

COMENTARIO AL PROYECTO DE REFORMA AL ART. 171 DEL CPPBA

1) El Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires ha enviado a la Legislatura un proyecto de Ley a fin de modificar el art. 171 del Código Procesal Penal, pidiendo quede redactado de la siguiente manera:

Art. 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 procederá 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 art. 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”.

2) En función de la presunción de inocencia, mientras no se establezca legalmente la culpabilidad a través de una sentencia condenatoria firme, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de igual jerarquía, como así la interpretación de la Corte Nacional y de los órganos del sistema interamericano, establecen que la prisión preventiva no debe ser la regla general, sino que debe ser una medida excepcional basada exclusivamente en datos ciertos que permitan sospechar que el imputado evadirá la acción de la justicia u obstaculizará la investigación, destruyendo evidencia o influyendo sobre los testigos (la llamada “peligrosidad procesal”). Rigen los principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiaridad que llevan a que la regla sea la libertad del imputado mientras dure el proceso y se establezca si es o no culpable.

En consecuencia -según el bloque constitucional- el encarcelamiento preventivo es una medida cautelar que no puede funcionar como una pena anticipada impuesta antes del juicio previo. Dado que no puede funcionar como pena, no puede basarse en estándares tales como “alarma social” o “peligrosidad delictiva”, sino en los ya mentados peligros procesales.

La jurisprudencia interamericana se ha pronunciado respecto al encarcelamiento cautelar en los siguientes términos. “La detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos o destruir evidencia” (Comisión IDH, Informe 12/1996). “La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva...anticipar una pena a la sentencia está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos” (Corte IDH, caso “Suárez Rosero”, sentencia del 12/11/97). “La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal” (Corte IDH, caso “López Álvarez”, sentencia del 1/01/06).

Asimismo, existe una corriente doctrinaria que plantea, no ya su reducción sino derechamente la inconstitucionalidad de la prisión preventiva, y por tanto su supresión (“Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI”, AAVV, Vitale, Gustavo L. y García, Gerardo Nicolás (comps.), Editores del Puerto, Bs. As., 2011).

3) La realidad muestra que en muchas ocasiones, decisiones jurisdiccionales justifican las prisiones cautelares con fórmulas vacías o muletillas rutinarias, pretendidamente referentes a la peligrosidad procesal pero que en realidad encubren objetivos de naturaleza sustancial y hacen que funcione como una pena anticipada. En ocasiones se da la paradoja de que mientras se lo consideraba inocente, el imputado estuvo preso por las dudas y al ser declarado culpable se lo pone en libertad pues cumplió anticipadamente la pena.

La Relatoría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha mostrado su preocupación por el uso abusivo de la detención preventiva.

4) Los criterios sustancialistas con que se pretende legitimar la prisión preventiva resultan contrarios a las directrices constitucionales. Algunos de ellos son el riesgo de reiteración delictiva (peligrosidad delictual), repercusión o alarma social del hecho, necesidad de intimidar o disuadir, ejemplaridad social, y establecer delitos inexcusables.

Respecto a los delitos inexcusables pueden verse los siguientes comentarios a fallos. “Inconstitucionalidad de una ley sobre excarcelación (una brecha hacia la deslegitimación de la prisión durante el proceso)”, Gustavo L. Vitale, Doctrina Penal, año 13, Depalma, 1990, pág. 431 y ss.; “Inconstitucionalidad de los llamados delitos no

excarcelables”, Eugenio Raúl Zaffaroni, *Doctrina Penal*, Depalma, 1984, pág. 535 y ss.; “Inconstitucionalidad de las restricciones a la excarcelación”, Edmundo Heldler, *igual revista y tomo que el anterior*, pág. 729 y ss.).

Al respecto, Zaffaroni -en el citado trabajo- sostiene: “No es admisible que haya delitos que sean ‘inexcarcelables’ por meras razones de prevención general, porque la prevención general es cuestión del derecho de fondo...Todo el sistema de sanciones hace a la prevención general de la medida en que es formador de la conducta ciudadana, pero creo que está bien claro que es el sistema de sanciones y la prisión preventiva no puede ser jurídicamente relevada como una sanción” (pág. 536).

Curiosamente, en el mensaje que acompaña al proyecto de ley, y con cita del fallo “Nápoli” de la Corte Nacional, se sostiene que no reconduce a experiencias anteriores de dudosa constitucionalidad, en que se pretendieron establecer nóminas de delitos inexcarcelables.

Se debe destacar que dicha inconstitucionalidad no es dudosa sino, por el contrario, absolutamente clara y así lo ha resuelto el Tribunal de Casación Penal de esta provincia. En efecto, la Sala I de dicho Alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad del art. 171 inc. “e” del CPP (hoy derogado) en tanto imponía sufrir anticipadamente una privación de libertad como pena en todos los delitos en los que se emplee un arma de fuego (“Véliz”, del 3/02/05).

5) Esos criterios sustancialistas aparecen en la fundamentación del proyecto en cuestión, por más que también se reconozca la vigencia del principio básico de la libertad durante el proceso y su limitación sólo cuando exista peligro de frustración de los fines del proceso, básicamente mediante la posibilidad de fuga o de entorpecimiento de la investigación.

Y decimos ello pues se alude a la problemática de la seguridad ciudadana, a la necesidad de aumentar la eficacia de las actividades preventivas y de potenciar la operatividad policial.

Se señalan también los esfuerzos del gobierno en la persecución de la circulación ilegítima de armas de fuego. Y que el proyecto se dirige a profundizar la política criminal tendiente a combatir el circuito ilegal de armas de fuego, limitando la excarcelación y requiriendo los antecedentes a los fines de la aplicación de las normas excarcelatorias. También se alude a la decisión de dotar de mayor eficacia a las actividades y programas de prevención, propiciando el análisis focalizado de la situación procesal de quienes sean aprehendidos por los delitos de tenencia o portación de armas de fuego, que son delitos de peligro.

6) Está muy claro que la peligrosidad a la que se alude es la “peligrosidad delictual” y no la “peligrosidad procesal”, y por tanto resulta impropia de una norma procesal que regula una medida cautelar que tiende a preservar las finalidades del proceso.

Desde luego que la redacción encubre esta impronta al establecer que el portador o tenedor del arma debe haber intentado eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o, de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento.

Si de estas pautas se extrae el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio, ¿por qué no rige para todo tipo de delito?. Quizá porque el objetivo es -como lo dice la motivación- combatir el circuito ilegal de armas de fuego, y para ello se considera esencial dejar presos a los sospechosos negándoles toda posibilidad de excarcelación.

Y ello además de los problemas constitucionales desde el plano teórico ya señalado acarrea otra problemática. Por un lado, en una provincia como la nuestra con amplias extensiones rurales es bastante común la existencia de cazadores furtivos que realizan esa actividad para vivir y así salen, por ejemplo, a cazar liebres con armas; y quizá puedan tratar de huir ante la presencia policial, pero ya aprehendidos, dado su carácter de personas afincadas, rara vez obstaculizarán el proceso o se fugarán.

Pareciera que se pretende quitar a los jueces la ineludible facultad jurisdiccional de decidir, en cada caso, si hay o no indicios que lleven a considerar la existencia de peligros procesales.

7) Pero además, en esa tensión permanente entre el Estado de Derecho y el Estado policial, se brinda una herramienta a la policía que puede resultar riesgosa en su instrumentación, ante la posibilidad de recibir instrucciones o resolver por propia iniciativa incorporar al acta de procedimiento, quizá como rutinaria muletilla, (como lo es la de “actitud sospechosa”) alguna afirmación de que el sospechoso haya, de algún modo (dada la amplitud de la fórmula), tratado de impedir el procedimiento.

8) A propósito de esta última cuestión, en relación al intento de eludir el accionar policial, evadir un operativo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento, cabe destacar que más allá de la configuración de los tipos penales de atentado y resistencia a la autoridad, la huida ante la presencia policial e incluso ante una voz de alto resulta atípica.

Es que tratándose de la propia aprehensión o detención, el sujeto no se encuentra jurídicamente obligado a acatar una orden en tal sentido, pues la legislación respeta el instinto de libertad del individuo, debiendo efectuarse un análisis sistemático y armónico

del ordenamiento jurídico, conforme los principios de máxima taxatividad legal e interpretativa y *pro homine*.

Debe recordarse que la evasión de una persona legalmente detenida sólo resulta típica según las previsiones del art. 280 del Código Penal si se fugare por medio de violencia en las personas o fuerza en las cosas, por lo que si no se emplean esos medios expresamente señalados por la ley para recuperar la libertad ambulatoria, la acción no será típica. Así, el Tribunal de Casación Penal de esta provincia sostuvo -con cita de Sebastián Soler- que la circunstancia de no acatar una orden de detención sin ejercer violencia resulta atípica en nuestro Código Penal conforme una sistemática interpretación del art. 239 en su relación con la regla establecida en el art. 280 del mismo ordenamiento (Sala III, causa nro. 15423, sent. del 14/06/05, publicado en "Fallos de la Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires", Juan Facundo Gómez Urso, compilador, año 1, nro. 1, pág. 353 y ss.).

Por lo demás, el sujeto que intente eludir el procedimiento policial, ya aprehendido e identificado, en el trámite del proceso judicial no necesariamente procurará entorpecer la investigación (seguramente sencilla dado el carácter de flagrante del delito de tenencia o portación de armas) o fugarse, máxime cuando en varias de las conductas más frecuentes, de no registrar antecedentes penales, podrá acceder a la suspensión del juicio a prueba.

9) En cuanto al último párrafo de la norma propuesta se lo relaciona con el art. 189 bis inc. 2, octavo párrafo del Código Penal que reza: "El que registrare antecedentes penales por delitos 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".

Cabe destacar aquí lo irracional de la agravación de la pena por estar gozando el imputado de una excarcelación, ya que rige la presunción de inocencia al no haber recibido una condena firme y a que podría tratarse de una imputación por cualquier delito sin relación alguna con la portación de armas.

Se señala en la fundamentación del proyecto que la norma apunta a que los órganos judiciales cuenten con la imprescindible información de antecedentes a fin de considerar la eventual aplicación -a los efectos excarcelatorios- de la agravante de pena contenida en el referido artículo del Código Penal, refiriéndose seguramente a la superación del tope de ocho años de privación de libertad previsto por el art. 169 del CPP.

Al respecto cabría recordar lo afirmado por la doctrina procesal más caracterizada y por la Casación Nacional en el sentido de que "no basta en materia de excarcelación o

eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 CPPN), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal” (Cámara Nacional de Casación Penal, Acuerdo nro. 1/2008, en Plenario nro. 13, 30/10/08, causa 7480 del reg. de la Sala II, “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/rec. de casación”).

10) En definitiva, creemos que la fundamentación del proyecto bajo análisis encierra una argumentación que tiene mucho de sofisma, de apariencia de encuadrarse dentro de las directrices constitucionales.

Sin embargo, se pretende una vez más la utilización abusiva de la prisión preventiva como variable de ajuste en pos de obtener mayores dosis de “seguridad ciudadana”; se la pretende utilizar como pena anticipada, como mecanismo de inocuización de sujetos que tengan armas para prevenir hechos violentos. En cambio, el encarcelamiento preventivo debe ser cautelar y excepcional tendiente a conjurar peligros procesales, como último recurso, esto es cuando no exista otro medio para intentar que el proceso penal se lleve a cabo con normalidad y cumpla sus fines.

Resulta plausible todo intento de limitar la cantidad de armas de fuego sin declarar que hay en las calles de la provincia, pero este no es el camino según la Constitución. Las fuerzas policiales tienen herramientas legales para ello, entre otras cosas mediante la realización de operativos públicos rutinarios y generalizados (art. 294 inc. 5 del CPP).

José Luis Ares

Bahía Blanca, octubre de 2012.