

INFLUENCIA DEL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO* SOBRE LA INTERPRETACION DEL DELITO DE PORTACION DE ARMAS DE FUEGO

Por Julián Horacio Langevin

Sumario: I. Introducción. II. *In dubio pro reo*. III. *Nulla poena sine actione*. IV. Autonomías provinciales. V. Alternativas: el fallo Vega Jiménez. VI. Conclusiones.

I. Introducción

El objeto de este trabajo se refiere a una particular forma de legislar, donde no se describen conductas de quien delinque, sino que se refiere a estados de convicción del juzgador con respecto a la prueba, extrayendo de ello una mayor severidad punitiva. Tal situación ocurre con un delito de peligro como es la portación de armas de fuego, ya que la reforma operada por ley 25886¹ dejó redactado del siguiente modo el art. 189 bis del código de fondo:

“...2) La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de 6 (seis) meses a 2 (dos) años y multa de mil pesos (\$ 1000) a diez mil pesos (\$ 10.000).

Si las armas fueren de guerra, la pena será de dos (2) a seis (6) años de prisión.

La portación de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de un (1) año a cuatro (4) años.

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

Si el portador de las armas a las cuales se refieren los dos párrafos que anteceden, fuere tenedor autorizado del arma de que se trate, la escala penal correspondiente se reducirá en un tercio del mínimo y del máximo.

La misma reducción prevista en el párrafo anterior podrá practicarse cuando, por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos.

En los dos casos precedentes, se impondrá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena...”

II. *In dubio pro reo*

1. El problema de la norma precedente radica en que agrava o disminuye la pena, no ya según la conducta del inculpado, sino en función del estado de convicción del juzgador respecto de la prueba del proceso². Ello puede observarse en la figura atenuada del sexto párrafo, donde la pena de la portación se disminuye si surge “evidente” la falta de intención de utilizar el arma con fines delictivos. Una correcta interpretación sistemática aconseja el análisis conjunto de la norma simple y la atenuada, ya que lo que se diga de una afecta necesariamente a la otra, y ello no deviene solamente de la relación de género a especie que media entre ambas, sino también de la esencial presencia en el tipo subjetivo de la “intención de usar las armas con fines ilícitos”, cuya ausencia exige la figura atenuada como condición negativa.

En pos de clarificar las cuestiones imbricadas, corresponde descomponer el tipo atenuado en dos aspectos. El primero atiende a la descripción de la conducta punible que consiste en portar un arma de fuego. El segundo pone de resalto un elemento que en rigor no describe un accionar delictivo sino que erige un determinado grado de certidumbre probatoria dirigido exclusivamente al juez o tribunal encargado de juzgar esa conducta. No debe producir confusión la circunstancia de que la referencia legal se encuentre en el código penal, puesto que la orden legislativa se dirige al juez -derogando el principio de duda- cuando le exige que debe resultar “evidente” la falta de intención de cometer delitos con esa arma. Es decir que no basta para el legislador la duda constitucionalmente consagrada como garantía procesal, sino que es necesario algo colindante con

la certeza, dado que según su significado gramatical “evidente” alude a algo cierto, claro, patente y sin la menor duda³.

2. Al respecto, cabe acotar que los estados intelectuales de certidumbre sobre la prueba (verdad, certeza, duda y probabilidad) no son indiferentes para la ley constitucional, pues al dictarse la sentencia definitiva en el proceso penal solamente la certeza sobre la culpabilidad del imputado autoriza una condena en su contra. Como sostiene Cafferata Nores⁴, gozando el imputado de un estado de inocencia constitucionalmente reconocido y legalmente reglamentado, únicamente podrá ser declarado culpable cuando las pruebas hayan producido la más plena convicción del tribunal al respecto. Por ende, todo mandato meramente legislativo que pretenda vulnerar ese principio no solamente es contradictorio con lo que establecen las legislaciones procesales, tanto nacionales como provinciales, sino que también y de modo preponderante es contrario a la Constitución y los convenios internacionales sobre derechos humanos, que consagran igual principio. Está claro además que la ley supone en la portación simple esa intención de cometer otros delitos, puesto que una interpretación sistemática como la recién realizada, indica que la presencia de esa intención es la que impide aplicar la figura atenuada. Verbigracia, si en un hipotético juicio el portador del arma demostrara por vía de dudas razonables que no lo hacía con intención de usarla con fines delictivos, ello no sería suficiente para ser beneficiado con la pena atenuada, que exige algo más, que resultare *evidente* por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, o lo que es lo mismo un estado de certeza, por lo cual su conducta quedará irremediabilmente atrapada por las penas más severas de la portación simple.

3. Párrafo aparte merece la remisión a las condiciones personales del autor como criterio para decidir la aplicación de pena, pues no debe olvidarse que la aplicación de la pena atenuada es facultativa para el juez, lo que surge inequívocamente de la utilización del verbo hipotético “podrá” que utilizó el legislador en la construcción delictiva⁵. Acertadamente De la Fuente-Salduna⁶ manifiestan que se trata de una circunstancia contraria a un derecho penal liberal, basado en el hecho y no en el autor, que puede dar lugar a numerosas arbitrariedades, dado que en definitiva implica una delegación absoluta del poder estatal en la impresión desfavorable y absolutamente subjetiva del juez. Se observa una grave violación del principio de legalidad (art. 18 C.N.), pues en definitiva la ley no describe la conducta punible, razón por la cual los ciudadanos no tienen la posibilidad de conocer desde un principio lo que está prohibido penalmente para poder adecuar su comportamiento a ello, siendo ese recaudo exigido desde antiguo a través del mandato de determinación de la ley penal (*lex certa*).

El error proviene de la confusión entre tipicidad e individualización de la pena. Una cosa es la conducta descripta como punible tanto en los tipos básicos como en los agravados, y otra muy distinta son las circunstancias que en definitiva se van a tener en cuenta para graduar la pena en concreto dentro de límites de las escales penales provistas por el legislador en abstracto. Ello se corresponde además con la distinción entre la culpabilidad para la fundamentación de la pena y la culpabilidad para la medición de la magnitud de la pena en el caso concreto⁷, ya que esta última precisamente consiste en el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y de este modo opera como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre éste⁸. En esa inteligencia, Terán Lomas⁹ resalta que la acción punible debe constituir un episodio concreto y determinado de la vida, ya que el Derecho Penal es de acto, no de autor, ya que el hombre no delinque en cuanto es sino en cuanto obra o deja de obrar. Y con toda precisión, aclara que la valoración de las condiciones personales prevista por el art. 41 C.P. tiene como objeto tanto al acto como el autor, más debe entenderse que se trata de la *valoración referida a la individualización de la pena y no a la subsunción*, que es el proceso previo, tendiente a establecer la conformidad a un tipo. Asevera que si se construye el derecho penal sobre los tipos de autor, se pena la intención, el pensamiento, el pecado, aunque no se los nombre, borrándose de esa forma el progreso de los siglos, para retornar a la indiferenciación primitiva. Bien afirma Mir Puig¹⁰ que el principio de responsabilidad por el hecho exige un “derecho penal del hecho” y se opone a la posibilidad de castigar el carácter o modo de

ser. Deben rechazarse la “culpabilidad por la conducta de la vida” o la “culpabilidad por el carácter”, ya que así lo reclama el principio de legalidad y su exigencia de tipicidad de los delitos: el mandato de determinación de la ley penal requiere una descripción diferenciada de cada conducta delictiva, lo que fue negado por la teoría de los “tipos de autor” que en su momento fueron propuestos en el nacionalsocialismo alemán en clara manifestación de su significado político.

Lo expuesto precedentemente no implica excluir la consideración como agravantes de ciertas circunstancias, condiciones o calidades personales del sujeto activo que guarden una conexión racional y no discriminatoria con la conducta descrita como delictiva por la respectiva figura, como por ejemplo la calidad de funcionario público que obviamente podría facilitar la comisión de delitos contra la administración pública y tiene una evidente relación con el bien jurídico afectado. Algo similar ocurre con el homicidio agravado por el vínculo previsto por el art. 80, inc. 1º, C.P., donde lo punible no es el mero hecho de ser padre, madre o hijo, ya que lo que figura contempla no son simples vínculos jurídicos sino reales relaciones parentales generadoras de confianza y afecto entre las personas¹¹. Pero además, debe destacarse una diferencia fundamental entre tales ejemplos (delitos especiales propios) y el hecho de tener antecedentes penales condenatorios como eventual –y descartado- criterio para estimar las “condiciones personales del autor” en la configuración del tipo. Quien ya fue juzgado y condenado goza de la garantía constitucional contra la doble persecución penal (*ne bis in idem*), que veda toda consideración de ese dato, por lo menos como base de un tipo penal. En cambio, cualesquiera de los ejemplos recién vistos no genera la protección constitucional en juego.

En consecuencia, el hecho de que sea un tipo atenuado nada quita ni agrega en orden a las exigencias constitucionales, desde que las mismas son aplicables tanto en la fundamentación como en la atenuación o agravación de la pena, debiendo destacarse que el vocablo utilizado por la ley no se trata de un concepto meramente valorativo sino de una fórmula vacía en cuanto a la descripción de conductas, que sienta bases absolutamente inaceptables para la interpretación y aplicación de la norma¹². Tampoco resulta óbice la circunstancia de que el requerimiento se refiera al tipo subjetivo, pues la valoración de los hechos o circunstancias fácticas alcanzadas por el *in dubio pro reo* incluye también los elementos subjetivos del tipo penal, cuya averiguación y reconstrucción resulta imprescindible para aplicar la ley penal. Por ende, la falta de certeza sobre estos últimos también debe computarse a favor del imputado¹³.

Por mandato constitucional, la ley penal debe ser general y previa al hecho delictivo, no reuniendo tales condiciones la establecida para regir un caso personalmente determinado -tal como sucede en el caso analizado-, dado que como enseñaba Nuñez¹⁴ la falta de individualización de la regla represiva choca contra la garantía constitucional de la igualdad ante la ley (art. 16 C.N.), que prohíbe se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias. Queda así construido un tipo de sospecha naturalmente inquisitivo¹⁵, que en su mera literalidad conlleva la inconstitucionalidad de ambas normas, tanto la básica como la atenuada, ya que lo decisivo para su deslinde es la presencia u ausencia, respectivamente, de la intención delictiva, lo que de ningún modo puede realizarse con mandatos legales violatorios de preceptos constitucionales. Sobre el particular, ya Carrara¹⁶ observaba que las escalas punitivas no deben recibir influencia de la dificultad de probar ciertos delitos, ya que si por esta dificultad se aumentara la pena, no haríamos sino vengar en el reo nuestra impotencia, y al mismo tiempo, como la dificultad de la prueba hace más fáciles los errores judiciales, ello equivaldría a hacer mayor el mal que se inflige cuando es también mayor el peligro de hacerlo a un inocente.

4. Esa correlación entre la pena y el grado de certidumbre de la prueba no puede ser admitido. *Veritas, non auctoritas facit iudicium* dice Ferrajoli¹⁷ a propósito de la jurisdicción, invirtiendo el principio hobbesiano válido para la legislación, agregando que ninguna mayoría o ningún consenso político-parlamentario, prensa, partidos u opinión pública, puede suplantar la falta de prueba de una hipótesis acusatoria. Toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia, y a ser tratada como inocente, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley en un juicio que cumpla todas las garantías procesales, premisa que tiene vastas consecuencias en

el proceso penal, la primera de las cuales implica que la acusación ha de probar la culpabilidad de la persona acusada. Y si existe una duda razonable, el acusado no puede ser declarado culpable¹⁸.

Refiriéndose a ese principio Taruffo¹⁹ sostiene que una justicia no arbitraria debe basarse en alguna medida en la verdad, esto es, en juicios sujetos a verificación empírica; está claro, en cambio, que una justicia “sin verdad” equivale a un sistema de arbitrariedad en el que no existen garantías sustanciales ni procesales. Resulta claro que cualquier retroceso en esta materia implica una retrogradación de siglos a la tradición inquisitiva incompatible con el Estado de Derecho²⁰. La conquista del derecho de oponer la verdad al poder es resultado de un largo proceso de elaboración de las formas racionales de la prueba y la demostración: como producir la verdad, en qué condiciones, qué formas han de observarse y que reglas deben aplicarse son cuestiones profundamente implicadas con la conquista de los derechos fundamentales de las personas²¹. Por ello la comparación de las normas actuales con las de la inquisición no es ociosa, pues demuestra que no son nuevas formas de legislar sino que constituyen prácticas conocidas desde la antigüedad, cuyo destierro le tomó siglos de sufrimiento a la humanidad y que ahora se intenta echar por tierra²².

Desde esa perspectiva, cabe remarcar que no se trata de una mera regla de interpretación dirigida al juzgador sino de un derecho fundamental de las personas frente al Estado (art. 18 C.N. y art. 8, inc. 2º, CADH), cuyo contenido esencial no es disponible por el legislador, que en todo caso ha de respetarlo, pues la interdicción de la condena dubitativa forma parte del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia del que constituye el núcleo²³.

La importancia de tales afirmaciones merece ser destacada en un modelo de derecho penal que frente al arbitrio punitivo opone los ideales de racionalidad y certeza. Ferrajoli²⁴ explica que el *favor rei* funciona como una norma de clausura del modelo de derecho penal informada por la certeza y la razón, que no sólo permite sino que exige intervenciones potestativas y valorativas de exclusión o de alteración de la responsabilidad penal cada vez que subsiste incertidumbre en cuanto a los presupuestos cognoscitivos de la pena. A este criterio son referibles instituciones como la presunción de inocencia, la carga de la prueba a cargo de la acusación, el principio *in dubio pro reo*, la absolución en caso de incertidumbre sobre la verdad fáctica y, por otro lado, la analogía *in bonam partem*, la interpretación restrictiva de los supuestos típicos penales y la extensiva de las circunstancias eximentes o atenuantes en caso de dudas sobre la verdad jurídica. Se trata de una discrecionalidad dirigida no a extender, sino a excluir o reducir la intervención penal en cuanto no motivada por argumentos cognoscitivos seguros.

El profesor de la Universidad de Camerino continúa sosteniendo que la certeza de que ningún inocente sea castigado viene garantizada por el principio *in dubio pro reo*, que expresa el sentido de la presunción de no culpabilidad del imputado hasta prueba en contrario: es necesaria la prueba -es decir, la certidumbre- no de la inocencia sino de la culpabilidad, sin tolerarse la condena sino exigiéndose la absolución en caso de incertidumbre. La incertidumbre es en realidad resuelta por una presunción legal de inocencia a favor del imputado precisamente porque la única certidumbre que se pretende del proceso afecta a los presupuestos de las condenas y de las penas, y no a los de las absoluciones y de las no penas. En un proceso inquisitivo la certeza perseguida es que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado. En cambio, la certeza perseguida por un modelo como el consagrado constitucionalmente está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune. Se entiende de esa modo como el *in dubio pro reo* es un corolario del *favor rei* frente al criterio opuesto, esto es *in dubio contra reum*.

Tal formulación se refuerza con lo dispuesto por el Estatuto del Tribunal Penal Internacional. En efecto, el art. 66 de las normas de Roma dan contenido a la presunción de inocencia a través de tres categorías, estableciendo en primer lugar que “Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable” (inc. 1º). En segundo lugar establece que “Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado” (inc. 2º). Y finaliza ordenando que “Para dictar sentencia condenatoria,

la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable” (inc. 3°). Es a todas luces ostensible que el principio *in dubio pro reo* fue previsto en toda su extensión probatoria, especialmente a través del inciso citado en último término, lo que no resulta un dato anecdótico o meramente informativo para nuestro país, puesto que sin perjuicio de resaltar la legitimidad que deviene del hecho de que dicho Tratado fue ratificado por la mayoría de la comunidad internacional, debe remarcarse especialmente en orden a la legalidad que la República Argentina fue uno de los primeros países en ratificarlo²⁵, dictando posteriormente las leyes internas de aprobación (Ley 25390²⁶), de acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Corte Penal Internacional (Ley 26193²⁷), y de implementación del Estatuto²⁸ (Ley 26200²⁹). Por ende, si alguien hipotéticamente pensara que el principio en estudio no fue receptado constitucionalmente, en contra de la tradicional interpretación que se otorgó al art. 18 de la Constitución Nacional, no cabe duda que su fundamentación podría realizarse sin esfuerzo con base en el Estatuto de Roma, por aplicación del principio *pro homine*, según el cual “la vigencia simultánea en un Estado de diversas normas internacionales o internas con distinto nivel de exigencias al Estado supone sumar acumulativamente todas ellas”³⁰.

5. Sin perjuicio de ello como así también del apuro legislativo que resulta de la confusión entre lo urgente y lo importante, creemos que una importante razón paralela se encuentra en la fuente extranjera consultada para la reforma del delito de portación de armas. Para nada se critica la consulta de antecedentes foráneos pero nunca debe olvidarse que cada derecho positivo se halla inmerso en un contexto legislativo y constitucional diferente que a veces torna inaplicables instituciones que lucen coherentes en el país de origen. En principio, debe destacarse que la norma sancionada en nuestro país es diferente a la legislación española³¹ que dice consultar, pues no es lo mismo decir “por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor *resultare evidente* la falta de intención de usar las armas portadas con fines ilícitos” (art. 189 bis, sexto párrafo, C.P. Argentino), que “por las circunstancias del hecho y del culpable *se evidencie* la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos” (art. 565 C.P. Español).

La ostensible mutación de palabras produce consecuencias jurídicas distintas, pues en el primer caso “evidente” equivale a certeza como resultado de las premisas valorativas indicadas por la norma (antecedentes personales y circunstancias del hecho), mientras que en el segundo supuesto esas mismas premisas son consideradas como cauces legales para llegar a la conclusión de falta de intención, por lo cual “se evidencia” equivale a camino o vía legal y significaría “surja de”. La palabra evidencia aparece entonces utilizada en dos sentidos diversos: en el texto español como prueba o camino probatorio para llegar al juicio de reproche, mientras que en el texto argentino indica determinada calidad del resultado conseguido a través de esos cauces de convicción. En otras palabras, a través de esas “evidencias” se debe llegar a un resultado “evidente”. La diferencia marcada es importante porque si bien subsiste la tacha de inconstitucionalidad por la referencia a las condiciones personales, por lo menos no se viola el principio de duda al no exigir un grado de certidumbre constitucionalmente prohibido.

6. Tampoco pueden obviarse ciertas peculiaridades del ordenamiento jurídico español, que coadyuvan para explicar las razones por las cuales una norma con ese origen deja de lado el principio “*in dubio pro reo*”, circunstancia que no fue advertida por el legislador argentino al consagrar similar solución legal. En la cultura jurídica española, esa garantía no fue estimada como exigencia constitucional sino hasta hace pocos años, habiendo sido hasta entonces considerada como un mero principio procesal sin bases constitucionales.

Bacigalupo³² informa que en la historia del Derecho español el principio sufrió una evolución semejante a la del resto de Europa, aunque lo cierto es que su reconocimiento es relativamente reciente, concibiendo de modo diferente la presunción de inocencia a la que se amputa expresamente el principio *in dubio pro reo*. En el mismo sentido, Jaen Vallejo³³ admite que durante mucho tiempo el principio quedó reducido a una simple regla de interpretación que carecía de carácter sustantivo, extremo que también fue jurisprudencialmente reconocido, tal como dijera el Tribunal Supremo Español en el “caso Banesto”³⁴. La cuestión empezó a cambiar a partir de Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la O.N.U. de 20-7-2000, donde luego de

analizar la legislación y práctica españolas -que inveteradamente negaban recursos ante tribunales superiores al desconocer el rango constitucional del principio de duda- se estableció que "la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto Europeo. En los últimos tiempos y por esa razón, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional, han ido extendiendo la casación y el amparo, respectivamente, a la posibilidad de revisión de la aplicación del principio *in dubio pro reo* por el órgano *a quo*, al menos en lo que a su dimensión normativa se refiere. Pasó de ser considerado una regla interpretativa del juzgador a un derecho fundamental del individuo, que a raíz de su consagración en la Constitución española de 1978 se proyecta como límite de la potestad legislativa³⁵.

Por el contrario, en Argentina, si bien existen serios problemas con el acceso a los tribunales superiores, no se desconoce la naturaleza constitucional del principio³⁶, que es una derivación necesaria del principio de inocencia, puesto que cuando el art. 18 de la Constitución Nacional dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le imputan hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme.

7. Lo expuesto puede ser graficado en inexorable y llamativa coincidencia con los manuales inquisitivos, donde se invierte completamente el principio de duda.

<i>Certidumbre probatoria</i>	<i>Status</i>	<i>Solución sistema penal</i>
	Culpable de portación de arma de guerra	3 años y 6 meses de prisión a 8 años y 6 meses de prisión. Más inhabilitación especial por doble tiempo de la condena.
Duda sobre la intención de usar el arma con fines ilícitos	Culpable de portación de arma de guerra	3 años y 6 meses de prisión a 8 años y 6 meses de prisión. Más inhabilitación especial por doble tiempo de la condena.
Certeza sobre la falta de intención de usar el arma con fines ilícitos (evidente)	Culpable de portación de arma de guerra sin finalidad de usarla con fines ilícitos	2 años y 4 meses de prisión a 5 años y 8 meses de prisión. Más inhabilitación especial por doble tiempo de la condena

III. *Nullum crimen sine conducta*

El problema planteado va más allá y en realidad es completamente diferente de los casos de responsabilidad objetiva usualmente criticados por la doctrina penal, puesto que no se trata de fundar o agravar la responsabilidad penal por hechos de terceros que de alguna manera están vinculados con la producción del hecho criminal, sino que se relaciona con la conducta posterior del juez al valorar la prueba. Queda entonces al descubierto que ninguna acción se le reprocha al imputado y esto es contrario a la concepción primaria del delito como acción típica, antijurídica y culpable. Mucho se ha discutido sobre el concepto de acción a los fines de la teoría del delito, la mayoría de las veces sin consecuencias prácticas relevantes sobre la generalidad de los sujetos pasivos del sistema penal. Sin embargo en supuestos como el presente cobra importancia el concepto de acción para exigir que ese comportamiento deba por lo menos tener alguna conexión fáctica con el hecho imputado. De ninguna manera puede construirse la conducta punible con la

mera referencia a un estado de convicción probatorio del juzgador, que obviamente es posterior y nada tiene que ver con la producción del delito.

Si bien participamos de la idea de que el concepto de acción es jurídico y como tal es construido por el Derecho Penal, lo cierto es que hay límites ónticos a la construcción jurídico penal. Como enseñan Zaffaroni-Alagia-Slokar³⁷ el legislador no puede inventar un dato del mundo, tomando como existente lo que no lo es. En el caso se toma un elemento cognoscitivo que recién va a existir como tal en un juicio posterior, pues es obvio que los grados de certeza probatorios exigidos por las normas en análisis solamente aparecen después en el proceso posterior, en cabeza del juez que realizará ese acto jurisdiccional. Ya en el plano de la tipicidad, no se reprocha una exteriorización de voluntad productora de un resultado lesivo sino que hace referencia a un comportamiento ajeno, absolutamente externo al sujeto, que de ninguna manera puede dominar pues es posterior, a punto tal que impide cualquier clase de conexión racional con la conducta originaria. En definitiva, ello tiene lugar por la inexistencia de una *lex praevia* en sentido material, pues si bien la reforma hace pensar que formalmente existe una ley, lo cierto es que no tiene tal calidad material la que hace depender irracionalmente la pena fijada de una conducta posterior y ajena, resultando claro que esa forma de legislar configura un modo de afectación del recaudo constitucional. Se trata de una plural afectación de garantías constitucionales, dado que a un defecto de estricta jurisdiccionalidad, que atañe a la carencia de las garantías procesales que permiten la decisión de la verdad fáctica, se suma otro de estricta legalidad, que se refiere a la carencia de las garantías penales que permiten la decibilidad de la verdad jurídica³⁸. La Constitución debe imponerse, pues precisamente las garantías estructurales cuya afectación se describe son aquellas que diferencian al derecho penal en el “estado de derecho” del derecho penal de los estados simplemente “legales”, en los que el legislador pretende ser omnipotente, sin ningún límite sustancial a la primacía de la ley³⁹.

IV. Las autonomías provinciales

Las explicaciones anteriores ponen de manifiesto otro conflicto de orden constitucional. Ya se vio que la normas analizadas no prescriben conductas punibles que puedan ser integradas en el tipo objetivo, dado que en rigor de verdad su realización sólo puede tener lugar con posterioridad al hecho investigado, cuando el juez debe analizar la prueba reunida para determinar si resulta “evidente” la falta de intención de utilizar el arma con fines ilícitos en el caso de la portación. Por otra parte, esa operación interpretativa para verificar la aptitud de la prueba para llegar a uno u otro estado de ánimo probatorio sólo puede ser realizada por el juez, esto es una actividad jurisdiccional que como tal impide que pueda ser atrapada por el tipo subjetivo, razón por la cual el agente nunca podrá dirigir voluntariamente una conducta que no se dirige al imputado. Además, es obvio que un análisis jurídico de esas características solamente puede realizarse en el curso de un procedimiento judicial por el momento y el sujeto que la lleva a cabo. Estas tres razones, aunadas al hecho sustancial de que configuran reglas de valoración probatoria, permiten sostener la naturaleza procesal de tales normas, no debiendo producir confusión alguna el hecho de que se encuentren insertas en el Código Penal.

Esta situación conlleva su pertinente tacha de inconstitucionalidad en atención a la organización institucional nacional según la cual corresponde al Congreso Nacional el dictado del código penal, mientras que el de los códigos procesales se encuentra reservado a las provincias como poder no delegado (arts. 75, inc. 12º, 121, 122 y 123, CN.)⁴⁰. No cabe duda alguna que el legislador nacional ha invadido una materia expresamente reservada a las legislaturas provinciales, de un modo no admitido por la Constitución Nacional, ya que le ordena a los jueces provinciales determinadas aplicaciones procesales del Código Penal. Este doble orden de competencias solamente puede alterado a título excepcional por el legislador nacional siempre que implique la consagración de garantías procesales mínimas acordes con la propia Constitución y los convenios internacionales de derechos humanos reconocidos en el art. 75, inc. 22, de nuestra Carta Magna⁴¹. Como también ya fue puesto de resalto, las normas cuestionadas, muy por el contrario, se apartan

y violan expresamente las garantías mínimas consagradas en los instrumentos internacionales, circunstancia que impide aplicar la norma de excepción.

V. Alternativas: el fallo Vega Giménez

1. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el alcance que corresponde otorgar al término “inequívocamente” del art. 14 de la ley 23.737, en la causa “Vega Giménez”⁴². Recordemos que en llamativa coincidencia con las normas analizadas al comienzo, la tenencia de estupefacientes para uso personal exige una certeza aparentemente incompatible con el principio “in dubio pro reo”⁴³. Al respecto, el más alto Tribunal del país estimó:

“La exigencia típica de que la tenencia para uso personal deba surgir inequívocamente de la “escasa cantidad y demás circunstancias”, no puede conducir a que si el sentenciante abrigara dudas respecto del destino de la droga quede excluida la aplicación de aquel tipo penal y la imputación termine siendo alcanzada por la figura de tenencia simple, tal como sostuvo el tribunal apelado. *Semejante conclusión supone vaciar de contenido al principio in dubio pro reo* en función del cual cabe dilucidar si, con las pruebas adquiridas en el proceso, puede emitirse un juicio de certeza sobre que la finalidad invocada de ninguna manera existió. Lo contrario deja un resquicio a la duda, tratándose, cuanto mucho, de una hipótesis de probabilidad o verosimilitud, grados de conocimiento que no logran destruir el estado de inocencia del acusado con base en aquél principio (art. 3 del Código Procesal Penal de la Nación). La valoración de los hechos o circunstancias fácticas alcanzadas por el *in dubio pro reo* incluye también los elementos subjetivos del tipo penal, cuya averiguación y reconstrucción resulta imprescindible para aplicar la ley penal. La falta de certeza sobre estos últimos también debe computarse a favor del imputado. De allí que, ante la proposición que afirma que no se pudo acreditar la finalidad de consumo personal, puede postularse que también es formalmente cierto que no se pudo acreditar que esa finalidad no existiera; y esta conclusión, *favor rei*, impide el juicio condenatorio que sólo admite la certeza. En tales condiciones, el estado de duda presente en el ánimo del juzgador -tal como admitió el tribunal apelado- no pudo nunca razonablemente proyectarse -como hizo- en certeza acerca de que se trató de una tenencia simple o desprovista de finalidad.

2. El art. 14 de la ley 23.737 forma parte de esa clase de normas donde no se describen conductas sino que la diferente configuración del tipo subjetivo responde al estado de convicción probatorio del juez, ya que la menor pena depende de que el juez estime “inequívocamente” que la finalidad de la tenencia de estupefacientes es para uso personal. Una interpretación literal y aislada del tipo legal conduce a sostener que la existencia de una duda razonable no torna aplicable la menor pena, pues la figura exige un estándar probatorio más elevado al requerir que sea una finalidad inequívoca. La ley parecería exigir un estado de certidumbre incurso en la certeza, pues el término “inequívoco” significa que no admite duda o equivocación⁴⁴. En ese contexto gramatical sería difícil llegar a la conclusión de que la finalidad es inequívoca cuando la decisión se tome como consecuencia del “in dubio pro reo”, que precisamente supone hipótesis dudosas y por ende equívocas. Decimos que una exégesis de ese tipo es aislada porque prescinde de considerar la presunción de inocencia y por consiguiente el principio “in dubio pro reo”, restringiendo su alcance al de mera regla o principio probatorio que puede ser derogado por disposición del legislador. Aún sin aclararlo expresamente, esa fue la postura seguida por el Tribunal de grado en el caso citado.

La Corte Suprema se encontraba ante un grave dilema. Podía afrontar derechamente el agravio federal que implicaba el evidente desconocimiento del principio constitucional de la presunción de inocencia y su lógica consecuencia que consagra el “in dubio pro reo”, mediante el expediente de considerar inconstitucional la ley citada, o podía intentar una interpretación conciliadora que dejara vigentes a ambas normas. Prefirió seguir este segundo camino, aclarando que el término “inequívocamente” no puede ser entendido tan rigurosamente que implique vaciar de todo contenido a las normas constitucionales afectadas. Es decir que reafirma y fortalece la presunción de inocencia, ya que cualesquiera que fuera la interpretación que pueda otorgarse al término contemplado en la ley penal, nunca puede derogar normas de jerarquía superior. Las meras probabilidades que dejan resquicios de duda siempre deben ser resueltas a favor del imputado y nunca en su contra, ya que la carga de la prueba pesa sobre la acusación y no sobre la defensa. Lo contrario implicaría la adopción del principio *in dubio contra reo*, constitucionalmente

inadmisible. En conclusión, cuando las circunstancias de hecho arrojen dudas o falta de certeza sobre la finalidad de la tenencia, corresponde concluir que la tenencia de estupefacientes era para consumo personal, resultando acreedor de ese modo a la escala punitiva de menor gravedad.

Tales consideraciones pueden sin duda extrapolarse al delito de portación de armas estudiado, configurando de ese modo una alternativa viable para superar las objeciones constitucionales detectadas. Cualesquiera que fuere la interpretación que quepa acordar a los términos “portación de un arma de fuego con evidente falta de intención de utilizarla con fines ilícitos” (189 bis, inc. 2, sexto párrafo, CP.), no se puede en ningún caso vaciar de contenido a la presunción de inocencia y el principio “in dubio pro reo” contenidos en el art. 18 de la Constitución Nacional. La Corte ensayó una formulación negativa de la norma, pues no establece cual es la interpretación obligatoria, sino que nos dice cual no puede ser una interpretación constitucionalmente admisible. Ello obliga a superar la mera literalidad del texto legal para armonizarlo con normas de rango superior. En los hechos, cuando en el proceso exista una insuperable situación de duda con respecto a la intención de utilizar el arma con fines ilícitos, le será vedado al intérprete hacer jugar esa duda en contra del inculpado, aún cuando el texto legal pareciera indicar lo contrario, pues esa literalidad debe ser enmarcada en el inevitable contexto constitucional. Las consecuencias de ello serán que la portación deberá ser calificada como atenuada, correspondiendo aplicar la reducción punitiva contemplada en el párrafo quinto, inc. 2° del art. 189 bis, C.P.

VI. Conclusiones

En base a los fundamentos precedentes se concluye que los tipos penales que no describen conductas del agente sino que se refieren a estados de convicción del juzgador con respecto a la prueba, con el fin de establecer una mayor severidad punitiva, son inconstitucionales por violar la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, los principios de legalidad y culpabilidad, como así también las autonomías provinciales y el principio de igualdad (arts. 16, 18 y 75, inc. 12°, C.N.). En consecuencia, afecta gravemente la Constitución Nacional la figura de portación de arma de fuego con evidente falta de intención de utilizarla con fines ilícitos (art. 189 bis, inc. 2, sexto párrafo, C.P), en su mera literalidad, lo que torna necesario una interpretación sistemática respetuosa de las normas constitucionales de rango superior. Por ende, si existen dudas razonables sobre la intención de utilizar el arma con fines ilícitos, deberá aplicarse igualmente la figura atenuada.

Notas

¹ BO. 5-5-04

² Conf. Langevin, 2005:363; 2006:5, y 2008:363.

³ Conf. Diccionario de la Real Academia Española, t. I, p. 928, Madrid, 1992, donde se lee que “evidencia” equivale a certeza clara, manifiesta y tan perceptible, que nadie puede racionalmente dudar de ella.

⁴ Cafferata Nores, 1994:10.

⁵ Con razón el senador Yoma sostiene que se presta a actitudes discriminatorias, no pudiéndose dejar tan abierta la norma, ya que significa que esa reducción va a depender de la cara de cada persona. Expresamente agrega “ya sabemos como se aplican ese tipo de normas: cuando uno es negrito, petiso y con cara de boliviano, parece delincuente; entonces va a ir preso; pero si el involucrado es rubio de ojos celestes, quizás no (“Antecedentes Parlamentarios”, 2004-A, p. 991, parág. 406).

⁶ Conf. De la Fuente-Salduna, 2004: 201.

⁷ Roxin, “D.P”, t. I, p. 99 y 813.

⁸ Conf. Zaffaroni, E.R, Alagia, A., y Slokar, A., “Manual de Derecho Penal”, Parte General, p. 620, ed. Ediar, Bs.As., 2005.

⁹ Terán Lomas., 1980, I: 257 y 259, II: 301 y 315. En el mismo sentido Soler, 1992, II: 503.

¹⁰ Mir Puig, 1985: 370.

¹¹ Conf. Langevin, 2005:1711.

-
- ¹² Conf. Eser-Burkhardt, 1995:52.
- ¹³ Conf. Fallos; 329:2019, cons. 9°.
- ¹⁴ Nuñez, 1987: I, 95.
- ¹⁵ Conf. Langevin, 2008.
- ¹⁶ Conf. Carrara, 1986, II, 2, 150.
- ¹⁷ Ferrajoli, 1997:182- nota 28-, 184 –nota 32-, y 544.
- ¹⁸ Conf. Comité de Derechos Humanos, Observación General 13, párr. 7, donde se expresa que “en virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. No puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable”
- ¹⁹ Taruffo, 2002: 69.
- ²⁰ Conf. Binder, Alberto M., "La fuerza de la inquisición y la debilidad de la República", Revista Política Criminal Bonaerense n° 1, p. 244 . Ver también www.inecip.org.)
- ²¹ Conf. Draper , 1876. Ver también Vasallo, Laura, 2001.
- ²² Carrara decía que no es cierto que los libros del proceso inquisitivo “...sean inútiles, por el contrario, son utilísimos como recuerdo histórico para demostrar cuáles son los sistemas a que nos quieren hacer regresar ciertos contemporáneos...” (1986: 304).
- ²³ Conf. Tomás y Valiente, 1987:9.
- ²⁴ Ferrajoli, 1997:105 y 106.
- ²⁵ La ratificación data del 8/1/1999.
- ²⁶ B.O. del 23/01/2001.
- ²⁷ B.O. del 27/12/2006.
- ²⁸ Conf. Alvarez, 2007:480.
- ²⁹ B.O. del 09/01/2007.
- ³⁰ Conf. Pinto, 1997:163, donde se explica que “el principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanente al ejercicio de los derecho so su suspensión extraordinaria”.
- ³¹ Ley Orgánica 10/1995, Código Penal Español. “Capítulo V. De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos y de los delitos de terrorismo. Sección I. De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos. Art. 563: La tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas, será castigada con la pena de prisión de uno a tres años. Artículo 564.1. La tenencia de armas de fuego reglamentadas, careciendo de las licencias o permisos necesarios, será castigada: Con la pena de prisión de uno a dos años, si se trata de armas cortas. Con la pena de prisión de seis meses a un año, si se trata de armas largas. 2. Los delitos previstos en el número anterior se castigarán, respectivamente, con las penas de prisión de dos a tres años y de uno a dos años, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: Que las armas carezcan de marcas de fábrica o de número, o los tengan alterados o borrados. Que hayan sido introducidas ilegalmente en territorio español. Que hayan sido transformadas, modificando sus características originales. Art. 565. Los Jueces o Tribunales podrán rebajar en un grado las penas señaladas en los artículos anteriores, siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable se *evidencie* la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos”.
- ³² Bacigalupo, 1994:15.
- ³³ Jaen Vallejo, Manuel, “La compatibilidad de la casación penal española con los convenios internacionales sobre derechos fundamentales”, en www.unifr.ch/derechopenal/articulos. También del mismo autor: “Los principios de la prueba en el proceso penal español”, en www.unifr.ch/derechopenal/articulos.
- ³⁴ Tribunal Supremo Español, Sala en lo penal, "caso Banesto" sentencia n° 867/02, 29-7-02. La postura anterior puede confrontarse con la STS del 31-1-1983, entre otras.
- ³⁵ Conf. Tomás y Valiente, ob. cit., que expresa que antes de la Constitución Española de 1978 (art. 24.2) no existía en ese ordenamiento la presunción de inocencia ni como simple derecho subjetivo ni como derecho fundamental.
- ³⁶ Por todos: Vélez Mariconde, 1969, I, 324, II, 32.
- ³⁷ Zaffaroni-Alagia-Slokar, 2000, 394.
- ³⁸ Conf. Ferrajoli, 1997:108/109.
- ³⁹ Conf. Ferrajoli, 1997: 379.
- ⁴⁰ Conf. González Calderón, 677 ; y Gelli, 2006:68.
- ⁴¹ Conf. Zaffaroni-Alagia_Slokar , 2000:158/160.
- ⁴² CSJN, V. 1283. XL., “Vega Giménez, Claudio Esteban s/ tenencia simple de estupefacientes -causa N° 660”, sentencia del 27-12-2006.
- ⁴³ El art. 14 de la ley 23.737 establece: “Será reprimido con prisión de 1 a 6 años y multa de...el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere *inequívocamente* que la tenencia es para uso personal”.
- ⁴⁴ Conf. Diccionario de la Real Academia Española, t. II, p. 1161, 21ª edición, 1992.

Bibliografía

- Alvarez, Alejandro E., "The Implementation of the ICC Statute in Argentina", en Journal of International Criminal Justice 2007 5 (2), p. 480/492, Oxford University Press.
- Bacigalupo, Enrique, "La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios", ed. Ad Hoc, Bs. As., 1994.
- Binder, Alberto M., "La fuerza de la inquisición y la debilidad de la República", Revista Política Criminal Bonaerense n° 1, Ver también www.inecip.org.)
- Cafferata Nores, José I., "La prueba en el proceso penal", ed. Depalma, Bs.As., 1994.
- Carrara, Francesco, "Programa de Derecho Criminal", parte general, ed. Temis, Bogotá, 1986.
- De la Fuente, Javier, y Salduna, Mariana, "Régimen penal de las armas y explosivos", en "Reformas penales", dirigido por Donna, Edgardo, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé. 2004.
- Draper, Juan Guillermo, "Historia de los conflictos entre la religión y la ciencia", Madrid, 1876. Disponible en <http://www.filosofia.org/aut/dra/per08.htm>
- Eser, Albin, y Burkhardt, Björn, "D.P.", Madrid, España, 1995.
- Ferrajoli, "Derecho y Razón", ed. Trotta, Madrid, 1997.
- González Calderón, Juan A., "Derecho Constitucional", ed. Kraft, 1943.
- Gelli, Angélica, "Constitución de la Nación Argentina", comentada y anotada, ed. La Ley, 2006.
- Jaen Vallejo, Manuel, "La compatibilidad de la casación penal española con los convenios internacionales sobre derechos fundamentales", en www.unifr.ch/derechopenal/articulos. Y "Los principios de la prueba en el proceso penal español", en www.unifr.ch/derechopenal/articulos.
- Langevin, Julián H., "Portación de antecedentes penales: un agravante inconstitucional (art. 189 bis, inc. 2° *in fine*, C.P.)", en "Doctrina Judicial", ed. La Ley, del 5 de octubre de 2005, p. 363;
 - "Derecho Penal de Acto vs. Derecho Penal de Autor" (nota a fallo), en rev. El Derecho Penal, nov. 2006, n° 11, p. 5.
 - "Veritas non auctoritas facit iudicium" Sobre la relación entre el principio "In dubio pro reo" y los delitos de robo con armas, portación de armas de fuego y tenencia de estupefacientes (arts. 166, 2°, y 189 bis, inc. 2°, C.P., y art. 14 de la ley 23.737), revista de Derecho Penal, Delitos de Peligro-II, ed. Rubinzal Culzoni, 2008, p. 363;
 - "Vinculaciones entre prueba, crimen y pena en el procedimiento inquisitivo", en www.dial.com del 15/7/2008, Sup. Administración de Justicia.
- Mir Puig, Santiago, "Sobre el principio de culpabilidad", en "El poder penal del Estado", ed. Depalma, Bs. As., 1985
- Nuñez, Ricardo C., "Tratado de Derecho Penal", ed. Lerner, Bs. As., 1987.
- Pinto, Mónica, "El principio *pro homine*". en "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales" (AAVV), ed. Del Puerto, Bs. As., 1997,
- Taruffo, Michele, "La prueba de los hechos", ed. Trotta, Barcelona, 2002.
- Terán Lomas, Roberto A. M., "Derecho Penal", parte gral., ed. Depalma, Bs. As., 1980.
- Soler, Sebastián, actualizado por Fierro, Guillermo, "Derecho Penal Argentino", ed. Tea, Bs. As., 1992.
- Tomás y Valiente, Francisco, "*In dubio pro reo*, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia", en Rev. Española de Derecho Constitucional, mayo-agosto 1987, p. 9/32.
- Vasallo, Laura, "Historia de la verdad: lógica y fundamentos de la prueba en el Derecho Procesal Penal", en Doctrina Judicial, t. 2001-3, p. 922.
- Vélez Mariconde, "Derecho Procesal Penal", ed. Lerner, Bs. As. 1969.
- Zaffaroni, E.R., Alagia, A., y Slokar, A., "Derecho Penal", ed. Ediar, 2000.