

Ley 14.434 de la provincia de Buenos Aires, un nuevo avasallamiento a las garantías constitucionales del imputado mediante la reforma del régimen excarcelatorio

...“el aparato de propaganda del sistema penal –los medios masivos- desatan una campaña de “ley y orden”, cuyo objetivo no es otro que el de atemorizar a la población y provocar un reclamo público que ponga sitio a las agencias política o judicial y detenga la amenaza para su poder.

(...) Las agencias aprovechan estas oportunidades para requerir más vehículos, medios, personal y armas, todo lo cual suele ser concedido por las amedrentadas agencias políticas, que se ven amenazadas en su clientela electoral por la campaña de ley y orden, a la que no saben cómo responder”...¹

Eugenio Raúl Zaffaroni

SUMARIO: I. La introducción. II. La presunción de inocencia. III. Las tesis procesalista y sustantivista en el art. 171 del CPPBA. IV. El principio de igualdad. V. La aplicación temporal de la ley. VI. Las conclusiones.

I. LA INTRODUCCION

La legislatura bonaerense ha sancionado la ley número 14.434, modificatoria del art. 171 del código procesal penal local, agregando una nueva causal de denegatoria a la excarcelación, la que se suma a las instituidas legal, doctrinaria y jurisprudencialmente entorpecimiento de la investigación y peligro de fuga. Esta consiste en *intentar eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o, de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento en los supuestos de tenencia o portación ilegítima de arma de fuego de cualquier calibre.*

Antes tales situaciones el juez está vedado de resolver la excarcelación del imputado.

A continuación analizaré el texto de la norma considerando su relación con el sistema legal y sus implicancias procesales.

II. LA PRESUNCION DE INOCENCIA

La norma de referencia modifica el art. 171 del CPPBA, el que se encuentra dentro del Título VI “medidas de coerción” de dicho texto adjetivo.

¹ *En busca de las penas perdidas*, Capital Federal, Ediar, 1989, pág. 130.

Cuando hablamos de medidas de coerción, es decir, aquellas que importan una restricción al ejercicio de la libertad, impuestas durante el curso del proceso y tendientes a garantizar el logro de sus fines², no podemos sino hacer referencia al principio de inocencia.

Tal principio expresa que la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito y hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio justo, ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena³. Dicha presunción se ha establecido como garantía de raigambre constitucional⁴, así la carta magna nacional expresa en su art. 18 que ...“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”...

Esta garantía también está reconocida por el texto constitucional bonaerense, que en su art. 10 reza ...“Todos los habitantes de la provincia son, por su naturaleza, libres e independientes y tienen derecho perfecto de defender y de ser protegidos en su vida, libertad, reputación, seguridad y propiedad. Nadie puede ser privado de estos goces sino por vía de penalidad, con arreglo a la ley anterior al hecho del proceso y previa sentencia legal del juez competente.”...

Sin perjuicio de lo antes dicho se ha reconocido jurisprudencialmente que el texto del art. 18 de la CN, al autorizar el arresto en virtud de orden escrita de autoridad competente, avala la posibilidad de encarcelar a una persona preventivamente⁵.

En esta línea y a fin de determinar qué circunstancias hay que considerar al momento de resolver una medida de coerción –independientemente de la materialidad ilícita del hecho investigado y su autoría o participación responsable-, la Cámara Federal de Casación Penal, mediante un fallo plenario, adoptó la tesis procesalista sobre la sustantivista, determinando que con ese propósito se tiene que tener en cuenta únicamente si existe el peligro de que la persona imputada eluda la acción de la justicia y/o entorpezca el curso de la investigación⁶.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que:

“el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo

² Cafferata Nores, José I. *Medidas de coerción en el proceso Penal de la Nación*, Buenos Aires, Depalma, 1992, pág. 3.

³ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*, 8va edición, Madrid, Trotta, 2006, pág. 548.

⁴ Art. 18 CN, art. XXVI de la DADyDH; art. 11 de la DUDH y art. 8 de la CADH, entre otros.

⁵ CSJN Fallos 280:297

⁶ CNCP, plenario número 13, “Diaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”.

mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos”.⁷

III. LAS TESIS PROCESALISTA Y SUSTANTIVISTA EN EL ART. 171 DEL CPPBA

Cuando hablamos de tesis procesalista y sustantivista nos referimos a las causales que en la ley procesal se establecen como elementos a considerar al momento de dictar una medida de coerción.

La tesis procesalista reserva la adopción de estas medidas a situaciones indispensables para eliminar o atenuar los riesgos procesales, dirigidas a asegurar la comparecencia ante la justicia de quien suscita fuertes sospechas de haber realizado delitos de especial gravedad, siempre que subsista, por su parte, el peligro de huída o la alteración de las pruebas⁸.

Esta tesis fue instituida por el legislador bonaerense, estableciendo que ...“el imputado permanecerá en libertad durante la sustanciación del proceso penal, siempre que no se den los supuestos previstos en la Ley para decidir lo contrario. **La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución de la Provincia sólo podrán ser restringidos cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley**”... (Art. 144 CPPBA). En este orden de cosas se enrojan también los arts. 1, 3, 146, 148 y ss. del código adjetivo de la provincia de Buenos Aires, que instituyen asimismo los principios de excepcionalidad, legalidad, mínima lesividad, necesidad, proporcionalidad y provisoriedad en lo que al dictado de medidas coercitivas respecta¹⁰.

Hasta el momento de la reforma objeto del presente trabajo, el art. 171 del código procesal penal bonaerense rezaba:

“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”.

Sin perjuicio que este texto ha sido superador de la anterior redacción de carácter sustantivista, bien se destaca que ...“el legislador, si bien deja la casuística, pretende advertir sobre la imposibilidad de excarcelar cuando existan indicios vehementes de peligros procesales; la mención es o sobreabundante –desde que tales peligros son el fundamento de la detención- o inconstitucional si se interpreta que la mera existencia de un riesgo para el

⁷ CIDH, Suarez Rosero contra Ecuador, considerando 77, sentencia del 12 de noviembre de 1997.

⁸ Ferrajoli, L. *op. cit.*, pág. 770.

⁹ El destacado me pertenece.

¹⁰ Para mayor ilustración ver Gómez, Andrés Gabriel y Malbernat, Matías. *Las medidas de coerción personal dispuestas por el Agente Fiscal en el proceso penal bonaerense*, LLBA, mayo 2012, págs. 366 y ss.

proceso impide la libertad del imputado, ya que siempre es posible la fuga o entorpecimiento de una investigación”¹¹...

A contrario de aquel lineamiento, la tesis sustantivista tiende a legitimar la prisión preventiva contemplando la peligrosidad del autor por el hecho imputado, la trascendencia social del hecho y la posibilidad de su reiteración delictiva. Así las cosas, la medida cautelar se presenta como un adelanto de la pena¹², resultando ser arto violatoria de la presunción de inocencia de la cual goza el imputado por imperio constitucional, avasallando, a su vez, las facultades legislativas locales al establecer normas de fondo en materia penal.

Al artículo de mención, mediante la reforma de la ley 14.434., se le ha agregado:

“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...”

Así las cosas, como se dijo en la introducción, en los supuestos de tenencia o portación ilegal de arma de fuego, conforme lo establecido por el art. 189 bis del Código Penal, en los que 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, el juez interviniente debe denegar la excarcelación al imputado.

Quedan de esta manera configurados ciertos supuestos de situaciones inexcusables de tinte sustantivista, situación que se contrapone con todo el ordenamiento jurídico cautelar, tanto de orden provincial, nacional como internacional.

Decimos que los supuestos englobados por la reforma tienen caracteres de la tesis sustantivista porque tienen como propósito contrarrestar la “peligrosidad” de aquellas personas que tengan o porten armas de fuego y prever su reiteración delictiva imponiéndoles una pena anticipada. Así lo demostró el ejecutivo local en sus fundamentos al enviar el proyecto de la ley estudiada a la legislatura bonaerense, considerando a su vez a la reforma como un instrumento de política criminal, coadyuvante a la prevención policial¹³.

Es dable aclarar que sin perjuicio de que las acciones de eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o, de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento podrían llegar a implicar una presunción de entorpecimiento de la investigación o peligro de fuga por parte del imputado, dicho extremo debería ser valorado junto a las demás circunstancias del hecho investigado y de la persona del imputado (v. g. los supuestos previstos por el art. 148 del CPPBA) a fin de determinar si tal actividad implica un peligro procesal de tal entidad que haga **absolutamente indispensable** (conf. art. 144 CPPBA) que se lo prive de su libertad preventivamente.

De lo dicho se desprende que se veda al juez de realizar la valoración de los hechos y de las circunstancias personales del imputado a fin de resolver un eventual pedido de excarcelación, el que virtualmente es resuelto de antemano por el legislador provincial quién,

¹¹ Granillo Fernández, Héctor M. y Herbel, Gustavo A. *Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires, comentado y anotado, 2da edición*, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. I, pág. 536.

¹² Schiavo, Nicolás. *Las medidas de coerción en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Del Puerto, 2011, pág. 7.

¹³ Ver fundamentos del ejecutivo provincial en http://www.latecla.info/3/nota_1.php?noticia_id=54519

estableciendo una presunción *iure et de iure* –consistente en que todas las persona que tengan o porten armas de fuego en forma ilegal y realicen alguna de las actividades establecidas por el párrafo 2º del art. 171 del CPPBA resultan ser peligrosas-, obliga al titular del órgano jurisdiccional a dictar su fallo de la forma más perjudicial al imputado, rechazando su pedido excarcelatorio.

Al respecto tiene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación a la prisión preventiva, que:

...“Esta limitación al derecho a la libertad personal, como toda restricción, debe ser interpretada siempre en favor de la vigencia del derecho, en virtud del principio *pro homine*. Por ello, **se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva.** Ésos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así, el principio de inocencia. Este principio impide aplicar una consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal.

A su vez, el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas. La mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito. Por ello, **las legislaciones sólo pueden establecer presunciones *iuris tantum* sobre este peligro, basadas en circunstancias de hecho que, de ser comprobadas en el caso concreto, podrán ser tomadas en consideración por el juzgador para determinar si se dan en el caso las condiciones de excepción que permitan fundamentar la prisión preventiva**¹⁴.

(...)En apoyo a esas consideraciones, la Corte Europea ha sostenido que las autoridades judiciales deben, en virtud del principio de inocencia, examinar todos los hechos a favor o en contra de la existencia de los peligros procesales y asentarlo en sus decisiones relativas a las solicitudes de libertad¹⁵.

Asimismo, la Corte Interamericana también ha establecido que los tribunales nacionales deben evaluar oportunamente todos los argumentos a fin de precisar si se mantenían las condiciones que justificaran la prisión preventiva”...¹⁶

En el mismo sentido, dicha corte en el caso “López Álvarez”¹⁷, ha expresado que “la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificará en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y

¹⁴ Los destacados me pertenecen.

¹⁵ Véase, en ese sentido, ECHR. Rokhlina v Rusia, sentencia de 7 de abril de 2005, párrafo 68; ECHR. Sulajoa v. Estonia, sentencia de 15 de febrero de 2005, párrafo 61; ECHR. E.M.K. v. Bulgaria, sentencia de 18 de enero de 2005, párrafo 121; ECHR. D.P. v. Polonia, sentencia de 20 de enero de 2004, párrafo 84; y ECHR. Stašaitis v. Lituania, sentencia de 21 de marzo de 2002, párrafo 82

¹⁶ CIDH, caso 12.553, “Jorge, José y Dante Peirano Basso c/ República Oriental del Uruguay”, sentencia del 6 de agosto de 2009, considerandos 84 y ss.

¹⁷ CIDH, caso López Álvarez, sentencia del 1º de febrero de 2006, considerando 81.

que **en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo**¹⁸.

Vale destacar que en el precedente de mención se analizaba el art. 433 del código de procedimiento penal de Honduras, que determinaba que ninguna persona podría ser liberada en el supuesto de delitos que “no merezca[n] pena de reclusión que pase de cinco años”, cuando el art. 93 de la Constitución de dicho país determina que “[a]ún con auto de prisión, ninguna persona puede ser llevada a la cárcel ni detenida [...], si otorga caución suficiente”. Traigo a corolario esta aclaración ya que, con la reforma objeto de análisis, en el ordenamiento jurídico bonaerense se da una situación similar a la del Estado de Honduras revisado por la CIDH, ya que el art. 21 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires dispone que “Podrá ser excarcelada o eximida de prisión, la persona que diere caución o fianza suficiente. La ley determinará las condiciones y efectos de la fianza, atendiendo a la naturaleza del delito, su gravedad, peligrosidad del agente y demás circunstancias, y la forma y oportunidad de acordar la libertad provisional.”, siendo esta garantía violentada de plano con la imposibilidad de los jueces de excarcelar a las personas imputadas en los casos referidos de tenencia y portación ilegal de armas de fuego.

Asimismo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

...“al dictar la ley 24.410 el Poder Legislativo se apartó de los principios hasta aquí expuestos pues en lugar de utilizar las facultades que la Constitución Nacional le ha conferido para la protección de bienes jurídicos mediante el aumento o disminución de la escala penal en los casos en que lo estime pertinente (considerandos 10 y 11), recurrió a la prisión preventiva con fines intimidatorios o disuasivos, lo cual significa el establecimiento por esa vía de agravaciones propias de la ley sustantiva.

Que, en tales condiciones, **la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas por más aberrantes que puedan ser como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada**¹⁹, pues la aspiración social de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, que se haya establecido previamente esa calidad”...²⁰

IV. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

...“El derecho judicial ha pormenorizado, desde la jurisprudencia de la Corte Suprema, los alcances de la igualdad. Un extracto de sus principios arroja el siguiente repertorio: a) la igualdad exige que se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones; b) por eso, implica el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias; c) la regla de igualdad no es absoluta, ni obliga al legislador a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que pueden presentarse a su consideración; lo

¹⁸ El destacado me pertenece.

¹⁹ El destacado me pertenece.

²⁰ CSJN, Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 bis del C.P., considerandos 15 y 16.

que aquella regla estatuye es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría, grupo o clasificación que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias u hostiles; d) la razonabilidad es la pauta para ponderar la medida de la igualdad, con lo que queda entendido que el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes, a condición de que el criterio empleado para discriminar sea "razonable"; d) las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias, y por arbitrarias han de estimarse las que carecen de toda razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos favores o privilegios, etc.

Nuestro derecho judicial considera que no corresponde a los jueces juzgar del acierto o conveniencia de la discriminación en su modo o en su medida, pero en cambio les incumbe verificar si el criterio de discriminación es o no razonable, porque el juicio acerca de la razonabilidad proporciona el cartabón para decidir si una desigualdad viola o no la constitución"...²¹

Por su parte, con respecto al principio de igualdad ha dicho la Corte Suprema que:

..."desde sus primeras decisiones (Fallos: 16:118) este tribunal ha interpretado que la garantía de la igualdad consagrada en la Constitución Nacional consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrentes según sus diferencias constitutivas, de tal suerte que no se trata de la igualdad absoluta o rígida sino de la igualdad para todos los casos idénticos, lo que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en las mismas circunstancias (Fallos 123:106; 180:149); pero no impide que el legislador establezca distinciones valederas entre supuestos que estime diferentes, en tanto aquéllas no sean arbitrarias, es decir, que no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una objetiva razón de discriminación (Fallos 301:381, 1094 LA LEY, 1980A, 612; 304:390).

Que, en este sentido, la garantía de la igualdad exige que concurren "objetivas razones" de diferenciación que no merezcan la tacha de irrazonabilidad (Fallos 302:484 y 313:1638, consid. 11 del voto del juez Belluscio). Ello determina la existencia de alguna base válida para la clasificación, distinción o categoría adoptada, lo que significa que debe haber algún motivo sustancial para que las propiedades o personas sean catalogadas en grupos distintos (doctrina de Fallos 138:313; 147:402), considerado como tal aquel conducente a los fines que imponen su adopción (Fallos 256:241, consid. 5º y sus citas LA LEY, 112716) e inválido el que se apoya en un criterio de distinción arbitrario, es decir, que no obedece a fines propios de la competencia del Congreso, o si la potestad legislativa no ha sido ejercida de modo conducente al objeto perseguido (Fallos 250:410, consid. 2º)"...²²

Como se viene diciendo, la ley 14.434 establece un universo de casos en los cuáles las personas imputadas no tienen derecho a ser excarceladas, no en razón de un peligro procesal sino por su supuesta peligrosidad y por la posibilidad de que participen en actividades delictivas.

Tal situación los pone en una situación desigual de desventaja en relación a otras personas imputadas por otros delitos, incluso mucho más graves en sus penas y en su afectación a bienes jurídicos. La norma habilitaría perfectamente a excarcelar a una persona imputada por homicidio agravado, hecho que afecta a la vida y que tiene una pena de prisión perpetua, pero no a una persona imputada por tenencia ilegal de arma de fuego

²¹ Bidart Campos, Germán. *Manual de la constitución reformada*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 2003, pág 532.

²² CSJN; Napoli. Cons 13 y 14.

de uso civil que haya desobedecido al personal policial en el procedimiento de su aprehensión, delito de peligro abstracto que prevé una pena de prisión de 6 meses a 2 años y multa de mil a diez mil pesos.

De lo antes dicho se desprende que tal distinción resulta ser arbitraria ya que la diferenciación que hace no tiene ningún sustento valedero y, por tanto, lesiona la garantía de igualdad ante la ley establecida por nuestro bloque constitucional²³. Es que el criterio peligrosista importa ... “un juicio a futuro, un pronóstico de conducta resuelto conforme a un cálculo de probabilidades (...) que conforme a su naturaleza resulta inverificable, pues nunca pueden serlo hechos futuros, y es obvio que la justicia penal solo puede juzgar hechos pasados”...²⁴.

Asimismo ha resuelto la sala primera del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires al cuestionarse el art. 171, inc. 3, apartado “e”-antigua redacción-, que:

...“entiendo que “a priori” no se puede decretar la inexcusabilidad de un ilícito cuando la pena por aplicar en función de las circunstancias del caso y la personalidad del encartado no permitan presumir un peligro procesal de sustracción al accionar de la justicia, toda vez que implicaría obviar el necesario recaudo impuesto por el art. 18 de la Constitución Nacional, cuya aplicación puede ser restringida por vía de la reglamentación; pero nunca eliminada. La irrazonabilidad se acentúa ni bien se repara en que la ley pone bajo el mismo rasero -aunque esto implique adentrarse en cierta generalización proscrita por el objeto de este voto- tanto el que lleva el arma como defensa de una amenaza cierta, como el que la porta descargada o quién, simplemente, la esgrime con efectos disuasivos sin crear peligro concreto y directo a las personas”...²⁵

De la misma manera, además de quebrantarse la garantía constitucional de igualdad ante la ley de las personas investigadas por el universo analizado con respecto a otras personas imputadas por otros delitos, lo hace en relación a las personas que pudieran estar abarcadas por los casos previstos por la ley 14.434 pero resultaren investigadas en otras provincias o en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Es decir, tomando el ejemplo anterior, una persona imputada por tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil que haya desobedecido al personal policial en el procedimiento de su aprehensión *dentro del territorio de la Provincia de Buenos Aires*, no gozará de la posibilidad de ser excarcelado.

No hay que dejar de advertir que la excarcelación procede “como garantía constitucional y no como simple concesión de la ley de forma”²⁶, como consecuencia de la presunción de inocencia establecida en el art. 18 CN, siendo el instituto “la forma de reglamentación de un verdadero derecho de raigambre constitucional”²⁷.

V. LA APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LEY

²³ Art. 10 CN, art. Art. 11 de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires, arts. 8 y 24 de la CADH, art. 1, 2 y 7 DUDH, entre otras.

²⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*, 2da edición, Buenos Aires, Ediar, 2002, págs. 1043 y ss.

²⁵ TCPBA, sala I, causa 18.508, V. R. M. A s/ recurso de casación

²⁶ CSJN, fallos 280:347.

²⁷ Schiavo, Nicolás. *op. cit.* pág 220.

Nuestro orden normativo establece el principio de irretroactividad de la ley penal. Según señala la Constitución Nacional (arts. 18 y 75 inc. 22), la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (arts. 10 y 11) y el Código Penal (art. 2), la ley a aplicarse en el marco de un proceso penal debe ser la ley previa ...“¿Previa a qué? La constitución dice: “al hecho del proceso”; no dice “al proceso”, sino al “hecho” del proceso, fórmula que interpretamos como si dijera: “al hecho que da origen al proceso”, siendo ese “hecho” la “conducta humana” que coincide con la figura legal de la incriminación.” ...²⁸

Sobre la discusión de la aplicación o no de este precepto a la ley procesal, Zaffaroni, Alagia y Slokar dan cuenta de dos basamentos por la tesis afirmativa:

“a) un proceso penal tiene una conclusión binaria (pena o no pena); y si al momento del hecho que se juzga las disposiciones procesales llevaban a una no pena, no había conminación penal en concreto respecto de la persona comprometida. No hay amenaza penal cuando no se puede amenazar con algo que no se puede realizar. Todo esto sea dicho, sin perjuicio de observar que la coerción procesal es punitiva y la negación de este carácter es una peligrosa confusión entre los planos normativo y fáctico, que tienen el penoso efecto de ocultar la realidad y permitir la violación ilimitada del principio de inocencia. b) El otro argumento es exegético e histórico: cuando el art. 18 CN dice juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, no parece dejar fuera la ley procesal, sino todo lo contrario. El origen británico de la fórmula ha generado dudas acerca de su alcance, pudiendo entenderse que se trata de la consagración de la legalidad procesal y no de la penal y que en la CN sería deducible directamente del art. 1º, pero ni exegética ni históricamente puede sostenerse la tesis que niega la expresa consagración de la irretroactividad de la ley procesal penal más gravosa de la CN”²⁹...

En el mismo sentido Creus, con respecto a qué se entiende por ley a los fines de la aplicación del art. 2º del Código Penal, refiere que ...“el vocablo ley no se puede concebir en el sentido de ley formalmente penal, sino que el concepto se extiende a todas aquellas disposiciones que vienen a integrarse al tipo penal como figura, incluyendo (...)la de la terminación de la sanción, sea por aplicación del principio de plenitud organizada del sistema jurídico general, (...) así como a **todas las que en el caso habilitan el ejercicio del *ius puniendi***, que permite la aplicación efectiva de la sanción³⁰”...

El artículo dos de la ley 14.434, modificatoria del art. 171 del CPPBA reza:

...“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.”...

De su lectura se desprende que en las causas en proceso en que se investiguen el delito de portación y tenencia ilegal de armas de fuego iniciadas antes de la entrada en vigencia de esta ley en las que no se haya solicitado la excarcelación, deberá aplicárseles la norma bajo estudio.

²⁸ Bidart Campos, Germán. *Manual de la constitución reformada*, t. II, Buenos Aires, Ediar, 2003, pág 292.

²⁹ Zaffaroni, E. R. - Slokar A. - Alagia A. *op. cit.* págs. 123 y ss.

³⁰ Creus, Carlos. *Derecho Penal: Parte General*, 4ta edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 1999, pág 96.

Así las cosas, la norma al aplicarse “aún respecto de los procesos, incidentes y recursos en trámite”, viola en forma flagrante el principio de irretroactividad de la ley penal ya que rigen a hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia agravando la situación del imputado.

VI. LAS CONCLUSIONES

La ley 14.434 de la provincia de Buenos Aires, que reforma el art. 171 del Código Procesal Penal bonaerense denegando la excarcelación a todas las personas imputadas que en los supuestos de tenencia o portación ilegítima de arma de fuego de cualquier calibre hubieran intentado eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o, de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento, instituye un criterio sustantivista del dictado de medidas coercitivas por el cual se impide excarcelar a las personas que se encuentren dentro de ese universo en razón de entender que éstas resultan ser peligrosas y cometerán delitos en el futuro.

Esa conclusión se obtiene del hecho de que al establecer una presunción *iure et de iure* no se permite al juez evaluar las circunstancias particulares de la persona imputada ni el hecho investigado a fin de resolver el pedido excarcelatorio. Por tanto, el fundamento para rechazar la excarcelación no es un peligro procesal sino la personalidad –peligrosa- de aquel que se encuentre imputado en las circunstancias establecidas en la hipótesis del art. 171 CPPBA, segundo párrafo.

Asimismo, la reforma, al prohibirle ser excarcelado, impone al imputado una pena anticipada en razón de considerarlo peligroso. Tal perspectiva resulta ser infundada ya que importa un juicio previo sobre su personalidad, efectuando conclusiones que son fácticamente improbables, lesionando así la garantía de presunción de inocencia. De esta forma, al estipular una pena anticipada, la legislatura bonaerense se arroga atribuciones legislativas que son propias del congreso federal, estableciendo virtualmente una ley penal de fondo.

Por otra parte, al efectuar una distinción sin fundamentos racionales entre las personas que se encuentran dentro del universo de la ley con respecto a las que se están imputadas en las circunstancias descriptas pero fuera del territorio bonaerense y de las demás imputadas por otros delitos, dicha diferenciación resulta arbitraria y, consecuentemente, viola la garantía de igualdad ante la ley.

Si estas inconsistencias no fueran suficientes, el art. 2 de la ley de referencia, al establecer que sus disposiciones regirán en forma inmediata y se aplicarán aún respecto de los procesos, incidentes y recursos en trámite, quiebra la garantía de irretroactividad de la ley en un proceso penal, colocando al imputado en una situación más gravosa mediante una legislación que entra en vigor con posterioridad al hecho por el cuál es investigado.

Por todo lo antes dicho, pienso que esta ley procesal, que violenta las garantías constitucionales de presunción de inocencia, igualdad ante la ley e irretroactividad de la legislación penal, resulta ser un nuevo instrumento punitivo que surge como consecuencia del discurso de los medios de comunicación masiva ...“que emiten mensajes que son recibidos y reproducidos por las masas, una falsa dicotomía entre estado autoritario o caos, en la que se promueve la puesta en funcionamiento de todos los mecanismos gubernamentales al servicio del poder punitivo con el propósito de “detener el delito”. En caso contrario estallarían el caos

en el que el control de la sociedad pasaría a manos de los “delincuentes”, de los “enemigos”, por lo que se *legitima* la falta de límites a tales mecanismos. Nuestra historia reciente nos pone de manifiesto las consecuencias de la adopción de un estado de policía, subterráneo, en el que, en términos de Zaffaroni, se quiebren todas las compuertas contenedoras del poder punitivo”³¹..., es nuestro deber como ciudadanos instar a los integrantes del poder ejecutivo, legislativo y judicial a que resistan los discursos multimediativos y actúen de conformidad con sus obligaciones constitucionales, velando por el respeto integral de la dignidad humana.

³¹ Gómez, Andrés Gabriel. *La inconstitucionalidad del art. 100 de la Ley 12.256 de la provincia de Buenos Aires*, revista de Derecho Penal y Criminología, La Ley, febrero de 2013, pág. 199 y ss.