

Comentario al fallo “Condanza, Alberto Juan y Estarli, Jesús s/Incidente de excarcelación”, TOC N° 1 Necochea, c. 3683-0077, rta. 7/04/2004.

“El principio de inocencia, y su afectación en el marco de una concepción binaria del Derecho Penal”

Dr. Muzio, Mariano Ezequiel.
Dr. Lopez Gaston, Rodrigo Demian.

I. Palabras preliminares. La imagen bélica del derecho penal.

La civilización industrial padece una incuestionable cultura bélica y violenta. Es inevitable que, aunque hoy no se la formula en términos doctrinarios ni teóricos, buena parte de la comunicación masiva y de los operadores de las agencias del sistema penal, traten de proyectar el ejercicio del poder punitivo como una guerra a la criminalidad y a los criminales. La comunicación suele mostrar enemigos muertos (ejecuciones sin proceso) y también soldados propios caídos (policías victimizados).

En la región latinoamericana, el riesgo de una muerte policial es altísimo en comparación con los Estados Unidos y mucho más con Europa. Sin embargo, suele exhibírsele como signo de eficacia preventiva. Por otro lado, las agencias policiales desatienden la integridad de los operadores, pero en caso de victimización se observa un estricto ritual funerario de tipo guerrero. Si se tiene en cuenta que los criminalizados, los victimizados y los policizados (o sea todos los que padecen las consecuencias de esta supuesta guerra) son seleccionados en los sectores subordinados de la sociedad, cabe deducir que el ejercicio del poder punitivo aumenta y reproduce los antagonismos entre las personas de esos sectores débiles.

En décadas pasadas se difundió otra perspectiva bélica, conocida como de seguridad nacional, que comparte con la visión bélica comunicativa del poder punitivo su carácter de ideología de guerra permanente (enemigo disperso que da pequeños golpes). Esta argumentación se utilizó para entrenar fuerzas terroristas que no siempre permanecieron ligadas a sus entrenadores. Con este argumento se consideró guerra lo que era delincuencia con motivación política y, pese a ello, tampoco se aplicaron los Convenios de Ginebra, sino que se montó el terrorismo de estado que victimizó a todos los sectores

progresistas de algunas sociedades, aunque nada tuviesen que ver con actos de violencia. La transferencia de esta lógica perversa a la guerra contra la criminalidad permite deducir que no sería necesario respetar las garantías penales y procesales por razones semejantes. De este modo, así como la subversión habilitaba el terrorismo de Estado, el delito habilitaría el crimen de estado.

Con los cambios en el poder mundial, la llamada ideología de seguridad nacional ha sido archivada, pero está siendo reemplazada por un discurso público de seguridad ciudadana como ideología. A esta transformación ideológica corresponde una transferencia de poder de las agencias militares a las policiales. La imagen bélica del poder punitivo tiene por efecto: a) incentivar el antagonismo entre los sectores subordinados de la sociedad, b) impedir o dificultar la coalición o el acuerdo en el interior de esos sectores, c) aumentar la distancia y la incomunicación entre las diversas clases sociales, d) potenciar (espacios paranoicos), las desconfianzas y los prejuicios, e) devaluar las actitudes y discursos de respeto por la vida y la dignidad humanas, f) dificultar las tentativas de hallar caminos alternativos de solución de conflictos, g) desacreditar los discursos limitadores de la violencia, h) proyectar a los críticos del abuso de poder como aliados o emisarios de los delincuentes, i) habilitar la misma violencia que respecto de aquellos.¹

Este discurso legitimante del ejercicio irracional del poder punitivo, ha encontrado en nuestra sociedad una raigambre mas que importante, y nos demuestra cada día que no es un problema de fácil solución, y que por ende requiere de un esfuerzo y una reflexión en forma concreta de los operadores del sistema, tanto funcionarios judiciales, como abogados, que interactúan en un contexto de cambios permanentes impulsados por las agencias políticas, que genera una política criminal cuya única orientación es la “eficiencia”, por la que tantas veces se han sacrificado las garantías constitucionales en el ámbito del proceso penal, y cuyo único gran objetivo es alcanzar la condescendencia de ese gran censor denominado opinión publica.

Esta Política criminal, que encarna esta concepción binaria del derecho penal, ha erigido en el delincuente la figura demonizada, que personifica todas y cada una de las cuestiones pendientes de nuestra sociedad, y por lo cual debe soportar el peso del todo el

¹ ZAFFARONI E.R.; ALAGIA, A., SLOKAR, A.; *Derecho Penal. Parte General*, 2º edición, ed. Ediar, Bs. As, 2002, p. 17.

aparato estatal. El chivo expiatorio se construye con lo que Poliakov ha llamado la causalidad diabólica. Lo dijo reflexionando sobre esta sugestiva frase de Albert Einstein: “ Hay demonios en todas partes, es probable que, de modo general, la creencia en la acción de los demonios constituya el inicio de nuestro concepto de causalidad”².

Para poder comprender de mejor manera el impacto que ha tenido la construcción de este “homo delincuente”, en las sociedades latinoamericanas de nuestro tiempo es más que urgente realizar una lectura del siguiente párrafo, extraído de un informe realizado en la sociedad chilena: “Los chilenos suelen asociar espontáneamente la inseguridad con la delincuencia. Está representada una de las preocupaciones principales de los entrevistados en las distintas encuestas de los últimos años. La inseguridad descansa, más allá de las tasas reales de delitos, sobre la definición metafórica del autor de los delitos. Es la imagen de un delincuente omnipotente y omnipresente la que condensa un temor generalizado, y por lo mismo, exagerado. El criminal deviene, al menos en parte, en el chivo expiatorio que nombra (y esconde) una realidad difícil de asir. El análisis de la seguridad ciudadana remite pues a factores subyacentes. En el miedo al otro resuenan otras inseguridades; aquellas provocadas por el debilitamiento del vínculo social, del sentimiento de comunidad y finalmente, de la noción misma de orden”³

Esta estigmatización del delincuente realizada originariamente a través de un proceso de criminalización secundaria, a manos de la agencia ejecutiva y que tiene como principal objetivo a las clases bajas de nuestra sociedad, ha alcanzado al conjunto de la población, la cual centraliza en el delincuente la representación de todos sus sueños frustrados, y este desencanto es exacerbado por las agencias políticas, ya que es mucho más simple desviar ese resentimiento, que asumir la responsabilidad por años de saqueo y entrega que han sufrido los pueblos latinoamericanos a manos de gobiernos sucesivos.

Cabe mencionar, que claramente este tipo de políticas han encontrado la posibilidad de expandirse gracias a determinadas condiciones sociales, no solo en países de nuestra región, sino también en las grandes potencias del mundo industrializado, ya que la característica común, es la gran atomización que sufre la sociedad occidental donde el Estado de bienestar ha dejado lugar a una sociedad estratificada donde la brecha entre los

² BINDER, Alberto; *Policías y Ladrones. La inseguridad en cuestión*, ed. Capital Intelectual, p. 15.

³ “Las paradojas de la modernización. Informe de Desarrollo Humano en Chile” en *Naciones Unidas. PNUD*, 1998, pág. 128.

más ricos y los más pobres se acrecienta día a día. En los grandes sistemas sociales, refiriéndonos a los de tipo piramidal, una parte relativamente pequeña de la población estará en la cumbre. Crear las condiciones para una representación más amplia demanda un grado de ingenuidad política excepcional. Con un pequeño grupo en la cumbre, quienes allí se encuentran devienen de suma importancia el uno para el otro. Pero entonces, al mismo tiempo, la lógica de la situación lleva a que estos se vuelvan distantes respecto de aquellos a quienes gobiernan. La distancia social es una de las condiciones para un uso duro del aparato penal.⁴

Es en este marco situacional, cuando una vez más el derecho penal es utilizado como una herramienta de control social, abandonando la concepción liberal que adoptaron nuestros padres fundadores y la cual es la representación del derecho penal liberal, al considerar al derecho penal como la “*Ultima ratio*” del sistema jurídico.

La expresión más cruenta de la intervención del derecho penal en la vida de un ciudadano, es por excelencia el encarcelamiento, donde el ser humano pierde su esencia más destacada: la libertad. Es más que necesario recordar las siguientes expresiones, para poder dimensionar las consecuencias del castigo en el hombre: “Porque parece que en el presente sistema criminal, según la opinión de los hombres, prevalece la idea de la fuerza y de la prepotencia a la de la justicia; porque se arrojan confundidos en una misma caverna los acusados y los convictos; porque la prisión es más bien un castigo que una custodia del reo”⁵.

El encarcelamiento preventivo, es en la actualidad la herramienta seleccionada por el legislador y por las agencias políticas, para garantizar el control social, y de hecho se ha transformado en la pena del sistema, personificando mejor que nadie la doctrina de la seguridad ciudadana. Como desarrollaremos a continuación, las consecuencias de esta concepción, han sido la causa constante de inequidades, y han pergeñado una trama cuya única finalidad ha sido sacrificar la libertad del hombre en pos de las necesidades preventivo generales del sistema.

⁴ CHRISTIE, Nils; *Una Sensata Cantidad de Delito*, ed. Del Puerto, Bs. As., 2004, p. 83.

⁵ BECCARIA, Cesare; *De los Delitos y de las Penas*, ed. Alianza, Bs. As, 1994, p. 82.

II. Análisis del caso.

Respetando la estructura diseñada en el fallo que comentaremos, comenzaremos con el análisis del voto mayoritario, para luego introducirnos en la disidencia, la cual nos brinda una correcta línea interpretativa acorde con nuestro Estado Constitucional de Derecho, sobre la base de argumentos contruidos en honor a una erudición destacable.

II. A. El voto de la mayoría (Dr. Pablo Noel y la Dra. Marta Alicia Raggio).

En el caso de marras a los imputados Juan Condenanza y Jesús Orlando Estarli se les imputa la comisión de un hecho caratulado como robo doblemente agravado en grado de tentativa, previsto y sancionado por el legislador en los artículos 166 inc. 2º y el artículo 167, inc. 2º Cód. Penal, en relación con el artículo 42 del mismo cuerpo legal.

El secretario de la defensoría General departamental, Dr. Samuel Alberto Bendersky, presentó una solicitud de excarcelación a favor de ambos imputados, con acuerdo en lo estipulado en el artículo 169 inc. 6º del CPPBA, reclamando conjuntamente el pedido de inconstitucionalidad del artículo 171 inc. “e” del CPPBA, por violación del artículo 18 de la Constitución Nacional y art. 21 de la Constitución Provincial.

La postura mayoritaria sostiene que la norma sancionada por el legislador goza de razonabilidad, atento lo cual no contradice en modo alguno el plexo constitucional, rechazando la petición realizada en este sentido por el Secretario de la Defensoría Departamental.

Consideran que la negación de la excarcelación surgida de la aplicación de este precepto legal es claramente razonable, ante las características del hecho imputado, sus modalidades de comisión, el monto de la pena en expectativa, los antecedentes de los imputados, y que uno de ellos - Juan Condenanza- ha obtenido el beneficio de libertad morigerada en forma anterior, habiéndola incumplido.

Las postura reseñada en el presente acápite, encuentra sustento en el caso “Todres” emanado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el cual se sostuvo que “El derecho de la sociedad a defenderse del delito debe conjugarse con el del individuo procesado, de modo que no se sacrifique ninguno de ellos en aras de otro”.... “El respeto de la libertad individual no puede excluir el legítimo derecho de la sociedad a adoptar todas

las medidas de precaución que sean necesarias no solo para asegurar el éxito de la investigación sino también para garantizar, en casos graves, que no se siga delinquiendo y que no se frustre la ejecución de la eventual condena por incomparecencia del reo”⁶.

Para la postura mayoritaria, todos los elementos antes expuestos son más que suficientes para demostrar el peligro procesal que acarrea, para el desarrollo normal del proceso la libertad de los encausados en la causa de marras.

En lo que atañe a la petición de inconstitucionalidad del artículo 171 inc “f” del CPPBA, el voto en mayoría cita un precedente del Tribunal de Casación, Sala I, afirmando que: “Las Valoraciones de política criminal que conduzcan, como en el supuesto contemplado por el artículo 171 inc “f” del CPPBA, a aumentar la coerción previa al dictado de sentencia, no son privilegio exclusivo del gobierno federal en la medida que incumbe a éste el dictado de la legislación penal, dado que corresponde a las Provincias el ejercicio primario del poder de policía en sus respectivos territorios, como también la responsabilidad indelegable de propender al bienestar general y seguridad de la población (arts. 121-122, 5 y concordantes de la Constitución Nacional) Por consiguiente, teniendo presente que el control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio del legislador, la restricción excarcelatoria respecto de la imputación de robo con violencia en las personas, aun como aparezca doctrinalmente como inarmónica respecto del sistema cautelar penal, exhibe la suficiente razonabilidad que la exhibe como constitucional a la luz de los principios de la Ley fundamental de 1994, máxime cuando la prisión preventiva no tiene visos de perennidad, puesto que la ley prevé su terminación cuando exceda un plazo razonable”⁷.

De esta manera ambos jueces consideran que la norma impugnada no contradice a la norma fundamental en ningún aspecto, y en su defecto consideran que no es facultad del Poder judicial revisar la oportunidad y el acierto de las decisiones adoptadas por el legislador provincial.

Como se pone de relieve, sólo se han limitado a revisar la calificación legal del hecho atribuido para rechazar el “beneficio” excarcelatorio, sustentado en la naturaleza del tipo penal que integra el núcleo de la pretensión acusatoria. En este caso, al tratarse de un

⁶ CSJN, Fallos 280-302.

⁷ Tribunal de Casación, Sala I, 12/12/2002.

robo doblemente agravado (arts. 166 inc. 2º y 167 inc. 2º Cód. Penal) en grado de conato (art. 42 Cód. Penal), se encuentran los elementos necesarios que el legislador provincial decidió establecer en el art. 171 inc. “e” CPPBA, como causales suficientes para rechazar la pretensión excarcelatoria.

Como desarrollaremos en el resto del presente trabajo, dicha resolución atenta claramente contra el Principio de Inocencia, al negar la posibilidad de la libertad ambulatoria de los imputados en el proceso, contradiciendo el principio general que establece que todo individuo sometido a proceso tendrá el derecho a vivir su proceso en libertad, hasta obtener la resolución definitiva que ponga término a su causa (art. 144 CPPBA), presuponiendo, asimismo, un peligro procesal para el desarrollo del proceso que solo encuentra una justificación irracional y carente de toda lógica, en virtud a que en realidad no hace más que legalizar el sacrificio de los intereses del individuo, a manos del éxito pirrico de una estadística.

II. B. Disidencia del Dr. Juliano.

Al momento de reseñar el voto del Dr. Juliano, cabe mencionar las opiniones claramente divergentes que el mismo ha sostenido en referencia a los puntos nodales del fallo comentado.

En cuanto la presunción de que existe un peligro procesal evidente en el otorgamiento del derecho excarcelatorio a los imputados solicitado por su defensa, el Dr. Juliano sostuvo que “No veo tampoco que se pueda justificar que la sociedad se defienda del delito con el uso indiscriminado de la prisión preventiva, prevaricando los fines para los cuales el instituto fue creado por la ley. En este sentido es harto elocuente Edgardo A. Donna en su voto dado en la causa `Barbara, Rodrigo Ruy s/Exención de Prisión´ /CNCC, Sala 1, 10/11/03) cuando dice: `Debe quedar claro que una de las características principales de la coerción es que, en sí, no es un fin en si mismo, sino que es solo un medio para asegurar otros fines, que en este caso son los del proceso. Por eso no tienen estas medidas de carácter de sanción, ya que no son penas, sino medidas instrumentales, que se conciben como formas de restricción imprescindibles para neutralizar los peligros que pueden tener la libertad de la persona que lleven a que se impida el descubrimiento de la verdad, por una parte y la actuación de la ley sustantiva, por la otra. Todas las

constituciones de los países occidentales, junto con los tratados de Derechos Humanos, tienen la visión de que la coerción personal del imputado es la excepción y que su restricción o limitación solo es posible para asegurar cautelarmente que el proceso pueda desenvolverse para sus fines: falseamiento de las pruebas y posibilidad de cumplimiento de la pena. Esto en palabras de Cafferata Nores, cuando ella sea imprescindible. Es lo que se ha llamado principio de necesidad o de intervención mínima, de la alternativa menos gravosa o simplemente de subsidiariedad, que como bien dice Gonzalez-Cuellar Serrano se trata de un principio del principio constitucional de prohibición de exceso que tiende a la optimización del grado de eficiencia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieron imponer en su ejercicio los poderes públicos”.

De esta manera la disidencia considera que la negación del derecho excarcelatorio solo responde a finalidades preventivo generales y en ningún momento pueden identificarse en forma objetiva a los supuestos “peligros procesales”, ya que las finalidades del Derecho Procesal penal no están en juego, como consecuencia de los actos de los imputados. Tanto la actuación de la ley penal sustantiva como la reconstrucción de la verdad objetiva no serán obstaculizadas por el otorgamiento de la libertad durante el proceso a los imputados.

El argumento expuesto por la mayoría para denostar la pretensión de la defensa, es más que ilosurio ya que Jesús Orlando Estarli, no ha incumplido en ningún momento su régimen de libertad morigerada, desde que el mismo fue concedido, hace ya cuatro meses, y en el caso de Alberto Juan Condenanza, la sola presencia en la Comisaría bajo un estado de intoxicación etílica no establece de por si el incumplimiento de las obligaciones de la libertad morigerada.

La prohibición de ingesta de bebidas alcohólicas debió ser taxativamente especificado en el acta compromisoria firmada por el imputado, algo que no fue realizado por la autoridad competente, por lo que mal puede exigírsele el cumplimiento de una conducta no determinada de antemano, y menos aún evaluarla como un supuesto de violación de las obligaciones asumidas al momento de otorgarle su libertad.

Retornando a las finalidades del derecho procesal penal, no debemos olvidar que una de sus fines es el restablecimiento de la paz jurídica, algo soslayado en el fallo traído a examen, toda vez que sacrificar la libertad de los imputados en honor a la persecución de fines metajuridicos, no hacen mas que profundizar el conflicto, consolidando la imagen

lamentable de que la administración de justicia se beneficia de actos que en forma flagrante rompen con orden jurídico establecido.

En lo atinente a la inconstitucionalidad del artículo 171 inc. “e” CPPBA articulada por la defensa de los imputados, considera que la denegatoria que establece la norma a la excarcelación, en todos los hechos en que se utilice un arma de fuego, sin que sea necesario acreditar su aptitud para el disparo o el de su munición, como así también cuando se tratare de delitos cometidos con cualquier tipo de arma, propia o impropia, cuya pena prevista supere los tres años de prisión o reclusión, es claramente inconstitucional, asimilando dicha norma con la sancionada por el legislador nacional en la Ley 24.410, al modificar el artículo 316 CPPN, el cual modificó el régimen general, excluyendo del derecho excarcelatorio a los delitos comprendidos en los artículos 139, 139 bis y 146 del Código Penal.

En cuanto al análisis jurisprudencial de dicha norma se ha mencionado como sustento el caso “Erika Napoli y otros”⁸ emanado de nuestro máximo Tribunal, donde se sostuvo lo siguiente: “La garantía de igualdad consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrientes según sus diferencias constitutivas, de modo que no se trata de una 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 los que se concede a otros en las mismas circunstancias. Al Dictar la ley 24.410 el Poder Legislativo se aparto del principio de igualdad ante la ley, 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, 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. La limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o la repulsa social de ciertas conductas- por mas aberrantes que pueden 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. La prisión

⁸ LL 1999-B, 662.

preventiva es una medida cautelar, no punitiva, que no debe constituir la regla general, pues de lo contrario se estaría privando de la libertad a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, en violación del principio de inocencia”.

También ha sostenido que, dado las figuras que integran el núcleo de la pretensión acusatoria, correspondería la aplicación de una pena de ejecución condicional, ya que cabe recordar que el hecho imputado fue realizado en grado de conato.

En otro orden cabe mencionar que la disidencia considera que en su defecto, y en aplicación del cuarto párrafo del artículo 76 bis del Código Penal, también correspondería eventualmente la aplicación de la suspensión del proceso penal a prueba.

Por último, el Dr. Juliano sostiene que el artículo 171 inc. “e” CPPBA, colisiona con el art. 1 de la Constitución Nacional en la inteligencia de que contradice el Principio de Razonabilidad que debe gobernar a los actos de gobierno, como corolario de la forma republicana de gobierno establecida en nuestra Carta Magna, y que por este motivo la norma procesal deviene en inconstitucional.

A su vez a declarado de oficio la inconstitucionalidad del artículo 169 del CPPBA, en su última parte, por las mismas razones en que funda la anterior sanción de inconstitucionalidad.

En este orden de ideas, el voto analizado resuelve otorgar el derecho excarcelatorio a favor de los imputados, así como también declarar la inconstitucionalidad de los artículos 171 inc. “e” y 169 última parte del CPPBA, sustentándose en sólidos argumentos que sencillamente se apoyan en una ley que muchas veces es soslayada, o bien, mal interpretada, como nuestra Constitución Nacional.

II.C. El principio de inocencia y su afectación.

En salvaguarda del principio de inocencia, surge la necesidad de afirmar la certeza de un hecho punible para justificar una sentencia de condena. Se ha afirmado también que en el procedimiento penal, la carga de la prueba de la inocencia no pesa sobre el imputado, sino mas bien, que es al Estado a quien le incumbe la tarea de construir con certeza absoluta la culpabilidad del imputado.

En rigor de verdad, aquí se trata del funcionamiento de la regla *in dubio pro reo* en la sentencia, de modo tal que, no verificados con certeza todos los elementos que permiten

afirmar la existencia de un hecho punible o la participación en él del sometido a proceso, el resultado deberá ser la absolución. Y ello porque el imputado no tiene necesidad de construir su inocencia, ya construida de antemano por la presunción que lo ampara, si no que, antes bien, quien lo condena debe destruir completamente esa posición arribando a la certeza sobre la comisión de un hecho punible.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho al respecto que “...en razón del respeto a la libertad individual y a la libre disposición de los bienes de quien goza de una presunción de inocencia por no haberse dictado sentencia condenatoria, las atribuciones de carácter coercitivo cautelar personal o real que se otorgan al Juez de instrucción deben adoptarse con la mayor medida que el caso exija, respetándose fundamentalmente el carácter provisional de la medida y observando que su imposición sea indispensable y necesaria para satisfacer -con sacrificio provisorio del interés individual- el interés público”⁹.

A partir del año 1994 sabido es que se han incorporado a nuestra Carta Magna un conjunto de instrumentos legales de índole internacional en materia de derechos humanos, dotados con la misma jerarquía constitucional que las normas de aquella. Entre ellos podemos citar a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, donde su art. 1 dispone que “*todos los seres humanos nacen libres*”, el art. 3 que “*todo individuo tiene derecho a la libertad*”, art. 11 consagra la “*presunción de inocencia mientras no se pruebe la culpabilidad*” y el art. 13 el “*derecho de toda persona de circular libremente, salir de cualquier país, incluso del propio, y regresar a él*” (libertad ambulatoria). También la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula en su art. 7 que “*toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales*” (punto 1), y que “*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*” (punto 5). Congraciándose con ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice en su art. 9 que “*todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales*” (punto 1).

⁹ CSJN, Fallos 329-XXIX, “Fiscal c/Villa”, rta. 10/10/1996.

Estas fórmulas que consagran la libertad ambulatoria y el estado de inocencia de todo individuo se repiten en los distintos instrumentos internacionales. Cabe recordar, en este sentido, Las reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Procedimiento Penal, (Reglas de Mallorca), disponen: “20. 1. *La prisión preventiva no tendrá carácter de pena anticipada y podrá ser acordada únicamente como ultima ratio. Solo podrá ser decretada cuando se comprueba peligro concreto de fuga del imputado o de destrucción, desaparición o alteración de las pruebas.* 2. *Solo se podrá ordenar la prisión preventiva cuando la pena que previsiblemente se pueda imponer sea privativa de libertad y superior a dos años*”¹⁰.

Pero lo que debemos poner de resalto es que sirven de apoyatura del establecimiento del principio de la libertad ambulatoria a lo largo del proceso penal, como primigeniamente lo estableció nuestra Constitución Nacional en sus arts. 14 y 18.

En el marco del caso traído a examen, los imputados Juan Condenanza y Jesús Orlando Estarli, han sido claramente afectados en su principio de inocencia, ya que han sufrido las consecuencias más gravosas que reserva el poder punitivo del estado, en el marco de un proceso penal, como es la pérdida de la libertad, sin que se haya logrado demostrar en las presentes actuaciones, cuál ha sido la motivación de carácter procesal en que se ha fundado el voto mayoritario del Tribunal Oral N° 1 de la Ciudad de Necochea, para denegar el derecho excarcelatorio.

No se encuentra una motivación suficiente para la denegatoria de la excarcelación, máxime cuando no se han comprobado fehacientemente que los imputados hayan constituido en su accionar, ninguno de los elementos que establece el legislador provincial, como condición necesaria para ordenar la medida de coerción procesal contenida en el artículo 146 del CPPBA.

Dichas condiciones, cabe recordar, son las siguientes: 1) Apariencia de responsabilidad del titular del derecho a afectar; 2) verificación del peligro concreto cierto de frustración de los fines del proceso, si no se adopta la medida.

Ambos imputados han cumplido con las condiciones establecidas por la autoridad competente para el ejercicio de su libertad morigerada, como ya hemos mencionado párrafos más arriba, por lo cual no corresponder presumir, sin temor a constituir una

¹⁰ JA Año 2000-I-688.

arbitrariedad flagrante, que los mismos han constituido algún tipo de “peligro” para el normal desenvolvimiento del proceso penal de marras.

Tampoco el accionar de los imputados en el marco de este proceso, puede permitir que el Tribunal considere que exista un peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación, tal como lo establece el artículo 148 del CPPBA, ya que ambos han declarado fehacientemente su residencia fija, y han cumplido con todas las obligaciones inherentes tanto en el marco del proceso en general, como el régimen de morigeración de su detención en particular. De esta manera, en ningún momento el supuesto fáctico del caso analizado permite llegar a la conclusión de que los imputados representan un evidente peligro para el desarrollo normal del proceso, y por ende, no existen causales objetivas que permitan sustentar la denegatoria del derecho excarcelatorio.

Creemos que en estos casos más que nunca, donde queda en evidencia la verdadera finalidad del arbitrio judicial, que se transforma en un mero instrumento de decisiones de política criminal, que han decidido sacrificar claramente la libertades individuales en pos de efímeras campañas publicitarias que tienen como lema la eficiencia y la lucha contra “el delito”, no hacen mas que desnaturalizar la función de la agencia judicial desbaratando el esquema constitucional.

Debemos remitirnos a los conceptos propios de un gran autor de nuestro tiempo, como Michel Foucault, para comprender la importancia del encarcelamiento preventivo y cómo el mismo fue utilizado como herramienta de poder y a su vez, como una forma de producción de saber, a través de la técnica del “examen”: Analizando la práctica jurídica-penal, Foucault, introduce el estudio de dos elementos: la cárcel, como forma de ejecución de la pena, y del examen. El segundo elemento recorre todo el proceso penal, desde la investigación judicial de la verdad hasta las últimas secuelas del castigo. El examen es una técnica que, al controlar y someter al individuo culpable o sospechoso, produce un saber que lo individualiza según su adecuación o su desviación con respecto a una norma. Recíprocamente, al individualizar al sospechoso y colocarlo como “caso” en el orden del saber, el examen ejerce un poder que lo “sujeta”. Como ya se dijo, se trata de un poder que produce saber y de un saber que produce poder. Surge así de la práctica penal del examen, la figura de delincuente.

La categoría de delincuente significa, en cambio, someter al sujeto a una mirada que lo cosifica, fijar su ser desde el saber científico, marcar su identidad. Sería impropio decir, entonces, que la práctica del examen produce un saber sobre el individuo. Habrá que decir, más propiamente, que produce al individuo a través de ese saber. La prisión y el examen constituyen, una practica jurídico penal que, sin embargo, solo desde su lado más visible pertenece al universo del derecho. Visto desde el mecanismo interno que la hace funcionar, se comprueba que, desde adentro de ella misma, un sistema de poder-saber o de saber-poder, “tuerce”, “desordena” y “trastorna” la teoría jurídica y la practica que debía derivarse de ella.

De está manera podemos identificar, sin mayores esfuerzos, en los conceptos antes reseñados, las características de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, el cual considera a la obtención de la verdad como uno de sus grandes objetivos. Esa verdad objetiva tan anhelada no es más que el resultado de la aplicación de prácticas rituales, de la utilización de un lenguaje doctrinario, encriptado, y que permite que el imputado permanezca privado de su libertad durante el proceso, ya que el mismo debe cumplir con las finalidades supra individuales del sistema, cuyo castigo legitima.

El proceso Penal en su conjunto, se ha convertido en un saber, que permite ejercitar el poder a quien lo detenta, al aplicar la norma jurídica de tal manera de transformar al imputado en un medio para alcanzar una finalidad que le es ajena, destinando al encausado irremediamente a la institución carcelaria, ya que la pena por excelencia de nuestro sistema es la pena privativa de libertad, en la cual la finalidad ortopédica y la construcción de un nuevo individuo funcional al sistema es el objetivo. A través de la técnica del examen, y la cosificación del individuo, se busca la producción del ser normal que se adapte a las exigencias de la sociedad, y el cual sea el resultado de la aplicación del saber, que el mismo ha generado.

La prisión preventiva debe ser admitida constitucionalmente sólo como vía excepcional y de forma restrictiva. Sin embargo es común, encontrar en los códigos procesales normas que distorsionan el plexo constitucional de este mecanismo de coerción procesal, trastrocando la naturaleza que la Ley Fundamental le ha otorgado desde siempre. Algunas de estas formas de distorsión se destacan a continuación, a saber: 1) dotar a ciertos delitos como “inexcusables”, estableciendo una presunción absoluta por la cual,

en caso de delitos graves - como el homicidio, el contrabando agravado o cualquier otro según las circunstancias-, no se puede otorgar la libertad; 2) permitir que se aplique la prisión preventiva no cuando existe peligro de fuga, sino cuando exista un alarma social respecto del hecho (la prisión preventiva en este caso sería inconstitucional en virtud a que se estaría aplicando una pena anticipada fundándose en razones de prevención general); 3) Ciertas formulas que utilizan códigos procesales para justificar la prisión preventiva como “evitar la comisión de nuevos hechos punibles” o fundándose en “ la peligrosidad del autor” (además de tratarse de criterios puramente subjetivos, implican la utilización de la prisión preventiva como una medida de seguridad predelictual).¹¹

Como podemos observar, las disposiciones, que han sido sancionadas con la declaración de inconstitucionalidad se encuentran claramente identificadas dentro del párrafo anteriormente citado. Tanto el artículo 171 inc. “e”, como el ultimo párrafo del artículo 169, ambos del CPPBA, establecen una restricción arbitraria al acceso por parte de los imputados al derecho excarcelatorio, denegando la petición de la defensa de los imputados por la calificación jurídica que ha recibido el hecho que integra el núcleo de la pretensión acusatoria (recordemos que de carácter provisorio).

La decisión adoptada por el voto mayoritario del fallo comentado, constituye una clara y flagrante violación al principio de inocencia, al adelantar el castigo recibido por los imputados antes de haberse realizado la audiencia de debate, en una clara violación del artículo 18 de la CN.

III. Conclusión.

Podemos afirmar luego de todo lo expuesto, que el legislador ha integrado al Código de rito de la Provincia de Buenos Aires normas que causan un gravamen irreparable, no solo al imputado, sino todo el sistema constitucional en su conjunto.

Esta realidad que se ha evidenciando en el fallo también es la que impera en la Nación, y la que viene proyectándose desde hace unos cuantos años, curiosamente en el marco de la democracia, donde el encarcelamiento preventivo se ha erigido como principio, y la libertad procesal como excepción. El caso traído a estudio es tan solo un exponente

¹¹ BINDER, Alberto; *Introducción al Derecho Procesal Penal*, ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2000, p. 200.

más de ello, donde la tesis mayoritaria es la que sostiene el encarcelamiento preventivo, mientras que la minoritaria propugna la libertad ambulatoria.

Estamos convencidos que debe ser responsabilidad manifiesta de todos quienes revestimos la calidad de operadores jurídicos del sistema (Jueces, funcionarios judiciales, abogados), obrar con determinación en pos de salvaguardar la supremacía de la norma constitucional, evitando ser endebles antes las presiones corporativas que impulsan cambios irreflexivos en las normas, cuya única consecuencia se traduce en la distorsión y desnaturalización de nuestro sistema jurídico penal, complejo de por sí, que nunca resigna esfuerzos por alcanzar la utopía de la “perfecta persecución penal”.