

¿EL ESTADO PUEDE MODIFICAR LA LEY DE EXCARCELACIONES PARA RESTINGIR SUS ALCANCES?

Por Mario Alberto Juliano¹

1. La provincia de Buenos Aires se apresta² a sancionar una ley que prohíbe la excarcelación de los tenedores y/o portadores ilegítimos de armas de fuego de cualquier calibre que hubieran intentado eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o, de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento³.

La norma proyectada puede ser objeto de críticas desde diversos ángulos⁴, pero lo que aquí interesa es analizar si resulta convencionalmente⁵ posible sancionar disposiciones legales que retrograden los estándares de derechos y garantías vigentes en los ordenamientos jurídicos vigentes en los Estados signatarios de la Convención Americana.

¹ Presidente de la Asociación Pensamiento Penal y juez del Tribunal en lo Criminal 1 de Necochea.

² Ya lo hizo la Cámara de Diputados y a la fecha de este comentario (fines de noviembre de 2012) se encuentra a tratamiento de los senadores.

³ El texto de la reforma sancionada por Diputados dice: “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 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 2) párrafo octavo del Código Penal, a partir de la aprehensión la autoridad policial o judicial requerirá en forma inmediata los antecedentes del imputado”.

⁴ A modo meramente enunciativo nos permitimos señalar la jurisprudencia local (caso “Erika Nápoli”, Fallos 321:3630) y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (casos “López Álvarez”, Suárez Rosero” y muchos más de la Corte Interamericana) afirma que no existen categorías de delitos “inexcarcelables”. También las negativas experiencias que en el pasado cercano representó la sanción de la ley 12.405, que restringía de modo drástico las excarcelaciones, desembocando en una catástrofe carcelaria, sancionada por la Corte federal en el caso “Verbitsky”.

⁵ Esto es, a la luz de las exigencias de la Convención Americana de Derechos Humanos

2. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos está regido por una serie de principios, con anclaje normativo en la Convención Americana, que regulan el funcionamiento e interacción de los derechos y garantías reconocidos en su texto. El que nos interesa examinar, a los fines de este análisis, es el *principio de progresividad* de los derechos humanos, y su necesaria contracara: la *prohibición de regresividad* (también, *prohibición de retroceso*).

El principio de progresividad se encuentra consagrado de modo expreso por el artículo 26 de la CADH respecto de los derechos económicos, sociales y culturales⁶ y puede ser definido como el compromiso estatal de implementar medidas legislativas o de otro carácter que paulatinamente mejoren los estándares de derechos previstos en el orden doméstico, procurando su progresiva superación.

La prohibición de regresividad es la necesaria contracara del principio de progresividad e implica el impedimento de introducir modificaciones legislativas o de otro orden que disminuyan los niveles preexistentes de derechos y garantías. Sería incoherente y contradictorio predicar que los Estados tienen el compromiso de hacer progresar los derechos si a la vez admitiéramos que también tienen la posibilidad de introducir modificaciones legislativas o de otro orden que hagan retrogradar esos estándares.

3. Sin embargo, junto a calificada opinión⁷, somos de la idea que una lectura sistemática⁸ de la Convención permite sostener que el principio de progresividad y la prohibición de regresividad, también son predicables respecto de los derechos civiles y políticos.

⁶ Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

⁷ COURTIS, Christian “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, publicado en AA.VV. “Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales”, (Christian Courtis, compilador), Editores del Puerto. Buenos Aires, 2006

⁸ Implica una interpretación comprensiva de la totalidad del orden jurídico en que se encuentra inserta la norma a interpretar.

3.1. El artículo 1⁹ establece la obligación de los Estados Partes de *respetar* los derechos y libertades reconocidos en la Convención. Como es obvio, respetar implica acatamiento, en este caso a los derechos y libertades consagrados por el tratado, y más específicamente (en lo que aquí interesa) al derecho a ser presumido inocente (y ser tratado como tal)¹⁰ y a la libertad personal¹¹. El compromiso estatal de respeto y acatamiento a los derechos y libertades jamás puede ser interpretado como habilitante de su restricción, limitación o cercenamiento. Primera disposición legal que permite pensar de modo expreso en la prohibición de regresividad de los derechos y las libertades.

3.2. No solo eso. La obligación estatal no se restringe al pasivo respeto y acatamiento de los derechos y libertades garantizados por la Convención, sino que, de acuerdo a lo previsto por el artículo 2¹², también comprende el compromiso activo de adoptar las medidas de carácter legislativo, o de otro carácter, que permitan hacer efectivos tales derechos y libertades, deber que claramente se identifica con el principio de progresividad aludido. En esta cláusula puede identificarse el deber estatal de progresividad de los derechos y libertades, ya que no podría concebirse la adopción de medidas de carácter legislativo que restinjan, limiten o cercenen esos derechos y libertades.

3.3. Finalmente, las normas de interpretación contenidas en el artículo 29¹³, que conforman un trípode que obtura la posibilidad que los Estados supriman, limiten o

⁹ Artículo 1.1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹⁰ Artículo 8.2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...

¹¹ Artículo 7.1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

¹² Artículo 2. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

¹³ Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar

excluyan derechos y libertades, cláusula claramente identificada con la prohibición de regresividad o retroceso. Es muy claro el texto de la norma convencional cuando establece que ninguna disposición (a las que los Estados deben respeto y acatamiento) puede ser interpretada (y aplicada) en el sentido de permitir la supresión (inciso a), limitación (inciso b) o exclusión (inciso c) de los derechos y libertades reconocidos por la Convención.

3.4. Cláusulas que deben ser armonizadas con las previsiones de los artículos 26¹⁴ y 27¹⁵ de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, donde se consagran el *pacta sunt servanda* (cumplimiento de buenas fe de los tratados) y la relación del derecho interno con la observancia de los tratados (imposibilidad de invocar disposiciones de derecho interno como justificativo para incumplir un tratado), que no hacen más que reforzar el compromiso estatal en la vigorización de los derechos y libertades consagrados por el derecho internacional de los derechos humanos.

4. La operativización de las cláusulas convencionales (y constitucionales) y la efectiva aplicación de sus principios interpretativos¹⁶, es uno de los desafíos que propone la vigorosa irrupción del derecho internacional de los derechos humanos en las legislaciones domésticas. Los esfuerzos de las organizaciones y personas comprometidas con el respeto de la dignidad humana han estado centralizados en evitar que los derechos consagrados por el derecho internacional de los derechos humanos se conviertan en una mera expresión de deseos, sin concreta efectividad.

reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

¹⁴ Artículo 26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

¹⁵ Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

¹⁶ No solo los principios de progresividad y la prohibición de retroceso. También los tradicionales *pro homine*, de humanidad, universalidad, interdependencia, indivisibilidad, etcétera.

Esta cuestión (la discusión entre la naturaleza programática u operativa de los derechos y garantías) fue resuelta por la Corte federal en 1992¹⁷ a favor de la autoejecutoriedad (*self executing*) de las cláusulas constitucionales (innecesaria de su reglamentación), sin que, al parecer, los poderes públicos hayan tomado debida nota.

En este sentido, Robert Alexy recuerda que:

“En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas y jurídicas, que están determinadas no sólo por las reglas, sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son sujetos de ponderación y, además la necesitan. La ponderación es la forma de aplicación del Derecho que caracteriza los principios. En cambio las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son. No son susceptibles de ponderación y tampoco la necesitan. La subsunción es para ellas la forma característica de la aplicación del Derecho.”¹⁸

El desafío que propone la materialización de las cláusula convencionales se allanará en buena medida cuando los Estados comprendan que suscribir un tratado comporta un acto soberano de resignación de la soberanía o, dicho con otras palabras, que desde el momento que un Estado celebra un tratado se compromete de buena fe a su observancia y cumplimiento, lo que implica, entre otras cosas, auto limitarse en la producción legislativa que pudiera implicar entrar en contradicción con los términos del tratado.

5. Establecido lo precedente (el concepto del principio de progresividad y de la prohibición de regresividad), es incuestionable que la reforma que se pretende introducir al artículo 171 del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos

¹⁷ “Ekmekdjian c. Sofovich”, Fallos 315:1492

¹⁸ Alexy, Robert “El concepto y la validez del derecho”, Gedisa Editorial, Barcelona, 2004, página 182

Aires, en tanto y en cuanto prohíbe la excarcelación de los tenedores y/o portadores ilegítimos de armas de fuego de cualquier calibre que hubieran intentado eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o, de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento, lejos de comportar el cumplimiento del deber de progresividad de los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana, y específicamente del derecho a ser presumido inocente (y ser tratado como tal) y a la libertad personal, representa un grave retroceso con relación al estándar previo.

El estándar previo (el artículo 171 en su actual redacción) establece una categoría general de individuos que no pueden gozar de la excarcelación por representar peligro procesal (posibilidad de fuga o entorpecimiento probatorio). El proyecto de reforma agrega una categoría particular de individuos (los tenedores y/o portadores ilegítimos de armas de fuego de cualquier calibre) que, independientemente que puedan representar el aludido peligro procesal (que impediría su excarcelación), tampoco podrán acceder a la libertad durante el proceso para el caso que hubieran intentado eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o, de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento. Es decir, a esta nueva categoría de individuos sospechados por la comisión de una conducta tipificada por la ley penal, discrecional y discriminatoriamente seleccionada, se le agrega un doble escollo para acceder a la excarcelación: que no representen peligro procesal y que no hubieran intentado eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o, de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento.

Pero además, y no menor, la determinación de la existencia de este particular peligro procesal (haber intentado eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o, de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento) queda en manos de la autoridad policial, con muy escasas posibilidades de control jurisdiccional, que en este caso se abastecería, en principio, con el simple trámite de la confección de un acta donde se afirmen cualquier de los supuestos fácticos previstos en el proyecto. A diferencia del peligro procesal general, representado por el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio, donde el fiscal debe probar su existencia.

En resumidas cuentas, los derechos y libertades de aquellos individuos sospechados por la tenencia y/o portación ilegítima de un arma de fuego de

cualquier calibre que hubieran intentado eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o, de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento, se encontrarán con una protección legal más precaria en caso de sancionarse definitivamente la reforma proyectada al Código Procesal Penal bonaerense o, dicho con otras palabras, con un plus de impedimentos para ser tratados como inocentes mientras dure el proceso y que se proteja su libertad ambulatoria..

6. Ahora, ¿qué consecuencias acarrea la sanción de una ley violatoria de la prohibición de regresividad? Una ley dictada en violación a la prohibición de retroceso es una ley anticonvencional, contraria a los deberes establecidos por los artículos 1 y 2 de la Convención Americana y por tanto inválida para el orden jurídico interamericano que protege la vigencia de los derechos humanos.

La sanción no puede ser otra, ya que una transgresión a los compromisos contraídos que no acarreará consecuencias (al menos jurídicas) implicaría el fracaso de la aspiración a una convivencia civilizada entre las naciones y al mantenimiento de sus pacíficas relaciones recíprocas.

7. Las reflexiones precedentes, lejos de agotarse en el caso bonaerense, se proyectan con inquietante actualidad sobre el derecho penal de la República Argentina y la región, que en los últimos años ha experimentado transformaciones de índole neopunitivista, que modificaron radicalmente la faz liberal (en el sentido de respetuosa de las libertades) que caracterizaron a sus formulaciones normativas.

Un enfoque en base al principio de progresividad y prohibición de regresión, arrojaría resultados que interpelarían a los Estados (y particularmente al argentino) acerca de la observancia y cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos, sobre todo en materia tan sensible como la que atañe a los derechos y las libertades y, probablemente, proporcione otras perspectiva en la lucha por su consolidación.