

EL ORDEN DE LOS FACTORES ALTERA LA CONSTITUCIONALIDAD. EXENCIÓN DE PRISIÓN Y EXCARCELACIÓN

Armando F. Murature (h)

I.- Introducción: Determinación de la tesis y bases de la antítesis.

Como dijera en "El Derecho Penal" (rev. 7, julio 2005, pág. 28), es un secreto a voces; un silencio a los gritos, si se permite la licencia literaria, que nuestro legislador viene, de un tiempo a esta parte, estableciendo como monto mínimo de prisión a imponer para determinados delitos el plazo de tres años y seis meses con el único objetivo de impedir la procedencia de la exención de prisión y de la excarcelación, previstos en los arts. 316 y 317, respectivamente, del Código Procesal Penal de la Nación.¹

Y esto, resulta inconstitucional.

Quienes compartan la postura que aquí se sostiene, seguramente podrán encontrar, además de los fundamentos que se expondrán, otras tantas "buenas razones", al decir de Nino y Bacque², que sustenten dicha opción.

El propósito de este trabajo se centra en fundar mi afirmación e intentar dar algunas respuestas a los interrogantes de mayor envergadura que podrían intentarse contra aquella.

En primer lugar, y ello resulta fundamental pues es el basamento de nuestra postura, cabría preguntarnos: ¿En qué nos fundamos para afirmar la intención que pregonamos por parte del legislador? Sin acreditar ello no podríamos continuar en nuestro planteo.

Para el supuesto que podamos acreditar la intención del legislador, se nos genera un doble interrogante: por un lado, tendríamos que afrontar el cuestionamiento sobre la posibilidad, o no, de evaluar judicialmente el proceder del legislador, en otras palabras, ¿Puede juzgarse sobre el proceder del legislador en orden al establecimiento de un mínimo legal, o ello resulta una cuestión no judicializable?; por el otro, tendríamos que afrontar el siguiente interrogante: Aún cuando pueda ser judicializable aquél proceder, ¿qué importancia podría tener ello, si perfectamente el legislador podría haber dispuesto una pena de, por ejemplo cuatro años, en cuyo caso tampoco podrían operar aquellos institutos?

Finalmente, y dado que el silogismo inicial no podría ser considerado como tal, pues sólo tiene una premisa, el cuestionamiento central se vincularía con la construcción de la premisa faltante: ¿Por qué, si el legislador obró de esa manera, resulta inconstitucional?

II.- Presupuesto de la tesis: **II.A) La Intención del legislador ³**

Como dijimos, la intención del legislador, a nuestro entender, resulta evidente.

Las diversas manifestaciones de algunos de ellos en los medios de comunicación, sumadas a la génesis de las diversas modificaciones en este sentido, casi todas precedidas de un reclamo de “más mano dura” y evitar que “los delincuentes entren por una puerta y salgan por la otra”, podrían resultar suficientes para inferir aquella intencionalidad; mas ello sería desprovisto de un análisis más riguroso y sistemático que refuerce, desde un plano “científico”, nuestra afirmación.

En consecuencia, la tarea demostrativa queda pendiente y para poder abordarla adecuadamente consideramos conveniente para tal fin recurrir a un análisis sistemático de las normas, o mejor dicho, de las penas establecidas en la legislación.⁴

Con el exclusivo fin propuesto –acreditar la intencionalidad del legislador-, y por lo tanto sin necesidad de ahondar con mayor profundidad que la estrictamente necesaria para tal objetivo, debemos señalar una pauta que estimamos de indudable trascendencia y de gran envergadura en el plano indiciario: Nunca el legislador, a excepción de los casos en que previó una pena mínima de tres años y seis meses de prisión, contempló como mínimo legal una pena de índole fraccionada, entendida por tal aquella que contemple dos tipos de medidas temporales diferentes, esto es, días y horas, meses y días, años y meses.

Tal dato no es menor, pues no es ni fruto de la casualidad, ni de la llamativa coincidencia que todos los bienes jurídicamente protegidos mediante los tipos penales que ameritan una pena de carácter fraccionada lo sean sólo sobre la base de los tres años y seis meses de prisión.

Evidentemente, ese modo de legislar responde exclusivamente al objetivo de evitar la procedencia de la exención de prisión y de la excarcelación, en la medida en que comúnmente se acepta que ella resulta procedente en los supuestos en que también procedería la condena de ejecución condicional conforme lo establece el art. 26 del Código Penal, esto es, primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años.

La regla general es, y debería ser reconocida más enfáticamente, la libertad durante el proceso penal⁵. Por ello, la pena prevista para el delito no debería, per se, ser una pauta inquebrantable para infringir aquella regla.

Sin embargo, lo cierto es que, para nuestros tribunales, en su gran mayoría -por no decir la unanimidad, dado que existen alguna que otra excepción⁶- de nuestros tribunales, para que proceda la excarcelación o la exención de prisión resulta necesario que sea viable, desde un plano objetivo, la condena de ejecución condicional, lo que significa, ni más ni menos, que el delito tenga previsto como mínimo legal una pena de prisión de tres años, o inferior.

La réplica que se podría efectuar es que el legislador, con su proceder, no quiso impedir la viabilidad de la soltura durante el proceso, sino evitar la posibilidad de la imposición de una pena de ejecución condicional.

Sin embargo, dicha finalidad resultaría tan sólo eventual y relativa, pues en rigor de verdad el tribunal no está obligado a imponer una condena de ejecución condicional, cualquiera sea la pena impuesta, incluso inferior a los tres años, sino que tiene esa facultad, que puede usar o no.

Por el contrario, el objetivo de evitar la concesión de la exención de prisión y de la excarcelación resulta más cierta y categórica frente a la pauta que es considerada para su viabilidad por una reiterada jurisprudencia.

En efecto, como ya se señaló, el criterio rector para otorgar el beneficio que ambos institutos implican –la libertad durante el proceso- está delimitado por el mínimo legal en abstracto que tenga contemplado el delito: si es de tres años de prisión o inferior, por resultar procedente eventualmente la condena de ejecución condicional, son viables tanto la exención como la excarcelación; si, por el contrario, el mínimo legal es superior a esa pena, ambos institutos deben ser denegados.

II.B) Fundamentación de la Tesis y respuesta a las Antítesis.

Acreditada la intencionalidad del legislador, queda por estructurar el resto del andamiaje sobre el cual podría sostener la tacha de inconstitucionalidad afirmada; debiendo responder, por lo tanto, aquellos múltiples interrogantes que dejáramos planteados y que cuestionarían la conclusión.

Los cuestionamientos antes planteados –¿podría ser judicialable el proceder del legislador?; ¿qué reproche podría efectuársele al legislador por establecer una pena de tres años y seis meses de prisión, cuando igualmente podría, válidamente, prever un mínimo de cuatro años, y las consecuencias serían las

mismas?; y, finalmente, ¿por qué, eventualmente, podría ser inconstitucional dicho proceder?- y sus eventuales respuestas se entrecruzan de tal manera que se justifican recíprocamente siendo de muy difícil, y casi hasta diríamos de suma inutilidad, una contestación aislada para cada una de ellas; sin perjuicio de lo cual, y por un mero orden expositivo, intentaremos efectuarlo en la medida de lo posible.

II.B.1) Posibilidad de judicializar la “intención del legislador”.

En el ámbito dogmático del derecho penal se reconoce con relación al delito dos aspectos de fundamental importancia: el disvalor de acto y el disvalor de resultado.

Yacobucci, citando a Jeschek, indica que este autor compone los dos términos. El disvalor de la acción y del resultado supone que el derecho penal tiene la misión de proteger bienes jurídicos contra conductas humanas de ciertas características y no mera expresiones naturales. El derecho penal, entonces, “realiza la protección de los bienes jurídicos en tanto procura que a voluntad de los ciudadanos se acomode a las exigencias del ordenamiento jurídico”⁷

Ello implica que la acción, tanto por sus efectos como por su dirección⁸, puede ser regulada por el derecho -y de hecho lo es-, en tanto y en cuanto su exteriorización implique, de algún modo, la afectación de derechos de terceros, el orden o la moral pública⁹

En consecuencia, así como desde la perspectiva del derecho penal las conductas de los ciudadanos se ven reguladas en aras a evitar la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, así también el proceder de los legisladores puede ser regulado desde el ordenamiento jurídico que en forma específica a ellos se refiere, y que no es otro que el orden constitucional.

De hecho, nuestra Carta Magna en forma categórica determina, entre otras disposiciones, que los principios, garantías y derechos reconocidos en los artículos anteriores, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 28 C.N.); y, en tanto y en cuanto las leyes que reglamentan los principios, garantías y derechos reconocidos deben ser sancionadas por el Congreso de la Nación, dicha norma se refiere directamente a los que componen dicho poder, es decir, a los legisladores.

En este contexto, y así como con en el campo del derecho penal se toma en consideración la dirección de la acción con que ella fue ejecutada para poder evaluar y determinar su posible confrontación con el derecho, resulta absolutamente admisible que se acepte la posibilidad de predicar lo mismo respecto de la “intención del legislador”, esto es, que ella pueda tomarse en consideración, no desde un punto subjetivo sino objetivo, para determinar su posible colisión con el marco normativo constitucional que regula su actividad.

Podría pensarse, en aras a refutar esta perspectiva, que la C.S.J.N. en fallos 314:424 tuvo la oportunidad de pronunciarse, en ocasión de tratar el mínimo legal contemplado por el art. 38 del decreto-ley 6582/58 para el robo agravado de automotor, al respecto, determinando la imposibilidad de lo que aquí se sostiene.

Sin embargo, a poco de analizar el precedente indicado resulta evidente la posibilidad de distinguir dos aspectos fundamentales en el proceder legislativo: por una parte, la finalidad tenida en cuenta por el legislador; por la otra, el camino que recorra para conseguirla.

Lo que no puede judicializarse, en principio, es el camino por el que opta seguir el legislador para alcanzar los fines propuestos¹¹; situación muy distinta de analizar la legitimidad, precisamente, de esos fines.

No se trata, entonces, de evaluar la política criminal seguida por el legislador, ni mucho menos su oportunidad, mérito o conveniencia, aspectos que quedarían, en

principio, al margen del poder judicial; se trata, sencillamente, de determinar si los objetivos de la legislación son compatibles con la constitución, y en última instancia, si ella tiende a reglamentar un principio, derecho o garantía, o si se sancionó con el evidente propósito de alterar uno de estos tópicos.

Reconociendo entonces que resulta judicialable la finalidad de una legislación¹², aspecto sustancialmente diverso del mérito o contenido del acto legislativo, nos queda por abordar las otras cuestiones.

II.B.2) Utilidad de censurar el mínimo de tres años y seis meses de prisión ante la posibilidad, válida del legislador, de establecer como mínimo cuatro años.

En rigor de verdad, y para ser consecuentes con nuestro planteo en cuanto a que el contenido legal, por ser materia de política criminal y librado a criterios de oportunidad, mérito y conveniencia, no resulta, salvo supuestos evidentes de irrazonabilidad, materia judicialable, sino que lo que puede ser judicialable es la finalidad del legislador, en cuanto a la posibilidad de determinar si una legislación tiende a reglamentar o alterar un principio, derecho o garantía, debemos señalar que lo trascendente al momento de establecer la posible inconstitucionalidad de un mínimo legal no es el contenido en sí, y por lo tanto lo mismo da que fuesen tres años y seis meses, cuatro años, cinco o los que fueren, sino la finalidad con que dicha medida punitiva fue impuesta.

Y, es precisamente a partir de aquí donde comienza, a nuestro entender, a aclararse el punto en cuanto a por qué los tres años y seis meses de prisión establecidos como mínimo legal resultan censurables, aún cuando el legislador válidamente podría establecer, por ejemplo un mínimo de cuatro años.

La cuestión radica, a nuestro parecer, que el caso de los tres años y seis meses de prisión resulta evidente en cuanto a la finalidad de la legislación, en tanto que en el caso de los cuatro años, por ejemplo, no; mas ello no quiere decir que este mínimo no pueda ser igualmente considerado inconstitucional, sino que habrá que

ahondar con mayor detenimiento en la finalidad con que fuera dictada una norma que contenga ese mínimo legal.

Si se diera el caso, hipotético, que a partir de ahora todos los delitos fueran sancionados con un mínimo legal de cuatro años, ello también sería inconstitucional, pues en este supuesto la finalidad de alterar una garantía, mediante la artimaña de hacer inoperante la reglamentación que la torna procedente, resultaría igualmente evidente a lo que acontece con el mínimo de los tres años y seis meses de prisión.

III. Síntesis y Conclusión: Fundamentación.

Como adelantáramos al comienzo, el establecimiento de un mínimo legal de tres años y seis meses de prisión por parte del legislador resulta inconstitucional pues afecta el art. 28 C.N., en tanto tiene por finalidad exclusiva alterar una garantía reconocida en nuestra carta magna.

La libertad durante el proceso es una garantía que se infiere, a contrario sensu, del requisito establecido por el art. 18 C.N. de que nadie puede ser penado sin juicio previo, como así también de una derivación razonada del principio de inocencia, que también encuentra su origen en dicha disposición como así también, ahora en forma expresa, del art. 8, párrafo 2 del Pacto de San José de Costa Rica.

Esta garantía, como todas las previstas en nuestro ordenamiento, no es absoluta y puede, y en rigor deben, ser válidamente reglamentadas por el legislador.

De hecho, nuestro legislador ha reglamentado esta garantía tanto en su aspecto negativo, es decir en la medida en que legalmente puede ser afectada -como lo hizo mediante la prisión preventiva-, como en su aspecto positivo, es decir reafirmando mediante los institutos de la exención de prisión y de la excarcelación.

Estos últimos no pueden ser considerados la excepción, sino que por el contrario, resultan la reafirmación de la regla que es la libertad durante el proceso; la que constituye la excepción a la regla es la prisión preventiva, y por lo tanto es ésta, y no aquellas las que deben ser interpretadas restrictivamente.

De ello se deduce, a nuestro entender con ineludible claridad, que cuando el legislador sanciona una ley con la específica intencionalidad de eludir o, mejor dicho, tornar inaplicables las disposiciones de carácter general que reglamentan una determinada garantía, lo que en realidad está haciendo no es otra cosa que afectar directamente esa garantía, y si ella está resguardada desde el plano constitucional, entonces aquél proceder resulta, consecuentemente, inconstitucional por la finalidad y por el resultado que el acto acarrea.

Una cosa es que el legislador, tomando en consideración un determinado bien jurídico, y valorándolo conforme a pautas válidas, establezca un marco punitivo, a consecuencia de lo cual se generarán consecuencias de distinta índole (por ej. improcedencia de la excarcelación, posibilidad de la aplicación de una inhabilitación preventiva, etc.), y otra muy distinta es que para eludir la aplicabilidad de las disposiciones que reglamentan una garantía constitucional establezca la sanción de un delito.

En el primer caso el actuar es legítimo y se encuentra dentro del orden constitucional; en el segundo, el actuar es ilegítimo, pues la finalidad perseguida lo convierte en tal, en tanto que no tiene en miras la reglamentación de un derecho, principio o garantía, sino el modo en que podría alterarse la vigencia de ellos o, dicho de otro modo, eludir el ordenamiento constitucional a través de la inoperatividad de las disposiciones que reglamenten la vigencia de las garantías emanadas de la Constitución.

Y, si aún se quisiera exigir mayor claridad, podríamos decir que el legislador, mediante el establecimiento de un mínimo de tres años y seis meses con la específica intención de tornar inaplicables los institutos de la exención de prisión y

la excarcelación, lo que está haciendo es aplicar una pena antes del juicio, aún cuando a ésta se le aplique el nombre de medida cautelar, y ello resulta absolutamente incompatible con nuestra Carta Magna.

Obviamente, la disquisición que hemos efectuado carecería de sentido si, por ejemplo, se compartiese el prudente y razonable criterio en torno a la afectación de la libertad durante el proceso que surge del voto mayoritario del fallo Chabán, dictado el 13 de mayo del 2005 por la Sala V de Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, y de las citas que allí fueron invocadas, como por ejemplo el fallo Barbará, dictado el 10 de noviembre del 2003 por la Sala I también de Cámara del Crimen, pero en la medida en que ello no sea receptado, y el criterio mayoritario para determinar la procedencia de los institutos de la exención de prisión y de la excarcelación sea el plazo objetivo de tres años, en función del plazo previsto para la posibilidad de dictar una condena de ejecución condicional, estimamos acertadas las consideraciones hasta aquí expuestas.

1 Frente a los fundamentos y citas invocados por la mayoría –Dres. Bruzzone y Garigós de Rébori- de la Sala V de la Excma. Cámara en lo Criminal y Correccional en la renombrada resolución dictada en el incidente “**Chabán, Omar Emir s/excarcelación**” el 13 de mayo de 2005, Bueno Aires, 13 de mayo de 2005, debo señalar que el planteo que aquí se efectúa tiende a censurar un aspecto de la ley sustancial, como lo es el mínimo legal establecido con una específica finalidad, por las razones que se expondrán, y no sus consecuencias en el ámbito procesal, como podría ser la no excarcelación de un delito, las cuales perfectamente se verían atemperadas de seguir el criterio y los argumentos que surgen del fallo aludido, los cuales comparto y considero correctos y adecuados a derecho.

Como se verá, las consecuencias procesales que se buscan, a través de los mínimos legales cuestionados, es lo que da la pauta de la “intención del legislador” que se censura, pero no son ellas –las consecuencias procesales-, en sí, las que justifican la censura.

2 “Lesiones y retórica, El problema de la ciencia del derecho y la ideología jurídica a propósito de las lesiones simultáneamente calificadas y atenuadas”, por Jorge Bacqué y Carlos S. Nino, LL, T. 126, Sec. Doctrina, págs. 966 y ss. Los autores, como ellos bien dicen, partiendo del análisis de un caso particular pretenden demostrar que la actividad del jurista se halla compuesta por valoraciones, lo cual debe distinguirse de una actividad puramente “científica”, en términos de objetividad y verificabilidad. De allí, que las razones que esgrime un jurista, en realidad no sustentan el juicio valorativo, sino que tienden a obtener la adhesión del interlocutor en apoyo de las valoraciones así presentadas. En consecuencia, los autores, a modo de conclusión, señalan: “Ahora queda claro el sentido con que hemos venido empleando las palabras “buenas razones”: buenas no en sentido lógico sino en el sentido psicológico de “aptas para convencer””.

3 Es bien cierto que esta expresión puede ser inmediatamente censurada por las reiteradas objeciones que se le han presentado, y que en forma sintética podrían resumirse en que no es posible hablar a partir de la ley de la “intención del legislador”, como si fuese uno el que la ha sancionado, cuando en realidad son muchos los que han posibilitado dicho proceso y, seguramente, las motivaciones que han tenido quienes sancionaron la ley resultan también variadas y diversas. Frente a esto, “la intención del legislador” debe entenderse como una fórmula de consenso mediante la cual se identifica aquél punto de convergencia en el cual, en mayor o menor medida, han coincidido los legisladores que conformaron la mayoría posible para poder sancionar una determinada ley. Desde esta perspectiva, parecería entonces necesario que efectivamente haya existido una “intención del legislador”, pues resultaría inimaginable que varias voluntades concurren hacia un mismo fin -sancionar una ley- por motivaciones tan distintas que ni siquiera pueda encontrarse un punto de convergencia o coincidencia entre aquellas. Cabe señalar, al respecto, que la “intención del legislador” es reconocida por nuestra Corte Suprema de Justicia como un criterio válido de interpretación de la ley, incluso estableciendo que es la primera regla para dicha función. (entre muchísimos otros, Fallos 307:1023, considerando VI, y c. Comp. 142.XXXIX, Empresa Geosur, rta. 04/11/2003, publicado en JPBA, Tº 123, Fº 179, p. 73/4.

“Dijo el Procurador, a cuyo dictámen la Corte remitió: ...”Al respecto, estimo oportuno recordar que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador...”

4 También sería posible, a fin de acreditar la “intencionalidad del legislador” que aquí sostenemos, recurrir a los debates parlamentarios de las respectivas leyes, de los cuales es posible extraer, con menor o mayor esfuerzo según el caso, el objetivo tenido en consideración al momento de establecer la punibilidad de las determinadas conductas.

5 La privación de la libertad del imputado tiene por fin asegurar su presencia en el juicio, garantizar la investigación de los hechos y asegurar la ejecución penal, conf. Donna, Edgardo A., CCrimyCorrec., S.IV, in re Soldán, William Silvio, rta. 10/05/2004, y en especial, S. I, causa N° 21.143, “Barbará, Rodrigo Ruy s/ exención de prisión”, rta. 10/11/03. En el mismo sentido, se sostuvo que la prisión preventiva lejos debe estar de convertirse en el anticipo de una penal, y por ello debe responder al criterio puntual de la peligrosidad procesal, Conf. Barbarosch, Alfredo, in re causa cit. “Soldán”

6 causa cit. “Barbará”, y, en todo sentido, causa cit. “Chabán, Omar s/ excarcelación”

7 “La deslegitimación de la potestad penal”, pág. 95.

8 Art. 42 C.P.

9 Art. 19 C.N., y en cuanto a la significación y alcance de esta garantía, ver fallo CSJN “Montalvo”.

10 Con excepción de los supuestos evidentes de irrazonabilidad, y, desde una perspectiva amplia del control de razonabilidad, podría incluso evaluarse la posibilidad de optar por un medio menos lesivo de derechos.

11 En el sentido ya indicado, esto es, si la legislación tiende a reglamentar los derechos principios y garantías, o, por el contrario, eludiendo la reglamentación de estos termina alterándolos y en consecuencia violando la disposición del art. 28 de la Constitución Nacional.