tiene sentido practicar la discriminación entre perjudicial a terceros o concerniente únicamente al individuo.

Finalmente, también se hace difícil compartir que la fórmula de culpabilidad se deduzca del requisito de legalidad como sostiene la opinión mayoritaria. Para que el autor pueda disponer libremente de una configuración fáctica se requiere el conocimiento previo de su reprobación jurídica, pero ese conocimiento no es suficiente por sí mismo para excluir la *versare in re*, como lo demuestran la tipificación del homicidio y lesiones en riña o los delitos preterintencionales. No hay evitabilidad sin ley previa, pero la ley previa puede reprimir circunstancias no evitables, de manera que la culpabilidad expresa un valor más amplio y por ende no comprendido íntegramente en el 18 CN. Antes bien, diremos que la legalidad es una condición de posibilidad y a la vez una reglamentación parcial y elevada por el Constituyente al estatus de derecho fundamental, de un aspecto específico de la culpabilidad.

A nuestro juicio, la fuente de las máximas de exteriorización y culpabilidad en nuestra legislación ha de buscarse en el artículo 33 CN. No simplemente como “implícitos” por su condición de no escritos pero derivados de la forma republicana de gobierno (ej. *ne bis in idem*), o de no negados por la recepción expresa de otros derechos; sino “implícitos”

como punto de partida para todo el armado constitucional penal, como aquello que no estando decidido de antemano tornaba inútil la obra. Palabras como “acciones” y “hechos” antes que fuentes, son testimonios de una directriz que acompañó a los redactores de la Carta Magna desde las primeras tintas (aun cuando la cláusula de las libertades implícitas fuese positivizada recién por la Convención del 60).

Obviamente no hablamos de una dependencia axiomática, que supondría incorporar una estructura piramidal dentro de la Constitución misma, pero es notorio que el rendimiento de otros derechos mengua sensiblemente cuando se resienten nuestras definiciones de fondo sobre el fenómeno punible. Amén de lo dicho sobre los valores de legalidad y reserva, nótese que entrometiéndonos en los pensamientos queda automáticamente desbaratada la regla de mínima intervención o *última ratio*.

Desde que no hay dos personalidades iguales, tampoco tendría sentido incorporar la garantía de igualdad a un sistema preocupado por la forma de ser del delincuente. A punto tal, que cuando examinamos al inicio la clasificación de antecedentes del 189 bis CP en función del artículo 16 CN, y nos preguntamos si resulta arbitrario diferenciar entre delitos contra las personas o ejecutados con armas y otras infracciones al Código incluso más graves, debimos concluir que bajo la lógica de la ley, que apunta a neutralizar un tipo específico de peligrosidad predelictual, la distinción lucía fundada. Ocurre que la prohibición de trato desigual aplicada a un sistema donde el imputado responde por sus características individuales deviene en una proclama vacía, que se tendrá siempre por respetada a condición de no proporcionar ningún beneficio.

Si ahora volvemos sobre nuestras conclusiones en relación al principio de proporcionalidad y, comparando la sanción de la portación ilegítima agravada con la pena establecida para otros delitos, quisiéramos indagar

cuál es el justo valor que correspondería asignar a “poseer antecedentes”, esto es, dar con la dosis de reproche que sí hubiere satisfecho la garantía, lógicamente encontraremos que el sistema jurídico no dispone de pautas para medir la gravedad de aquello que prohíbe imputar. No puede llegarse a una determinación coherente sobre la proporcionalidad de la pena si antes no se contestó afirmativamente sobre la lesividad de la acción, y únicamente tiene sentido formular este otro interrogante si antes convenimos que lo prohibido es en efecto una acción.

Es que, si antes postulamos la conveniencia de estar a una secuencia lógica en la activación de los filtros constitucionales, es porque ciertas garantías sólo están pensadas para operar sobre imputaciones que reúnan ciertas condiciones previas de validez y que no fracasen ya en las primeras etapas del examen. Imaginemos a una persona que habiendo sido condenada por el hecho A vio agravado el reproche en atención a sus condiciones personales (art. 41 CPPN). Resultando ahora condenada por el hecho B, y visto que esas condiciones no han variado, soporta un nuevo plus de castigo en razón de las mismas circunstancias. Si por hipótesis se le ocurriese plantear una violación al *ne bis in idem* alegando que esos aspectos de su personalidad le valieron una sanción más severa en el proceso anterior y por lo tanto ya fueron tenidos en cuenta, se le contestará, con toda lógica, que las circunstancias de autor suelen representar un continuo de cosas y es razonable que el Estado renueve el juicio desfavorable sobre su persona tantas veces como comparezca a proceso. Y se le respondería con lógica porque la prohibición de doble juzgamiento sólo cumple un papel útil en relación a la porción de objeto procesal integrada por un hecho circunscribible en tiempo, lugar y modo, pero si el orden jurídico fuese inclinándose paulatinamente a rellenar la imputación con datos extraídos de la biografía del sujeto, el valor

protectivo del *ne bis in idem* disminuiría en forma inversamente proporcional hasta convertirse en una garantía de sustancia rebajada.

La inusual cantidad de derechos que se piensan conculcados por el tipo agravado de portación ilegítima de armas es consecuencia de la lesión primaria al dogma fundamental de acto. Si la norma nos parece discriminatoria, desproporcionada, vaga en sus términos, irrazonable, comprensiva de circunstancias no perjudiciales a terceros y reiteratoria de hechos ya juzgados, es porque a falta de un comportamiento estos postulados han perdido la capacidad de aportar racionalidad al sistema. Antes que una violación específica, correspondería hablar de una desactivación de principios.

Si quisiéramos ahondar en el debido proceso, habría que convenir en que era noble pero ilusoria la preocupación de positivistas como Jiménez de Ansúa por rodear a los “estados peligrosos” de todas las garantías que hacen a la defensa técnica, derecho a ofrecer prueba, la judicialización del trámite y el acceso al recurso⁶⁷. El rito inquisitivo nacido en tiempos del Imperio para delitos de *lesa majestatis* y vigente durante los juicios de fe de la Edad Media guardaba perfecta coherencia con la clase de faltas que se pretendía enjuiciar. Lo ilógico, desde ésta óptica, era someter a Sócrates a un procedimiento de carácter acusatorio cuando la imputación consistía en corromper a la juventud de Atenas y hacer apología de falsas deidades.

⁶⁷ Valgan sobre el punto las siguientes reflexiones que tomamos del voto de los Dres. Carlos Tozzini y Pablo Loumagne en “Antúnez García”: “Recordamos que Jiménez de Ansúa, aquel inalcanzable defensor de los derechos individuales, aunque admitía, como positivista, esta suerte de sanción anticipada a cualquier hecho delictuoso en virtud de una “personalidad” éticamente reprobable, como legislador, en la España de 1933, rodeo a la ley de vagos y maleantes de defensas y garantías contra el avasallamiento del individuo por parte del poder político, a saber: el estado peligroso sin delito, que era para él una situación de hecho, debía ser declarado por un juez, previa prueba de ello y tras un proceso, con intervención del Ministerio Público, que permitía al imputado aportar prueba, ser asistido por un abogado defensor, apelar ante la audiencia y, finalmente, reclamar ante el juez instructor contra todo exceso cometido durante la ejecución de la medida” (CNACyC, Sala IV, rta. 20/04/1986).

IX. La portación de antecedentes y el principio de acto.

Sentado que el primer escalafón de análisis consiste en verificar la presencia de una voluntad exteriorizada, se impone revisar desde este ángulo los razonamientos que hablan en favor de la constitucionalidad del tipo.

Como primera reflexión advertimos una fuerte tendencia a dar por satisfecho el requisito de acción en virtud de que la norma deja indemnes otros principios, especialmente el de razonabilidad de la ley (art. 28 CN). Se afirma con insistencia que el dato de poseer una condena no es antojadizo o inconexo, o que no aparece como irracional el vínculo trazado por el legislador entre la comisión previa de delitos y la mayor potencialidad ofensiva del agente. Pero téngase en cuenta que la Constitución no ha querido protegernos únicamente de legisladores desquiciados o caprichosos. Incluso si concediéramos que la ausencia de fidelidad interior al derecho y el desprecio por la pena constituyen datos atinentes, conducentes y racionalmente vinculados a la puesta en riesgo de bienes jurídicos, siguen sin ser conductas. Cuando el Constituyente declaró impunes las vivencias subjetivas mandó que ninguna conclusión pueda extraerse sobre la hipotética razonabilidad de perseguir nada distinto de un comportamiento.

En el mismo sentido, el hecho de que registrar una condena o proceso en curso no sea susceptible de encuadrar a la persona en estereotipos definidos por agendas políticas, étnicas, religiosas o de género, y que la norma se aplique, como reza uno de los fallos, en paridad de condiciones a todos los individuos comprendidos en el ámbito general de prohibición, tampoco significa que el Estado quede autorizado a reprimir tendencias desviadas en tanto puedan verificarse de manera uniforme entre todos los habitantes. Argumentar que se sanciona bajo igualdad de condiciones a todas las personas que exhiban rasgos distintivos de

peligrosidad hace a una forma cuanto menos peculiar de interpretar el artículo 16 CN.

Otro de los fundamentos que se deslizan en sostén de la agravante lleva la siguiente estructura: la norma debe cumplir con el principio de acto, pero claramente no es necesario (ni posible) que cada elemento del tipo suponga en sí mismo una acción. El legislador construye prohibiciones partiendo de un núcleo típico (verbo) condicionado por circunstancias objetivas y subjetivas a las que se asigna relevancia jurídico - penal. Estos elementos condicionantes distintos de la acción misma (en nuestro caso los antecedentes) pueden, por su propio peso, servir a la constitución de una figura calificada, quedando satisfecho el requisito de materialidad por la conducta ya prevista en la modalidad simple (portación).

Ahora, no existen dudas de que la portación ilegítima de armas supone una arrogación tangible de ámbitos de autodeterminación ajenos (un comportamiento lesivo). La pregunta es si ese grado de actividad material puede servir como excusa o derecho de paso para incursionar en la esfera íntima y, no sólo verificar la pertenencia subjetiva al autor de la acción concreta, sino también recabar elementos de ánimo adicionales que presten fundamento a la agravante.

La realización del tipo objetivo de la figura simple emplaza al Estado como deudor de una explicación subjetiva. Verificada una conducta externa *prima facie* contraria a la ley, debe indagarse si además esa acción/omisión junto con el resultado no desbordan el contexto interno de planificación del agente y si responden a un proceso deliberativo regular; esto en cumplimiento del mandato de culpabilidad. Pero ese derecho de paso a la consciencia, esa deuda subjetiva establecida en beneficio del autor, no puede indexarse (para integrar el marco calificado) con rasgos de espíritu ajenos a su obra. Y lo que justamente

ocurre con el artículo 189 bis es que partiendo de una acción en sí misma prohibida, el legislador se toma licencia para conducir una encuesta sin límites en la constitución moral del individuo en busca de posturas de vida contrarias al derecho; se opera bajo la idea de que quien ejecuta un acto antijurídico (portación) lo hace a su propio riesgo y debe tolerar intrusiones de cualquier naturaleza en sus voliciones o tendencias.

Pero repetimos que rendir cuentas sobre el pensamiento es una instancia normativa de defensa (ej. error de tipo / justificación / prohibición, inimputabilidad, margen reducido de autodeterminación, etc.) y las autorizaciones para trasponer la faz externa como límite al poder público tienen un marco estricto, ceñido a lo que la persona ha comunicado objetivamente en términos de acciones. Si accedemos al fuero íntimo es para verificar que el *factum* no sobrepase a la voluntad, que el resultado no desborde las riendas subjetivas del agente, pero si desde allí se significan penalmente elementos ajenos a esa percepción fáctica inicial, si se aprovecha para confeccionar una radiografía moral del sujeto fabricando punibilidad a partir de su contacto previo con el sistema carcelario o su falta de reverencia por la sanción estatal (el famoso “mayor desprecio por la pena”), entonces se rompe en sentido opuesto la correspondencia factico - subjetiva que pretendíamos nivelar, y bajo el pretexto de evitar la responsabilidad por el resultado pasamos a sancionar la responsabilidad por el carácter.

Entonces, completando la formulación del principio de materialidad que propusimos al inicio, diremos que así como las vivencias interiores son impunes, la realización de un acto tampoco confiere jurisdicción sobre la psiquis toda; cada parcela de esta no comprometida en el delito sigue estando bajo tutela constitucional.

A estas preocupaciones suele contestarse con el ejemplo de otros tipos penales que también asignan relevancia a circunstancias personales,

como sería el caso de quien mata a su ascendiente, descendiente o cónyuge, los delitos que contemplan la calidad de funcionario público o los atentados contra la integridad sexual y la libertad cometidos por un pariente, tutor o guardador del sujeto pasivo.

Parece importante discernir entre condiciones particulares del sujeto que comunican al injusto, vale decir, que aportan al disvalor de conducta propiamente dicho, y las condiciones particulares que solo revelan una personalidad defectuosa. El vínculo de parentesco, la existencia de especiales deberes de gratitud / protección, o el aprovechamiento de una relación previa de confianza con la víctima, a la vez que condiciones personales, son circunstancias de interacción que adjetivan la exteriorización de voluntad y moldean el comunicado antinormativo del acto desde una perspectiva estandarizada, en consideración a roles anónimos que definen relaciones intersubjetivas, y sin necesidad de ir a buscar el sentido social del hecho en el grado de simpatía o aversión hacia la ley que pueda sentir el imputado.

Hay diferencia entre valorar rótulos sociales que caracterizan marcos específicos de actuación (padre, tutor, sacerdote, funcionario, médico, comerciante, militar, etc.), donde la circunstancia personal coloca al sujeto en una relación de especial cercanía con la pretensión de indemnidad del bien jurídico y el incremento de injusto se explica por la mayor intensidad de la expectativa normativa defraudada, y computar, por otro lado, una repugnancia al derecho relativamente objetivada por infracciones previas. Lo primero es perfectamente compatible con el punto de vista antropológico que manda adoptar la Constitución Nacional, pues no se rebaja en dignidad ni se cosifica a la persona. En cambio, el 189 inc. 2, 8vo opera sobre una supuesta minusvalía social, olvidando que el orden jurídico argentino ha renunciado a formular juicios sobre la “potencialidad ofensiva” de los seres humanos.

Por eso, sobre las reiteradas alusiones a que poseer antecedentes constituye un dato “objetivo y real”, es bueno aclarar que existen datos objetivos y reales que condicionan la valoración de un hecho, y datos objetivos y reales que, con motivo o en oportunidad de un hecho, invitan a valorar personas.

Desde otro punto de vista, coincidimos con lo expresado en el precedente “Lemes” del Superior Tribunal en cuanto a que considerar datos de la historia del autor y “ajustar el tratamiento penitenciario” se torna ineludible para perseguir los objetivos de prevención especial que vienen consagrados por el artículo 5, apartado 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sólo que ningún pasaje de la Convención manda que ese ajuste del tratamiento deba consistir en su prolongación temporal. Si el legislador quisiera otorgar a los penados reincidentes acceso preferencial a cupos de trabajo y estudio, fijar un programa intensivo de entrevistas o establecer mecanismos diferenciales de seguimiento y asistencia post - liberación, todas éstas son maneras legítimas de perseguir los fines de reinserción social sin violar la garantía de acto.

Finalmente, cómo es que el principio de culpabilidad, cuya inteligencia radica en impedir que se imputen a cuenta del autor resultados no evitables, terminó asociado a que la insensibilidad frente al encierro amerita mayor castigo, es algo que insumiría una investigación aparte. Pero a los fines del estudio, pleguémonos a esta metafísica según la cual todo individuo que al día de hoy ha sido condenado por un delito transita por la vida cargando una especie de culpabilidad aumentada por actos futuros que se encuentra latente y pronta a realizarse en caso de incurrir en un nuevo hecho. Aún si aceptamos el absurdo de una culpabilidad acumulativa, la presencia en exceso de condiciones de pertenencia subjetiva del resultado al agente (culpabilidad) nunca puede

compensar un *minus* de exteriorización en la conducta (acción). Este es un razonamiento similar al del balsero que faltándole uno de los remos cree que haciendo más fuerza con el otro conseguirá mover la barca hacia adelante.

Por lo demás, y como bien dice la Dra. Alicia Ruíz en “Rodríguez, Marcelo”: ““Nada más elocuente y contradictorio en este punto que utilizar expresiones como “insensibilidad demostrada” o “desprecio que manifiesta por la amenaza penal” y pretender simultáneamente que “la punibilidad y que el incremento de pena no se apoya en el autor mismo - forma de ser, personalidad o estado peligroso-””⁶⁸.

X. Comparación con el artículo 41 del Código Penal.

De los argumentos empleados por el Tribunal Superior de Buenos Aires en “Taboada Ortiz”, el que a nuestro juicio resulta más convincente sostiene que si el artículo 41 CP puede encomendar al juez la valoración de las condiciones particulares del autor al individualizar la pena, entonces estos elementos también pueden dar pie ocasionalmente a una tabla legislativa. En efecto, teniendo en cuenta que esta norma obliga a valorar la conducta precedente del sujeto y las reincidencias en que hubiese incurrido, así como sus antecedentes, condiciones y vínculos personales, y que no ha soportado iguales críticas a las del tipo de portación agravada, es natural preguntarse bajo qué lógica puede resultar aceptable lo primero y considerarse ilegítimo lo segundo.

Parece existir un sólido consenso acerca de que aquello que llamamos derecho penal de autor cuando viene definido en los tipos legislativos e

⁶⁸ TSJCABA, expte. n° 6146/08, “Rodríguez, Marcelo José s/ inf. art. 189 *bis* CP, portación de arma de fuego de uso civil s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” y su acumulado expte. n° 6148/08 “Ministerio Público -Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Rodríguez, Marcelo José s/ infr. art. 189 *bis* CP”, rta. 17/12/2008.

impacta sobre la escala en abstracto, adscribe a otra denominación y no merece reparos cuando integra la determinación judicial de la pena en concreto. “...debe distinguirse entre el procedimiento de subsunción típica y el de individualización de la pena. Mientras que el tribunal considera válido constitucionalmente, en el proceso de individualización de la pena, la valoración de las “condiciones personales del imputado”, lo cual incluye, eventualmente, los antecedentes condenatorios que aquel poseyese al momento de la comisión del hecho (desde que ello posibilita considerar un juicio de reproche mayor, lo cual se hará en el caso concreto), la presunta acción que contiene el tipo penal en cuestión (“registrar antecedentes penales”) implica una valoración estricta, constitutiva del ilícito penal per se...”⁶⁹

En otros fallos leemos: “La valoración de los antecedentes penales tendrá obviamente, lugar en el momento en que el tribunal de juicio individualice la pena que corresponde aplicar al imputado por la comisión del nuevo suceso que se le atribuye respecto del sistema de mínimos y máximos que se establecen en los tipos de la parte especial (arts. 40 y 41 CPen.), pero no es posible que tales extremos tengan por propósito concretar una subsunción típica”.⁷⁰ “En cambio no podrán construirse sobre la base de circunstancias subjetivas vinculadas a los antecedentes penales del autor, cuya ponderación sólo queda reservada al juez de la causa, como pauta evaluativa para la fijación de la condena entre el mínimo y el máximo de la pena prevista legalmente. El legislador tiene vedado constitucionalmente construir delitos sobre la base total -e inclusive parcial- de los antecedentes del autor (...)”⁷¹.

⁶⁹ Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 1 de la Capital Federal, “Chanampa, Osvaldo N.”, 26 de octubre de 2005.

⁷⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, rta. 25/04/2007, “Gil, Omar A.”, voto de los Dres. Lucini y Bruzzone.

⁷¹ Juzgado en lo Contravencional y de Faltas Nro. 25 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Rosas, Pablo M. y otro s/ inf art. 189 bis del CP”, rta. 03/11/2006. En sentido coincidente Juzgado en lo Contravencional y de Faltas Nro. 7 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Rojas Jorge E.”, rta.

Langevin lo explica del siguiente modo: “En tercer lugar, también se acude a la distinción entre procedimiento de subsunción -tipicidad- e individualización de la pena, siendo en esta segunda etapa donde estaría permitido recurrir a las condiciones personales del imputado para realizar una correcta mensuración. En cambio, la norma del art. 189 bis C.P. lisa y llanamente lo menciona como la sustancia del precepto legal inmerso en el procedimiento de subsunción como cualquier conducta típica...”⁷². Y según Massaglia: “La facultad de valoración por parte del juez cuando ejerce el acto jurisdiccional de fallar no puede ser restringida. Los jueces deben contar con plena libertad para desarrollar la función que les es propia, consistente en determinar el alcance y aplicación de una norma en cada caso concreto. Precisamente, la conducta anterior al hecho constituye una de las pautas valorativas que por expresa disposición legal debe ser considerada para la individualización de la sanción”⁷³.

El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba⁷⁴ también delimita los alcances del precepto en relación al instituto de la reincidencia, cuya constitucionalidad había avalado en otros pronunciamientos, sosteniendo que mientras el artículo 50 CP llama a valorar la mayor reprochabilidad del reiterante dentro de la escala y permite a los jueces asignar la medida justa de sanción en relación estrictamente proporcional a la mayor culpabilidad por el segundo hecho, el artículo 189 bis, distorsiona el

24/06/2008: “En este punto, cabe aclarar que si bien podría alegarse que los argumentos enunciados al declarar la inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis, apart. 2º, párr. 8º, CPen., también resultarían válidos para obtener un igual pronunciamiento con relación a la declaración de reincidencia, lo cierto es que los antecedentes en que se funda tal declaración "no son en la sentencia determinantes concretos de una porción específica de la pena", como sí ocurre, en el caso de la aplicación de la agravante ya mencionada.”

⁷² Langevin, Julián Horacio, “Art. 189 bis, inc. 2do. *in fine*, Código Penal. Portación de antecedentes penales: un agravante inconstitucional” en LL. DJ 2005-3, 363.

⁷³ Massaglia, María Valeria, “La inconstitucionalidad de la agravante del párrafo sexto del artículo 189 bis del Código Penal según ley 25.886”, Publicado en: LL. DJ 2004-3, 683.

⁷⁴ Sala Penal, “Cuello, Juan Antonio s/ ejecución de pena privativa de libertad -Recurso de Revisión- (Expte. “C”, 66/2009, S. n° 39), rta el 10/03/2010.

marco punitivo al incrementar los mínimos y máximos y por circunstancias no vinculadas al injusto en sí mismo.

Por último, en un precedente de la Cámara Federal de Casación⁷⁵, la Dra. Ana María Figueroa, a cuyo voto adhieren los vocales Madueño y Cabral, también aclara que el haberse pronunciado anteriormente por la validez del artículo 50 no fuerza a adoptar el mismo criterio para la portación calificada. Expone que la sistemática del Código Penal prevé la posibilidad de valorar los antecedentes y condiciones personales del autor al momento de individualizar la sanción (art. 41 CP). Esta operación se vincula con el reproche concreto que se formula al sujeto en el nivel de culpabilidad, luego de constatado el injusto. En cambio, la norma del 189 bis asume estos elementos personales de reproche en el tipo objetivo, lo cual constituye una inconsecuencia dogmática. Se incurre de este modo en una violación al principio del derecho penal del acto, en tanto se tipifica algo más que una estricta conducta. La escala penal no puede agravarse en abstracto por circunstancias personales del autor, pues es al juez a quién corresponde, dentro de la sistemática históricamente prevista en el Código Penal, tener en cuenta los antecedentes personales al merituar la culpabilidad en base al juicio de reproche. Así, el principio republicano de división de poderes (art. 1 CN) reserva sólo a los magistrados la posibilidad de valorar los elementos del caso concreto, entre los cuales, repite, están las circunstancias individuales del autor.

Bien. Podemos coincidir en que la norma constituye una rareza dogmática al asumir como elementos del tipo circunstancias que históricamente se encargaban a la libre valoración de los tribunales mediante disposiciones abiertas de la parte general. Sin embargo debe reconocerse que la sistemática tradicional del Código no le es oponible

⁷⁵ Sala I, “Amato, Diego Marcos s/ recurso de revisión” (cn° 15.949), rta. 12/06/2013.

al legislador más que para remarcar el apartamiento de los cánones sancionados por la comunidad científica o la mejor técnica legislativa que precedía a la reforma.

Por otro lado, no es correcto sostener que la composición dual del hecho punible (injusto-culpabilidad) guarda relación con el deslinde de competencias entre los distintos departamentos del Estado, según el cual incumbe al legislador diagramar las prohibiciones en abstracto mientras que a los jueces toca decidir sobre su aplicación al caso concreto. Cuando decimos que los magistrados judiciales deciden sobre los *elementos del caso en concreto*, esto significa que conducen el procedimiento inductivo de acreditación fáctica y la operación lógico - deductiva de subsunción jurídica en relación a *todos los institutos de la teoría del delito* (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y reprochabilidad). A la inversa, cuando la ley prescribe en *abstracto*, introduce mandatos de orden general no sólo sobre la descripción típica de la conducta prohibida sino respecto, nuevamente, de *todos los aspectos del ilícito culpable*.

El reparto republicano de competencias, en lo que aquí interesa, exige: 1) una regla que contemple como antecedente un universo indefinido de casos (norma legal general), 2) una decisión que resuelva sobre la correspondencia entre las propiedades de un conflicto particular y las condiciones de pertenencia al conjunto genéricamente definido en el primero (norma judicial individual) y 3) que ambos procedimientos se encuentren a cargo de órganos distintos. Ese mandato general que sienta las condiciones de pertenencia a un universo indefinido de casos puede además, y es aconsejable que lo haga, utilizar valores no exactos para la construcción del consecuente, delegando en el juzgador su integración definitiva. Pero la Constitución Nacional, en principio, no abre juicio sobre la necesidad de que la voluntad legal se exprese en consecuentes

abiertos. Obviamente, que prescindir sistemáticamente de la técnica de máximos y mínimos asignando cantidades únicas de pena multiplicaría en la práctica los casos de inconstitucionalidad por desproporción, pero nada tiene que ver esto con la separación de poderes.

Más allá de lo anterior, lo que en realidad nos interesa destacar es que la prohibición de instrumentar un derecho penal de autor no está dirigida particularmente al legislador, sino al Estado. La contraposición no es entre el órgano legislativo y el judicial, sino entre el ciudadano y el poder público. La personalidad del imputado no es lo “concreto del caso” reservado a la apreciación del sentenciante, sino lo que está fuera del caso y más allá de los límites del sistema penal. Por lo tanto, es errado sostener que el artículo 189 bis resulte inconstitucional porque reprimir condiciones personales sea privativo de los tribunales, y es de suyo muy grave que los jueces reclamen para sí los instrumentos que debieran censurar.

A los efectos de la manda constitucional resulta completamente irrelevante si el dispositivo que permite sujetar a pena a un individuo en base a su historial de vida responde al diseño de las normas de la parte especial (tipos legales de autor) o se activa al momento de la individualización en base a una disposición genérica (prácticas judiciales de autor). Menos importa aún cómo se distribuyan estas valoraciones entre las categorías de análisis de la teoría del delito (injusto - reprochabilidad). El principio del acto es una filosofía garantista de ejercicio del poder que irradia a todos los eslabones de la actividad punitiva. Lo que interesa al Constituyente es que, al cabo del procedimiento que va desde la tipificación en abstracto del hecho punible hasta la solución concreta en sede judicial, ninguna persona se encuentre expuesta a sufrir castigo por nada distinto de una conducta.

Queda saber si, a diferencia del artículo 189 bis, y de acuerdo a la doctrina de la “interpretación conforme”, el artículo 41 CP admite un sentido que deje a salvo su validez. Entendemos que de ser así, éste deberá coincidir con el propuesto por juez García en autos “De las Toscas, José L.”⁷⁶: “El art. 41, inc. b, puede ser interpretado por vía de una visión superadora de sus antecedentes históricos, de un modo compatible con el art. 18 CN, si se interpreta que en general el art. 41 establece pautas que atienden a la magnitud del injusto y de la culpabilidad, y que la peligrosidad no es ya fundamento de medición de la pena, sino simplemente un correctivo...en el sentido de que no permitiría la aplicación de una superior al límite fijado por éstas, pero sí, una menor cuando la falta de o mínima peligrosidad disminuye las necesidades preventivo especiales. Por cierto, bajo ciertas condiciones, la constatación de que el agente ha sido condenado por otros hechos cometidos con anterioridad, puede constituir un elemento a tener en cuenta para estimar las necesidades preventivo especiales en el marco del art. 41, inc. b CPen. pero nunca una autorización para sobrepasar la gravedad del injusto y la culpabilidad por el hecho”. Y sienta párrafos después que: “...las condenas anteriores no podrían fundar un mayor reproche de culpabilidad sino, a lo sumo, dar razón de que no se justifica la imposición de una pena por debajo del reproche merecido por el injusto del que el imputado se hizo culpable...”.

XI. Conclusión:

El artículo 189 bis, inc. 2, párrafo 8vo CP reflota un paradigma que entendíamos superado; uno donde el poder público sofoca desviaciones internas en vez de limitarse a comprobar defraudaciones objetivas a una

⁷⁶ CFCP, Sala II, “De las Toscas, José L. s/ recurso de casación”, cn° 9.108, rta. 14/7/2008. Ver también el voto del juez García en “Rivas, Osvaldo A. y otros”, rta. 22 abril de 2009.

norma de conducta. Felizmente, el legislador no ha sido tan original como para que precisemos activar todo el aparato de garantías a fin de brindar una respuesta satisfactoria. Si la regla de acto bastó para movilizar la consciencia jurídica universal contra las cazas de herejes de la Edad Media, repudiar la persecución en masa de enemigos del régimen en experiencias totalitarias modernas y sobreponernos a la época de oro de la criminología positiva, lógico es pensar que pueda por sí sola contra esta última ocurrencia del populismo penal argentino.