

Excarcelación en relación con los supuestos de tenencia o portación de armas de fuego. Comentario al Fallo "Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y otros c. Provincia de Bs. As. S / inconstitucionalidad ley 14.434".

Prof. Dr. Ramiro Anzit Guerrero

Pos-Doctor en Garantías Constitucionales (UNLAM). Doctor en Derecho Penal (USAL). Magíster en Estudios Estratégicos (INUN). Abogado (USAL). Profesor Titular de la Universidad del Salvador.

Diversas organizaciones de la sociedad civil que se avocan a lucha por los DD.HH. (Centro de Estudios Legales y Sociales-CELS, la Comisión Provincial por la Memoria-CPM, el Centro de Estudios de Política Criminal y Derechos Humanos y el Colectivo de Investigación y Acción Jurídica) realizaron una presentación junto a los defensores oficiales, donde solicitaron como medida cautelar a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, que se suspendan los efectos de la norma hasta que se resolviese la cuestión de la declaración de inconstitucionalidad de la ley local 14.434 (B.O. 8/II/2013), que modificó el instituto de la excarcelación en relación con los supuestos de tenencia o portación de armas de fuego (art. 171 CPP), petición a la cual hicieron lugar los miembros del Alto Tribunal declarando la suspensión de los efectos de la ley, hasta tanto se dicte sentencia definitiva.

El texto del art. 171 de la Ley 11.922, en virtud de las modificaciones introducidas por la ley 14.434, posee la siguiente redacción:

“Artículo 171: Denegatoria. En ningún caso se concederá la excarcelación cuando hubiere indicios vehementes de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación. La eventual existencia de estos peligros procesales podrá inferirse de las circunstancias previstas en el artículo 148.

Tampoco se concederá la excarcelación cuando, en los supuestos de tenencia o portación ilegítima de arma de fuego de cualquier calibre, el imputado hubiera intentado eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o, de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento.

A fin de garantizar la correcta aplicación de las disposiciones precedentes y de lo normado en el artículo 189 bis apartado 2º párrafo octavo del Código Penal, a partir de la aprehensión la autoridad policial o judicial requerirá en forma inmediata los antecedentes del imputado.”

La restante disposición contenida en la Ley 14.434 determina que:

Art. 2do. “Aplicación temporal. Las disposiciones de la presente Ley regirán en forma inmediata y se aplicarán aún respecto de los procesos, incidentes y recursos en trámite, sin afectar derechos adquiridos ni la validez de los actos cumplidos.”

Entre los argumentos fundantes de la Suprema Corte, destacan los siguientes. La excarcelación constituye una garantía del imputado detenido o sometido a prisión preventiva, surgida del artículo 18 in fine de la Constitución Nacional. A su vez, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que el imputado tiene el derecho a gozar de la libertad durante el proceso, como una consecuencia necesaria del principio de inocencia, en virtud del cual toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le imputan hasta que se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme.

Por su parte, la regla que se extrae del art. 21 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires refiere que *“Podrá ser excarcelada o eximida de prisión, la persona que diere caución o fianza suficiente”* esto es la libertad del imputado durante la tramitación del proceso, con base evidente en el principio de inocencia, siendo las medidas que restringen o cercenan aquel bien trascendental de carácter excepcional. Esto es la consagración de la libertad del imputado durante la tramitación del proceso como regla, con base evidente en el principio de inocencia —arts. 14, 18 y 75 inc. 22 Constitución Nacional.

La medida cautelar tendiente a que se suspendan los efectos de la ley local 14.434, que modificó el instituto de la excarcelación en relación con los supuestos de tenencia o portación de armas de fuego —art. 171 del Código Procesal Penal local—, debe concederse, en tanto se configura el peligro en la demora, ya que la vigencia de la norma impugnada deparará inevitablemente restricción a la libertad personal a un número indeterminado de imputados con anterioridad al fallo final de la causa, circunstancia que ocasionaría un perjuicio de imposible reparación ulterior, por ello la Suprema Corte en el caso en cuestión destaca el peligro en la demora.

No escapa al conocimiento de la realidad procesal en nuestro país la existencia de una desigualdad real entre el acusado y el Estado acusador (con potestad de imperium para llevar a cabo su cometido); y que para contrarrestarla -e intentar equilibrar la balanza en la relación de fuerzas-, se halla, por una parte, el principio de presunción de inocencia que obliga al Ministerio Público a acreditar en forma fehaciente los cargos en contra del imputado -debiendo el juez condenar exclusivamente con plena certeza de la comisión del delito examinado- y, por la otra, la equivalencia de conocimientos jurídicos de todos los sujetos procesales, lo que exige que el imputado cuente con un profesional abogado que lo asista y represente. Es por ello el carácter de "irrenunciable" que acuerda la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica -con jerarquía constitucional- a la defensa técnica y la obligación subsidiaria del Estado de brindarla a su costa.

Ampliando lo antedicho, también importa reconocer y prestarle sólido apoyo a la "la tutela judicial efectiva". MORELLO sostuvo que *"... el primero de los derechos humanos (de las grandes libertades) es el derecho a la justicia; a su acceso real, a contar con un proceso justo y equitativo que posibilite seriamente la defensa y que tenga en cuenta el flujo constante de la realidad..."*¹.

La falta de proporcionalidad se torna notoria cuando se advierte la contradicción en que se hace incurrir al ordenamiento jurídico en tanto, mediante esta norma procesal se impone, al denegarles la excarcelación en forma absoluta, una restricción a la libertad para los imputados respecto del delito de tenencia o portación ilegítima de arma de fuego de cualquier calibre, mientras que el art. 26 del Código Penal, posibilita en algunos casos a los imputados en orden al delito previsto en el art. 189 bis segundo del mencionado Código, ser pasibles de condena de ejecución condicionada, al facultar al tribunal a dejar en suspenso el cumplimiento de la pena de prisión.

El art. 189 bis Inc 2do. último párrafo establece que *“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 (4) a DIEZ (10) años”*.

De acuerdo a lo que dicta el artículo citado, si un individuo posee antecedentes se agrava su situación, con lo cual podría vulnerarse el principio de 'ne bis in idem', o sea que a fin de imponer una sanción, se valora negativamente dos veces el mismo hecho. Es así como la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, declaró la inconstitucionalidad de la Reincidencia en el fallo Argarañaz.

En igual sentido, se pronuncia el constitucionalista Germán BIDART CAMPOS: *“Diariamente comprobamos que en nuestra sociedad hay gente implacable con su prójimo cuando se trata de escudriñar comportamientos pasados. No hay perdón ni olvido ni derecho a la rehabilitación. Pensamos que si alguien una vez cometió actos malos es imposible que cambie y deje de cometerlos. La ética nos demanda que no acoplemos a nuestro prójimo condenas vitalicias porque el hombre tiene derecho a que se le reconozca su capacidad de cambio. ¿Por qué el Derecho acoge la prescripción? Porque postula que después de cierto tiempo no es socialmente*

¹ MORELLO, Augusto M. "La Corte Suprema en acción", p. 140, editorial Lep., Buenos Aires, 1989.

bueno ni útil que hagamos juicios respecto de hechos pretéritos. ¿Por qué nuestra Corte ha repelido sanciones que inhabilitan de por vida el ejercicio de una profesión? Porque estima disvalioso que una mala conducta anule hacia el futuro de modo definitivo la posibilidad de trabajar honestamente. Quienes rechazamos la pena de muerte decimos que el hombre no puede privar a otro la oportunidad de redimirse porque quitándole la vida le ciega la capacidad de cambiar. Y ¿para qué sirve la vida biológica si casi se está muerto civilmente? Si las cárceles no son para castigo sino para seguridad, nadie puede atribuirse el papel de juzgador para inferirle el castigo de nunca olvidarse de su pasado”².

En lo que respecta a los delitos alcanzados por la ley provincial 14.434 —tenencia o portación ilegítima de armas de fuego de cualquier calibre—, el Congreso de la Nación tipificó una diversidad de conductas prohibidas en el art. 189 bis inc. 2 del Código Penal, y protegió así los bienes jurídicos involucrados fijando las escalas que estimó adecuadas, en ejercicio de la competencia que le asigna el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional.

En efecto, la ley 14.434 emplea, prima facie, el recurso de la prisión preventiva —que es la consecuencia necesaria de la improcedencia de la excarcelación— como instrumento de disuasión de delitos, en contra de la jurisprudencia antes aludida, y no deja margen de apreciación al juez para que evalúe si cierta conducta del imputado frente a un control policial o de otra índole, permite inferir que obstaculizará la acción de la justicia. Por lo tanto, acarrearía en ciertos supuestos, obligatoriamente, la consecuencia del encierro cautelar para individuos que podrían acceder, si fueran condenados, a la ejecución condicional prevista por el art. 26 del C.P.

La llamada prisión preventiva es el encarcelamiento de una persona con los fines de asegurar su comparecencia al juicio, que la pena va a ser cumplida, y que una y otra circunstancia no se verán frustradas por una eventual fuga del imputado o que este entorpezca la investigación³.

La situación jurídica de la persona que se encuentra en prisión preventiva es muy imprecisa. Ello es así, pues, existe una sospecha en su contra, pero aún no ha logrado demostrarse su culpabilidad.

Los detenidos en tales circunstancias sufren usualmente grandes tensiones personales como resultado de la pérdida de ingresos, y de la separación forzada de su familia y de la sociedad.

Por lo tanto, se hace imperioso reflexionar acerca de si todavía es posible seguir considerando la prisión preventiva como una simple “medida cautelar”, cuando en la realidad cotidiana está cumpliendo con las finalidades de una verdadera pena⁴ y, además aparece como una clara limitación al principio de inocencia y al principio de juicio previo.

Por juicio previo se entiende que nadie puede ser condenado sino luego de un juicio al cabo del cual una condena declare su culpabilidad y, por el principio de inocencia se establece que nadie puede ser considerado culpable ni tratado como tal sin que antes se haya declarado tal culpabilidad en una condena, luego de juicio. Por esta circunstancia el artículo en cuestión al dar por cierto determinados hechos, vulnera la manda constitucional.

En el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, la prisión preventiva se encuentra regulada en el art. 157 (Texto según Ley 13449), el que establece que “*La detención se convertirá en prisión preventiva cuando medien conjuntamente los siguientes requisitos:*

- 1 - Que se encuentre justificada la existencia del delito.*
- 2 - Que se haya recibido declaración al imputado, en los términos del artículo 308°, o se hubiera negado a prestarla.*
- 3 - Que aparezcan elementos de convicción suficientes o indicios vehementes para sostener que el imputado sea probablemente autor o partícipe penalmente responsable del hecho.*
- 4- Que concurran los presupuestos establecidos en el artículo 171° para denegar la excarcelación”.*

² BIDART CAMPOS, Germán. ¿Derecho al olvido, o a la Rehabilitación?. ED, 1988.

³ ANZIT GUERRERO, Ramiro. Derecho Penal y Paradigma Criminológico en América Latina. Cathedra. Buenos Aires, 2012. Pág. 53.

⁴ Alberto M. BINDER. Introducción al derecho procesal penal. Ad-Hoc S.R.L Editora, Buenos Aires, 1999. Pág. 196.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recibido numerosas denuncias contra el Estado argentino, que tienen como denominador común la excesiva duración de la prisión preventiva para las personas sometidas a proceso criminal sin condena.

La prisión preventiva y las demoras excesivas de sus procesos criminales constituyen una violación del derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 7 inciso 5° de la Convención Americana de DD.HH. -firmada y ratificada por Argentina-, cuyo texto es el siguiente:

“...Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio...”

Además el derecho al levantamiento de la prisión preventiva luego de transcurrido un cierto tiempo se encuentra garantizado por el artículo 8 inciso 2° de la Convención Americana, que dispone:

“...Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...”

El derecho a la presunción de inocencia requiere que la duración de la prisión preventiva no exceda el plazo razonable mencionado en el artículo 7 inciso 5°. De lo contrario, dicha prisión adquiere el carácter de una pena anticipada, y constituye una violación del artículo 8 inciso 2° de la Convención.

La Comisión analizó las denuncias presentadas y desarrolló en el Informe 2/97 un análisis en el que establece las razones legítimas que podrían excepcionalmente justificar la prisión preventiva de una persona durante un plazo prolongado. Ellas son:

Presunción de que el acusado ha cometido un delito: la presunción de culpabilidad es condición “sine qua non” para continuar la medida restrictiva de libertad.

Peligro de fuga: la posibilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país. Si los magistrados que entienden en la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada.

Riesgo de comisión de nuevos delitos: el peligro de reincidencia *debe ser real* y se debe tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado.

Necesidad de investigar y posibilidad de colusión: la complejidad de un caso puede justificar la prisión preventiva cuando se trata de un caso que requiere de interrogatorios difíciles de llevar a cabo, y donde el acusado ha impedido, demorado, o conspirado con otros que están siendo investigados en el curso normal del proceso judicial. *Pero una vez que la investigación se ha efectuado, y que los interrogatorios han concluido, la necesidad de investigación por sí sola no puede justificar la continuación de la medida restrictiva de libertad.*

Riesgo de presión sobre los testigos: el riesgo legítimo de que los testigos sean amenazados también constituye un fundamento válido para dictar la medida al inicio de la investigación. Pero cuando dichas personas ya han sido interrogadas, el peligro disminuye y deja de ser válida la justificación para mantener la prisión preventiva.

Preservación del orden público: en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto

período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar. Sin embargo, para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de libertad.

El cumplimiento de las garantías establecidas en la Convención requiere que en todos los casos, sin excepción alguna, las autoridades judiciales nacionales cumplan en justificar plenamente la orden de prisión preventiva. Cabe poner de resalto que en el informe mencionado, la Comisión recomienda al Estado Argentino que en todos los casos de detención preventiva prolongada que no reúnen los requisitos antes reseñados, se tomen las medidas necesarias para que los afectados sean puestos en libertad mientras esté pendiente la sentencia⁵.

En la realidad de nuestro sistema procesal, la prisión preventiva es una medida habitual, aplicada con un altísimo grado de discrecionalidad por parte de los jueces, y en última instancia constituye, en muchos casos, la verdadera pena.

En modo alguno se trata de una medida excepcional admitida dentro de la Constitución, sino que es una de las manifestaciones más duras y fuertes del poder penal del Estado⁶.

Al usar de modo generalizado la prisión preventiva, la justicia penal desatiende una de sus funciones centrales: garantizar los derechos de los imputados frente a los abusos de la potestad punitiva del Estado.

El uso irracional y desmedido de una herramienta jurídica cuya existencia se funda en la excepcionalidad y la limitación, ubican al sistema penal en el terreno de la ilegalidad.

En Argentina el uso de la prisión preventiva se ha ampliado, dejando de ser una medida excepcional para convertirse en la regla; de hecho, más del 50% del total de la población privada de libertad, en las distintas jurisdicciones del país, se encuentra cumpliendo prisión preventiva.

Para finalizar, debemos destacar el espíritu de respeto a las garantías fundamentales y de vigencia del debido proceso que se manifestara en este fallo por parte de la Suprema Corte bonaense, en un contexto político nacional complejo, en el cual los proyectos legislativos recientemente presentados, que en criterio de este autor, quitan vigor a la protección, ante actos realizados por el Poder Público, que brindan las medidas cautelares, instituto que está destinado a asegurar que la justicia alcance el cumplimiento eficaz de su cometido, a la vez que brindan protección contra la existencia de peligro real en la demora, en muchos casos por la morosidad en la administración de justicia, quebrando el principio de durabilidad razonable del proceso e igualdad de las partes. Es así, como el fallo resalta las características de la prisión preventiva que debe ser excepcional, cautelar, necesaria, proporcional, provisional y de interpretación restrictiva.

⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe n° 2 / 97.

⁶ Alberto M.BINDER, Obra citada. Pag. 196.