

CUESTIONES TEÓRICO-PRÁCTICAS VINCULADAS A LA APLICACION DEL ARTÍCULO 20 BIS DE LA LEY N° 17.272 ("DE DESEMPAPELAMIENTO")

por

*Beatriz Scapusio Minvielle - Lina Fernández Lembo**

1. INTRODUCCIÓN

Desde la aprobación de la Ley N° 17.272 de 10 de noviembre del 2000, los estudiosos del Derecho y los operadores del sistema judicial nos enfrentamos a la tarea de lograr una recta aplicación de la misma que no sólo se adecue a la intención del legislador, sino que además sea funcional con el resto de las disposiciones de nuestro Derecho Positivo.

En efecto, la disposición aludida contiene un articulado que abarca diversas cuestiones.

Por una parte, se opera la sustitución del artículo 20 de la Ley N° 15.737 de 8 de marzo de 1985, por una nueva normativa modificativa del instituto de la Gracia que anualmente concede la Suprema Corte de Justicia, en acto de visita de Cárceles y Causas.

Por la otra, la ambigua redacción del artículo 20 bis crea un instituto cuya naturaleza jurídica, efectos y alcance genera dificultades para su interpretación y aplicación, sobre todo teniendo en cuenta los diversos institutos consagrados en el Código Penal.

Conforme surge del Mensaje del Poder Ejecutivo que acompaña el Proyecto de Ley, su espíritu ha sido "aliviar la carga de trabajo de la Justicia Penal"¹.

Tal idea inspiradora del legislador ha llevado a que se la conozca en la jerga forense como "ley de desempapelamiento", lo cual constituye pilar fundamental para desentrañar el sentido y alcance de la norma.

La complejidad de los temas vinculados a la disposición aprobada y la variedad de situaciones alcanzadas por ella, motivan algunas reflexiones que en el presente trabajo han de verse reducidas solamente a su planteo y abordaje somero, dada su naturaleza y extensión.

* Docentes del Instituto Uruguayo de Derecho Penal.

¹ Cf.: Repartido N° 172 de junio de 2000 de la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de la Cámara de Representantes.

Intentamos por tanto, aportar una guía de las principales problemáticas y de aquellas ideas y conceptos que pueden constituirse en orientadoras de las soluciones a elaborarse.

La norma aprobada pone de manifiesto la importancia que adquiere la teoría de la coerción penal y sus relaciones con la Teoría del Delito y el Derecho Procesal Penal.

2. LA CLAUSURA

2.1. Naturaleza jurídica y concepto

La norma prevé que en determinadas condiciones y supuestos, operará la clausura -en principio provisoria y eventualmente definitiva-, de aquellos “procedimientos en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley...”.

Se trata de una norma que si bien aparece vinculada contextualmente a la Gracia y la Amnistía, consagra un instituto de aplicación excepcional, nuevo y diferenciable de ellos.

Pese a que esta clausura se inserta en la “Ley de Pacificación Nacional”, que oportunamente reguló la Amnistía de los presos políticos, la disposición legal carece de los elementos formales y conceptuales que permiten asimilarla a una forma de “Amnistía”.

Por exigencia constitucional el inciso 14 del artículo 85 pauta que las leyes de Amnistía deben ser aprobadas “en casos extraordinarios por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara”, lo que no se verificó en el caso concreto.

Conceptualmente, por otra parte la Amnistía constituye un instituto del género de los denominados de “indulgentia principis” o “abolitio criminis”, según se otorgue por el Poder Ejecutivo o el Legislativo². Se justifica como una medida equitativa orientada a atemperar el rigor de la justicia, cuando circunstancias particulares, políticas, económicas y sociales convierten en aberrante e inícuo ese rigor. Se le estima un medio de pacificación social que generalmente opera luego de períodos de turbulencia que sacuden la vida nacional y constituyen ocasiones inevitables de delito.

Mientras se le asigna a la Amnistía denominada “propia” -que opera en la etapa de conocimiento-, efectos extintivos del delito, en la actual regulación establecida por el legislador no se prevé tal efecto. Asimismo en la medida en que se estipula la posibilidad de que -tanto el Ministerio Público como el encausado puedan oponerse a la aplicación del beneficio-, se concluye que no se trata de una Amnistía ni siquiera encubierta.

Parece incompatible la posibilidad de oposición con la fundamentación de carácter estatal inherente al instituto de la Amnistía y a las razones de política general que le subyacen.

Descartado entonces que se trate de una forma innominada de Amnistía, debe pues concluirse que no es de aplicación lo dispuesto en artículo 347 del Código del Proceso Penal.

Esta disposición obliga al Juez de la Ejecución a dar cumplimiento inmediato a las leyes que acuerden Amnistía o Indulto.

2 Cfr.: MAGGIORE, G., en: “Derecho Penal T. I. Bologna. 5ta. Edición, 1949, pág. 641.

Por ello en el caso de la clausura, serán de aplicación los principios generales respecto de la actuación de los Tribunales. Ello implica que en cada caso deberá ejercerse la jurisdicción como un poder-deber, sin excluir las actividades valorativas e interpretativas que poseen los Magistrados para decir el derecho en el caso concreto.

Por otra parte, si bien se numera el instituto de la clausura como "20 bis" mientras el artículo 20 regula la Gracia -lo que sugeriría cierta unidad conceptual-, ello se ve desvirtuado en la regulación expresa. En efecto, la Gracia constituye indudablemente un instituto de clemencia, desvinculado en sus efectos a la conducta posterior del beneficiado, de carácter personal y que opera solamente con anterioridad a la ejecutoria de la sentencia de condena.

Cabe tener presente que el instituto que consagra el artículo 20 bis carece de nomen juris, si bien su denominación se infiere de la última línea del apartado primero del citado artículo. El legislador alude a que: "...serán clausurados provisoriamente por los Juzgados y Tribunales Penales".

Aquí se plantea un primer problema, pues el término clausura alude generalmente al efecto procesal consistente en el archivo de un proceso, como consecuencia del advenimiento de alguna circunstancia de orden sustancial o procesal que obsta al ejercicio de la coerción penal³.

En el caso que nos ocupa la ley no refiere a otros institutos ya consagrados en el elenco de circunstancias que acarrearán la clausura de los procedimientos (Vgr.: sobreseimiento, prescripción, amnistía), por lo cual debe inferirse que estamos ante una circunstancia nueva creada por la misma ley, aunque sólo aparezca aludida implícitamente. Ello reclama ahondar el análisis para determinar la naturaleza jurídica y alcance del instituto de referencia.

Es necesario acudir entonces a los instrumentos que nos proporciona la teoría de la coerción penal⁴.

Cometido el delito, la coerción penal opera siempre que se den ciertas condiciones, las que sólo parcialmente pertenecen al Derecho Penal puesto que buena parte de las mismas corresponden al Derecho Procesal Penal. Conforme a ello, las condiciones de operatividad de la coerción penal serán procesales o penales.

En tal sentido cabe tener en cuenta las consideraciones que se efectúan en torno a la voz "punibilidad". Mientras algunos autores la emplean como "dignidad o merecimiento de pena o de punición", otros la utilizan como sinónimo de "efectiva posibilidad jurídica de aplicar pena".

La operatividad de la penalidad equiparada a este último sentido de punibilidad, no es una cuestión que afecte al delito sino que se trata de un problema que se plantea y resuelve en la teoría de la coerción penal. Así es entendida como la posibilidad jurídica de hacer efectiva la penalidad que el delito merece abstractamente.

3 Así el Diccionario Enciclopédico Salvat, lo define como: "Acto solemne con el que se terminan o suspenden las deliberaciones de un Tribunal". T. 3, Barcelona 1978.

4 In extenso, respecto de la Teoría de la Coerción Penal y la Punibilidad, hemos consultado a: ZAFFARONI, E.R., en: "Tratado de Derecho Penal, Parte General, T. V, EDIAR Bs. As, 1983, Pág. 18 y ss.

Dentro de las causas que apartan la operatividad de la coerción penal suele distinguirse por una parte, aquellas de naturaleza penal de las de naturaleza procesal.

Dentro de las primeras se subclasifican según el momento en que las mismas operen: como excluyentes de la punibilidad (vgr.: excusas absolutorias) o como cancelatorias de la punibilidad (vgr.: prescripción del delito, o gracia que extingue el delito).

Asimismo dentro de las de naturaleza penal se distingue entre las personales y las no personales, según abarquen sólo al autor o se hagan extensivas a los coautores y copartícipes. (Vgr.: remisión).

Dentro de las circunstancias obstativas de la coerción penal de naturaleza procesal, se señalan aquellas que impiden o cancelan la persecución penal (Vgr.: requisitos de procedibilidad, caducidad del plazo para deducir instancia en aquellos delitos que la reclaman).

La Ley crea un instituto nuevo que ha de operar como obstáculo al ejercicio de la coerción penal, que se separa de los otros ya consagrados con anterioridad en nuestro Derecho Positivo.

Cabe ahora pronunciarse en torno a si se trata de un instituto de Derecho Penal sustantivo, de Derecho Procesal Penal o si puede considerarse que por sus efectos encuadra dentro de un instituto de doble función, de naturaleza mixta.

La ley prevé la aplicación de la clausura cualquiera sea la etapa procesal en la que se encuentren las actuaciones, desde el sumario hasta la ejecución de la condena.

A nuestro entender el hecho de que se plantee la eventualidad de clausura, tanto en la etapa del proceso de conocimiento como en la de ejecución, implica que estamos ante un instituto de naturaleza híbrida -procesal y sustancial a la vez-, cuyos efectos jurídicos variarán según opere en una u otra etapa.

En efecto, la doctrina ha manifestado que el deslinde entre lo sustancial y lo adjetivo en materia penal no es tajante, por ser el proceso penal el mecanismo imprescindible para la realización del Derecho Penal sustantivo.

Para aclarar este punto es posible recurrir a las discusiones en el campo doctrinario que se han ocupado de establecer la naturaleza procesal o sustancial de otro instituto obstativo del efectivo ejercicio de la coerción penal: la prescripción. Ello por cuanto la prescripción opera el descaecimiento de la punición por el transcurso del tiempo sumado a la consideración de la conducta del encausado durante dicho lapso, lo que en cierta forma aproxima a ambos institutos que difieren ciertamente en el plazo y en los efectos (artículos 117, 120 y 129 del Código Penal).

De esta manera, la pertenencia a uno u otro campo normativo se suele establecer según el elemento que se considere como prioritario. Las teorías procesalistas otorgan relevancia a la incidencia del decurso del tiempo y a la consideración de que en la base del instituto de la prescripción, se encuentra la tutela del interés o desinterés estatal en la persecución penal o en la determinación y aplicación de la condena.

En cambio, las teorías sustancialistas indican que el elemento prioritario está dado por razones político- criminales, tanto como por la idea de que la consecuencia jurídica se

vuelve innecesaria en relación a ese sujeto en concreto. Estas razones aluden a las funciones de la pena.

Al entenderse que la pena en nuestro sistema sólo puede obedecer a fines de resocialización de acuerdo al artículo 26 de la Constitución y Ley N°14.470, parece lógico concluir que su aplicación deviene innecesaria cuando el sujeto ha demostrado durante un lapso, que se ha rehabilitado al margen de la intervención penal.

El fundamento que podemos considerar único y común al instituto de la prescripción y al de la clausura que analizamos -en la medida en que se pone de manifiesto la no recidiva en el delito durante el transcurso del tiempo-, consiste en la innecesariedad de la persecución penal o de la ejecución de la condena, según el caso.

Teniendo en cuenta las razones de oportunidad procesal alegadas por el legislador (necesidad de aliviar la carga de las Sedes Judiciales), sumadas a la virtualidad que se le asigna a la conducta posterior del sujeto como indicio de rehabilitación, concluimos que estamos ante una norma de aquellas que la doctrina denomina de "doble función". Se entiende por tales a las que no son meros instrumentos de la ley sustantiva sino que son procesales, en cuanto regulan el proceso y sustanciales en tanto que, como consecuencia, producen efectos en el área propiamente sustancial⁵.

La clausura afecta no sólo al interés estatal en la persecución y aplicación de la pena, sino también al sujeto sometido a proceso y a sus intereses concretos.

De esta manera la aplicación de la clausura deberá valorarse y conjugarse con la situación del sujeto en los planos procesal y sustantivo.

A vía de ejemplo, de operar con anterioridad al dictado de condena deberá compatibilizarse con el derecho del encausado a defender su estado de inocencia. De sobrevenir con posterioridad a la misma deberán valorarse los efectos de esta clausura en comparación con los que emanan de la ejecución de la pena impuesta.

La doble funcionalidad del instituto de la clausura implica que, según la etapa procesal en que opere, habrán de adquirir mayor relevancia los aspectos procesales o los sustantivos.

En efecto, a nuestro entender cuando opera antes del dictado de condena ejecutoriada priman los aspectos procesales y su efecto principal, una vez cumplidos los supuestos legales, consiste en el descaecimiento de la acción deducida en el proceso.

En cambio, cuando la clausura se verifica en la etapa de ejecución de una condena firme, adquieren mayor relevancia los efectos sustanciales. Ello por cuanto opera una mutación en la forma concreta de la ejecución penal.

La asignación de doble función a la norma consagrada, no resulta ociosa ni meramente teórica, sino que habrá de proyectarse a otros aspectos, tales como su ámbito temporal y personal de aplicación, mecanismos y legitimaciones para deducir oposiciones, etc.

⁵ Cf.: BARRIOS DE ANGELIS, D., en: "Teoría del Proceso" págs. 95 y 96 y el mismo autor citando la obra de DINAMARCO, C., en: "Como comprender el Código del Proceso Penal". R.U.D.P., Tomo 3-4, F.C.U., Mdeo., 1998, pág. 231.

2.2. **Ámbito de aplicación**

De la historia de sus antecedentes y las motivaciones que originaron la sanción de la norma, así como del texto se desprende que estamos ante una disposición de carácter excepcional, pues rige para una situación exclusivamente y sin plazo determinado, ya que no podría tenerlo dados los supuestos que consagra la clausura.

La Ley se aplica los “...*procedimientos en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley...*”, por lo cual debe aclararse el supuesto de hecho de aplicación de la clausura.

Se ha entendido que abarca a los procesos penales desde el dictado del auto de procesamiento hasta la etapa de ejecución de la condena, siempre que se refiera a “... imputados o penados primarios que se hallaren en libertad...”.

En cuanto a la posibilidad de comprender a los presumarios para su eventual clausura provisoria, ello ha sido desestimado unánimemente por los operadores del sistema por cuanto el texto legal que refiere a “imputados”.

Del texto y espíritu legal se desprende que el instituto consagrado no resulta aplicable a los procesados o penados declarados prófugos ni tampoco a los inimputables. La condición de inimputable por definición no es compatible con el término “imputado” reclamado por la ley. En cuanto a los prófugos la circunstancia de hallarse no sometidos a proceso impide la realización de actuaciones válidas a su respecto (artículo 21 de la Constitución de la República y artículos 117 y 129 del Código Penal).

Más problemático resulta establecer si el requisito de hallarse “en libertad”, refiere exclusivamente a la causa en relación a la cual se analiza la aplicación de la ley, o a un estado del sujeto en general que podría estar privado de su libertad a disposición de un proceso diferente.

Estimamos que la solución al punto reclama de un deslinde. Si el sujeto se encuentra privado de su libertad a disposición de una causa que no tiene conexión ni aún eventual con la que se considera en concreto, resultará viable la clausura. En cambio si el sujeto se encuentra preso en un proceso por un delito cometido en reiteración real (artículo 54 del Código Penal), es decir que deberá unificar con la que se considera, no es admisible aplicar la clausura en esta causa que será la “madre”. Ello por cuanto, como veremos, propugnamos por un tratamiento unitario en estas hipótesis de unificación.

En cuanto a la exigencia de primariedad es necesario efectuar algunas puntualizaciones.

En primer término, la “primariedad” no está definida en ninguna disposición legal o constitucional. Proviene de la jerga forense que lo aplica por oposición a los términos utilizados en la ley de Registros de Procesados y Condenados, N° 4056 de 12 de julio de 1912, por la que se creó el Registro General de Reincidencias. Por tanto, en una primera aproximación la calidad de primario aparece como algo opuesto a la de reincidente.

Para determinar el alcance del término primariedad -de naturaleza normativa-, debe recurrirse a la totalidad del orden jurídico vigente. Entendemos que por primario debe considerarse a aquel sujeto, que aún registrando procesamientos por delitos anteriores, carece de

la calidad de reincidente en los términos previstos por el artículo 48 inciso 1º del Código Penal.

Esto permite incluir como primarios a aquellos que no son reincidentes respecto de otras causas, es decir a quienes en lenguaje forense se denominan “primarios absolutos y legales”. Tal conclusión se impone en función del “estado de inocencia”, pilar básico de nuestro sistema de acuerdo al artículo 8.2 del Pacto Interamericano de Derechos Humanos incorporado por el artículo 15 de la Ley Nº15.737 y al artículo 12 de la Constitución de la República.

3. ASPECTOS PROCESALES

Del análisis de los antecedentes legislativos surge que en ningún caso los legisladores tuvieron la intención de apartarse de los principios y reglas generales que rigen el proceso penal, al consagrar el instituto de la clausura provisoria .

Ello se infiere de la lectura de las exposiciones vertidas durante el debate en la Cámara de Representantes en sesiones del 6 y 13 de Setiembre de 2000. Allí se puso el énfasis en el mantenimiento del sistema procesal en general resaltándose la preocupación por asegurar en el texto legal la igualdad efectiva de partes, sobre todo en lo que a posibilidades para la Defensa refiere.

Esta premisa resulta esencial dado que por la ambigua redacción legal, se vuelve necesario interpretar o integrar la normativa aprobada para asegurar su efectivo cumplimiento, conforme al espíritu de la disposición (artículos 5 y 6 del Código del Proceso Penal).

3.1. Procedimiento

3.1.1. Competencia

La Suprema Corte de Justicia ha considerado implícitamente que la Corporación carece de competencia para disponer por sí la clausura, conforme al texto de la ley que establece que son competentes a tal fin los “Juzgados y Tribunales penales”.

En virtud de ello ha optado por devolver las causas a la Sedes de origen a los fines previstos por la ley⁶.

En definitiva, sólo son competentes los órganos designados por la ley a texto expreso en “los procedimientos en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley”.

3.1.2. Sujetos legitimados

La aplicación del instituto de la clausura procede en principio de Oficio a iniciativa de los Jueces y Tribunales.

6 Cfr.: Resolución de la Suprema Corte de Justicia Nº 123 de fecha 21 de febrero de 2001 (en su parte dispositiva).

Un sector de nuestra Jurisprudencia ha entendido que el Juez debe, necesaria y automáticamente, aplicar el Instituto en todos los casos de verificarse los supuestos legales. Suponemos que esta posición se fundamenta en lo preceptuado por el artículo 347 del Código del Proceso Penal⁷.

Sin embargo no ha sido ésta la postura mayoritaria adoptada por Tribunales, Juzgados y Representantes del Ministerio Público en materia penal. Además, se han admitido pacíficamente oposiciones deducidas por la Defensa por sí o conjuntamente con el encausado. Ello se ha verificado especialmente en casos en que la aplicación de la Ley de referencia se traduce en el sometimiento del encausado a una situación más gravosa que aquella que resultaría de la continuación normal de la secuela del proceso.

Compartimos esta última solución en la medida en que -como hemos señalado-, no se trata en la especie de una norma que consagre una forma de Amnistía. Por tanto, los poderes-deberes del Tribunal no son excepcionales como en la hipótesis del artículo 347 del C.P.P. Aquí por el contrario el Tribunal deja de cumplir el rol de ejecutor automático de un acto de naturaleza eminentemente político-estatal, lo que le conferiría poderes cuasi arbitrarios. Trátese en cambio de actividad jurisdiccional propiamente dicha, lo que el Tribunal deberá disponer será la aplicación de la clausura, en consonancia con el resto del ordenamiento jurídico positivo vigente, esto es, siempre que su aplicación no cause un perjuicio ilegítimo al encausado.

Ello se impone a partir de una interpretación sistemática del artículo 20 bis de la Ley en consonancia con lo dispuesto por los artículos 15 y 16 del Código Penal y 7 del Código del Proceso Penal. En efecto, si la regla es que las leyes comprenden a los supuestos temporales acaecidos durante su vigencia, resultando ello del principio de irretroactividad de la ley posterior perjudicial, cabe concluir que esta limitante adquiere virtualidad también en el caso concreto.

Conforme hemos señalado anteriormente, la clausura despliega sus funciones no sólo en el orden procesal sino también como norma sustantiva. No sólo modifica el trámite del proceso sino también el estado de inocencia de que goza el encausado, la eventualidad o no de la pena, es decir aquello vinculado a las consecuencias jurídicas emanadas de su sometimiento al proceso.

Por tanto, sólo puede admitirse su aplicación cuando la consecuencia jurídica derivada sea la más favorable para el encausado a la luz de su situación concreta.

Una segunda cuestión consiste en determinar si existen otros sujetos principales legitimados para promover la aplicación del instituto, además de los Tribunales.

Estimamos que debería admitirse que tienen legitimación para solicitar la aplicación de la clausura, tanto el Ministerio Público y el encausado por sí o representado por su Defensa.

⁷ Tal el criterio sustentado por la Resolución de la Suprema Corte de Justicia mencionada en llamada anterior que indicó: "...reunidos los requisitos por la ley, el Juez no está facultado para optar, **así sea con el fundamento del presunto beneficio del justiciable o cualesquiera otro**, sino que debe imponer la clausura que ordena la norma...".

Ante el silencio de la ley son de aplicación como vimos, los principios generales. La clausura no resulta ser solamente un deber impuesto al Tribunal, sino que consiste también en un derecho para el encausado.

En el proceso penal el Tribunal detenta la exclusividad o preeminencia para la realización de ciertas actividades en aplicación del principio inquisitivo y sólo adquiere su máxima intensidad hasta "la iniciación y desarrollo del sumario" (artículos 125 y siguientes del C.P.P.). Con posterioridad, debe concretarse la aplicación de la clausura asegurando la vigencia del principio de igualdad de oportunidades en el contradictorio como mecanismo de vigencia del "debido proceso".

Resta analizar si los actos procesales vinculados a la tramitación de la clausura son actos personalísimos que el encausado debe cumplir por sí mismo o si pueden además ser cumplidos por la Defensa.

Entendemos que no se trata de actividad que el encausado deba cumplir mediante su comparecencia personal exclusivamente. Según ha sostenido la doctrina mayoritaria el Defensor penal tiene la calidad de representante del imputado a la par que lo une a él un vínculo de asistencia técnica⁸. En función de esta doble circunstancia, detenta legitimación procesal para ejercer todos los actos inherentes a "...las atribuciones que le permitan el control de las pretensiones y de las decisiones judiciales atinentes a su defendido, en interés de éste y de la ley" (artículo 79 del C.P.P.).

En idéntico sentido ha entendido que le competen todos los actos del proceso de conocimiento, en representación de su defendido y el actuar en la etapa de ejecución⁹.

Tal argumentación se ve reforzada por lo dispuesto en el artículo 148 del C.P.P., en cuanto establece las reglas para la fijación del domicilio, admitiendo en el apartado 2º que si el imputado no pudiere fijar domicilio dentro del radio del Juzgado se tendrá por tal, el constituido en autos por su defensor.

Por otra parte el único acto que la ley procesal exceptúa, reclamando expresamente la notificación personal además al encausado, es la sentencia definitiva (artículo 95 del C.P.P.).

De lo expuesto puede concluirse, que la representación legal abarca también a los actos vinculados a este Instituto. Por otra parte, razones de política criminal y de tutela de las garantías de asistencia técnica así lo aconsejan.

Debe tenerse en cuenta que el plazo para oponerse a la aplicación de la clausura es de sólo cinco días hábiles y que la valoración de las consecuencias jurídicas de la aplicación del instituto deben efectuarse al amparo de la asistencia técnica ya indicada.

3.1.3. Tramitación

Una vez decretada la clausura por el Tribunal, la ley prevé diversas hipótesis de oposición que aparecen diferenciadas por el legislador según el sujeto de quien provenga.

8 Cf.: ABAL OLIU, A., en: "Estudios del Código General del Proceso", T. III, F.C.U., págs. 60 y ss., quien cita la posición de ARLAS, J. en: "Curso de Derecho Procesal Penal", T.I, F.C.U, Mdeo, 1983, pág. 171.

9 Cf.: GREIF, J., en: "Código del Proceso Penal", F.C.U., pág. 32.

Ello reclama de una interpretación armónica de las disposiciones (artículos 20 bis 2 y 20 bis 3).

El artículo 20 bis 2 establece que la clausura dispuesta judicialmente “...*quedará sin efecto en caso de que el Ministerio Público deduzca oposición dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación...*”. Se dispone asimismo que la misma debe ser realizada “*en dictamen fundado*” por entender que media interés público prioritario en la continuación de los mismos.

La fórmula legal no explicita el alcance del concepto de “interés público prioritario”, lo que por su vaguedad colide con las exigencias del principio de legalidad. Se trata de un término valorativo-normativo, por lo que resulta dificultosa su interpretación. De la oposición que se deduzca se dará vista a la Defensa por idéntico plazo.

La disposición precitada plantea algunas dudas. En primer término, se utiliza la expresión “*oposición*” sin que surja con claridad cual es el mecanismo impugnativo elegido por el legislador.

La tramitación prevista resulta idéntica a la oposición incidental regulada para la liquidación del saldo de pena y trámite posterior de la misma (artículo 320 del C.P.P).

Si bien no se prevé la apertura a prueba durante el trámite de oposición, de admitirse que se trata de un incidente tal apertura sería admisible si lo debatido implicara cuestiones de hecho que así lo reclamen.

La disposición contenida en el art. 20 bis. 3, reclama de algunas precisiones para poder ser aplicada en consonancia con lo establecido en el numeral anterior. En efecto, el citado artículo 20 bis 3, establece: “*El procesado o el penado cuando la sentencia de condena fuera pasible de recurso tendrá, asimismo, derecho a la continuación del proceso si manifiesta oposición a la clausura dentro de los cinco días hábiles siguientes a la respectiva notificación*”.

Tal como expresáramos con anterioridad ambas disposiciones deben ser leídas, interpretadas y aplicadas a la búsqueda de soluciones no contradictorias y en consonancia con los principios generales.

Una primera cuestión refiere a porqué el legislador consagra dos disposiciones diferentes en función del sujeto que ha de ejercer la oposición consagrada en la ley. Adelantamos desde ya que en nuestra opinión no se trata de dos vías procesales diferentes de impugnación, ya sea en cuanto a sus supuestos sustanciales o en cuanto a la tramitación subsiguiente.

Tal afirmación encuentra su fundamento en la historia fidedigna de la sanción de la ley. En efecto, el mensaje originario sólo preveía la eventualidad de una oposición por parte del Ministerio Público. Sin embargo, en el decurso de la discusión en la Cámara de Representantes se consolidó la idea de asegurar a la Defensa todos los instrumentos jurídicos que le permitan actuar en paridad con el Estado y en la defensa de los intereses de su patrocinado. Así en su exposición del día 6 de Setiembre de 2000, el diputado Orrico consideraba que: “...esta disposición que manda el Poder Ejecutivo no es correcta, en la medida en que otorga al Ministerio Público una facultad que no es conveniente en un sistema en el que la Justicia tiene que basarse en uno que acusa, otro que defiende, un tercero que no es ni el que el que acusa ni el que defiende, que en definitiva sea el que falle”.

Queda claramente expuesto entonces que en todo caso se buscó la consagración de un instituto donde las facultades y poderes del Juez se conciben como controlados y supeditados a la iniciativa de ambas partes, en paridad de condiciones e instrumentos jurídicos.

Continuando con su alocución en la fecha referida el representante indicó: "...En el sistema penal uruguayo quien puede establecer la clausura, en forma obligatoria o no, es el Juez, porque el Ministerio Público tiene que estar en igualdad de condiciones con el abogado defensor. ¿Porqué el Ministerio Público puede decir que ésto no se clausura y no lo puede hacer en cambio el abogado defensor? Porque en realidad el detenido o el indagado en lugar de tener un Juez tiene dos fiscales...". Concluye su exposición estableciendo que: "...ponemos a Fiscales y Abogados Defensores en un mismo plano, que es como deben estar"¹⁰.

De la lectura de los antecedentes mencionados surge la explicación del porqué de dos disposiciones separadas para regular una misma cuestión.

Queda demostrado que ello se debió a que las atribuciones para el encausado fueron insertadas con posterioridad en el texto de la Ley. Tal diferencia temporal explica asimismo porqué en el artículo 20 bis. 3, se alude al "*procesado o penado*", mientras que en el 20 bis. 2 se alude a la "*defensa*". Ello no debe ser interpretado en el sentido de que se trata de dos mecanismos con legitimaciones procesales diferentes, sino de un único instituto regido por los principios generales de la representación penal, en cuanto a la legitimación procesal de la Defensa.

Tal como lo indicáramos precedentemente, en ningún caso se trata de actos personalísimos, sino que pueden ser efectuados por el Abogado Defensor conforme a los principios generales.

Mención aparte requiere la referencia legal a "*el procesado o el penado cuando la sentencia de condena fuera pasible de recurso*". La redacción establecida es confusa en cuanto a las compatibilidades de las calidades de procesado y penado con la existencia o no sentencia "pasible de recurso". A la vez, dicha mención resulta superabundante en ambos casos. Ello por cuanto para los procesados siempre existirá la eventualidad de dictado de sentencia condenatoria pasible de los recursos ordinarios.

En cuanto a los penados la única interpretación posible consiste en entender que la ausencia de recurso alude a la eventualidad del recurso de revisión previsto en el artículo 283 del C.P.P.

De la lectura de ambas disposiciones surge que -con independencia de los sujetos que la impulsen y de las causales que se aleguen-, el legislador ha consagrado un trámite único para la sustanciación u oposición en torno a la aplicación de la clausura provisoria.

Se trata de un incidente especial, el cual una vez promovido por las partes o planteado de Oficio por el Juez, se sustanciará con una vista por cinco días a cada una de las partes, las que podrán deducir oposición a la misma.

Resta analizar qué tipo de sentencia es aquella que hace lugar o desestima la aplicación del instituto de la clausura provisoria.

¹⁰ Cfr.: Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, N° 2.892, págs. 39 y 40.

Desde el punto de vista formal, si como vimos dicha sentencia resuelve un incidente, ya sea que se manifieste como tal o que permanezca encubierto por la iniciativa no impugnada del Tribunal, deberíamos concluir que se trata de una sentencia interlocutoria.

En cuanto a la naturaleza relativa al objeto cuyo contenido agotan, las sentencias suelen subclasificarse en interlocutorias -aquellas cuyo contenido agotan el objeto accesorio- y definitivas aquellas que agotan el objeto principal¹¹.

La distinción entre la cuestión principal y la accesoria resulta problemática para el Derecho Procesal en general, mientras lo es aún más en sede del proceso penal por las específicas características del objeto sobre el que el mismo incide.

Suele señalarse que el proceso penal abarca objetos procesales de composición cambiante, que se configuran mediante la combinación de distintos elementos que pueden variar con el tiempo. De tal modo la sentencia que fija una determinada ecuación de los mismos pronunciándose a su respecto, puede no ajustarse a una situación de hecho futura, que responderá a una ecuación diferente. Entonces se dirá que la adecuación de la sentencia a su objeto es "rebus sic stantibus". Tal característica conlleva siempre la eventualidad de su variación por reexamen y la vuelve semejante a la sentencias condicionales por revisión procesal. Ello le confiere una cierta provisionalidad, que ya poseía antes, en función de su normal asignación a un objeto de determinadas características¹².

En consecuencia, la sentencia penal condenatoria ejecutoriada comprende diversos aspectos: otorga inmutabilidad y definitividad al hecho de la condena y al máximo de la pena impuesta la que no podrá ser elevada, así como en lo relativo a la obligación de indemnizar los perjuicios impuestos al penado.

La pena por su parte, debe corresponder al grado de reproche que merece el delito cometido y a los fines de rehabilitación del sujeto (artículos 86 del Código Penal y 26 de la Constitución).

Por lo tanto, si durante su ejecución, la imposición efectiva de la misma resultare excesiva al tenor de la conducta posterior del penado, ya no se justificará el cumplimiento del tiempo que falte para completarla. De tal forma encuentran fundamentación los institutos de liberación condicional y anticipada así como otras formas anómalas de conclusión del proceso¹³.

En el caso que nos ocupa, la ley ha introducido un nuevo mecanismo que opera como una excepción a la inmutabilidad y a la necesidad de la persecución penal o de la ejecución de la condena en su caso, condicionándola a un evento de naturaleza sustantiva de producción eventual y futura (la no recidiva delictual).

Como veremos, a nuestro entender, en ningún caso se trata de un mecanismo extintivo del delito o de la condena ya pronunciada. Ello nos inclina a considerar que la sentencia que

11 Cf.: BARRIOS DE ANGELIS, D., en: "Teoría del Proceso", De Palma, Bs. As. 1979, pág. 204.

12 Cf.: BARRIOS DE ANGELIS, D., en: "El Proceso Civil", Ediciones Idca, Montevideo, 1989, págs. 161 y ss.

13 Cf.: DEVIS ECHANDIA, H., en: "Teoría General del Proceso", Editorial Universidad, Bs. As, 1997, págs. 473 y 474.

acoge o deniega la clausura provisional no ejerce efectos sobre la cuestión principal misma en su totalidad.

Por lo tanto estamos ante una sentencia interlocutoria, condicional, en la medida en que se depende de un hecho futuro o incierto para que sus efectos sean confirmados o modificados.

En nuestra opinión la sentencia dictada mantendrá sus efectos propios, hasta el momento en que venza el plazo legal establecido o se constate la comisión de nuevo delito¹⁴.

Una vez establecido que se trata de sentencia interlocutoria, el regimen de notificaciones no reclama de la notificación personal al interesado (artículos 92 a 95 del C.P.P.).

Los medios impugnativos serán también los previstos con carácter general (artículos 250 a 252 y concordantes del C.P.P.).

Por otra parte, durante la discusión parlamentaria se manifestó la necesidad de mantener el principio de "apelación" previsto como regla general por el Código del Proceso Penal¹⁵.

3.2. La clausura provisoria en caso de delitos cometidos en reiteración real

Conforme expusimos, el concepto de primariedad que consagra la Ley excluye solamente a los reincidentes. En la sistemática de nuestro Código Penal las categorías de reiterante (artículo 54) y la de reincidente (artículo 48), se distinguen por su naturaleza jurídica.

Mientras la reincidencia es una circunstancia agravante genérica del delito, el regimen de la reiteración real reconoce en su origen la consagración de un instituto en favor del reo.

Históricamente el sistema de la absorción de penas se opuso al de la sumatoria matemática. Este último tuvo su apogeo en la época de los glosadores y post-glosadores hasta la vigencia del "anciéne régime", contra el que reaccionó violentamente el código de 1791, estableciendo el principio de la absorción para la pluralidad de crímenes.

Es necesario entonces tener presente que la reiteración real es una forma especial de punir el concurso de delitos y por ende una forma de determinación de la pena. Ello se verifica en relación a un único sujeto en determinadas circunstancias.

La coerción penal estatal procura -por mandato normativo- (artículos 26 de la Constitución y 1º de la ley 14.470), la resocialización del sujeto. Esta acción preventivo-especial es siempre ejercida sobre una persona en concreto. Es por esta razón que no pueden coincidir bajo el sistema de sumatoria, en forma independiente y simultánea varias penas ya que la ley presume que respecto al sujeto concreto ha operado efectivamente la coacción emanada de la imposición de condenas anteriores.

14 Sustitución "ex nunc", mediante el denominado "iudicium rescissorum". Cf.: BARRIOS DE ANGELIS, D. en: Op. Cit. "El Proceso Civil", pág. 160.

15 Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, correspondiente al 13 de setiembre de 2000 N° 2.894, págs. 51 y 52.

Por el contenido “pedagógico” de la pena, el legislador ha establecido entonces un accionar unitario aunque se trate de multiplicidad de delitos¹⁶. De esta manera, mientras en el concurso ideal existe un único delito (artículo 57 del Código Penal) y por consiguiente una única pena que absorbe a la de las otras tipicidades menos graves, en la hipótesis de reiteración real, nuestro Código ha optado por el criterio de cúmulo jurídico. Dentro de éste se ha orientado hacia el establecimiento de pena única con valoración progresiva de la responsabilidad.

Dicho principio vinculado a los fines de la pena, demanda la unidad de la ingerencia de la pena estatal, mediante la cual todos los delitos cometidos por el sujeto, en las condiciones establecidas por el artículo 54 del Código Penal, se sancionan en forma unitaria. Ello trae como consecuencia la necesidad de un único Juez (artículo 51 del Código del Proceso Penal), quien tiene como cometido realizar dicha valoración final de la responsabilidad en forma única y progresiva.

Para el caso en que sea un único Tribunal el que entiende en varios delitos cometidos en régimen de reiteración real, no hay problema alguno de naturaleza procesal.

En cambio, cuando los distintos delitos dan origen a diferentes procesos seguidos en diferentes Sedes Judiciales, la aplicación del principio de la pena total importará una revisión de la sentencia originaria -al menos en cuanto a la penalidad-, lo cual genera múltiples problemas teórico-prácticos¹⁷.

Por otra parte, la comisión de varios delitos no siempre trae consigo una demanda de prevención especial que implique la multiplicación de penas o su sumatoria. Por el contrario, desde los albores del Derecho Penal moderno se ha estimado que el aumento de pena que emana del régimen de la sumatoria de condenas, resulta en sí mismo lesivo de la seguridad jurídica¹⁸.

En síntesis, la circunstancia procesal de que varios delitos cometidos por un único sujeto, hayan de tramitar en diversos procesos hasta su posterior unificación, en ningún caso justifica vulnerar la exigencia sustantiva de respuesta penal única.

La clausura provisoria en el caso de los penados adquiere entonces la virtualidad de modificar -por un hecho legal superviniente-, el régimen de consecuencias jurídicas emanadas del delito. Esto es, constituye una mutación en la forma y alcance de cumplimiento de las condenas originariamente impuestas. El principio de unidad de reacción penal comprende tanto la respuesta punitiva propiamente dicha, esto es la pena, como las mutaciones en el régimen de cumplimiento de la misma.

La afirmación precedente se convierte así en la premisa interpretativa e integradora para la aplicación de la clausura provisoria a los casos antes mencionados.

16 Cf.: ZAFFARONI, E., en: Op. Cit., págs. 390 y ss.

17 La extensión del presente trabajo nos impide ingresar al análisis de las dificultades que plantea la mutabilidad de las sentencias por una posterior, revisiva de una parte del contenido de las mismas. La que determina la pena única es aquella a la cual la doctrina ha asignado unánimemente carácter de “sentencia definitiva”. Restaría precisar entonces, qué naturaleza y alcance tienen las sentencias “parciales” en relación a los diversos aspectos sustanciales y procesales respecto del sujeto sobre el que recaen y tienen comienzo de ejecución.

18 Cf.: CARRARA, F. en: “Programa”, 1924, T. II, pg. 151.

Los sujetos reiterantes a diferencia de los reincidentes, deben ser considerados “primarios” en relación a estos delitos, conforme a lo establecido precedentemente.

El beneficio legal entonces, debe comprender todos los delitos abarcados por el artículo 54 del Código Penal, con independencia de la forma procesal en que haya operado la persecución penal respecto de los mismos.

Esta pudo verificarse en un único proceso comprensivo de todos los delitos reiterados o en varios procesos sucesivos en el tiempo. En tal caso procede el incidente unificadorio posterior.

Más aún, la circunstancia de que los diferentes procesos tramitados por delitos respecto de los cuales el sujeto es reiterante, se encuentren en etapas procesales diferentes -con o sin condena-, en nada modifica la premisa anterior.

Para tales casos deberá determinarse el Tribunal competente y la vía procesal admisible para aplicar la clausura provisoria. Ello por cuanto la ley no ha previsto especialmente el procedimiento a seguir.

Esquemáticamente las hipótesis que pueden verificarse son:

- a) Diversos delitos cometidos en reiteración real, contenidos en un único proceso y bajo conocimiento de un único Tribunal.

Esta situación es la que menos problemas plantea y comprende a su vez, dos situaciones sencillas.

- Una primera, cuando los delitos cometidos en reiteración real tramitan en proceso único, no habiéndose dictado aún sentencia condenatoria. En este caso debe procederse como si se tratara de un único delito, respetando el derecho del encausado a desistir del beneficio y reclamar el dictado de sentencia absolutoria.
 - La misma solución corresponde cuando, habiéndose originado diversos procesos sucesivos por delitos cometidos en reiteración real, los mismos ya cuentan con sentencias parciales y han sido agregados a la causa más antigua, estando en trámite el incidente unificadorio respectivo. Aquí es necesario decretar la clausura provisoria en el “cúmulo” ya formado.
- b) Delitos cometidos en régimen de reiteración real que tramitan en diversos procesos y Sedes Judiciales.

En estos casos se verifican situaciones en las que, de proseguirse la tramitación normal de las causas, sería necesaria la formación de un “cúmulo”, a través del procedimiento del incidente unificadorio para la determinación de la pena única. Ocurre sin embargo que los procesos aún tramitan en diversas sedes judiciales. Dentro de estas hipótesis puede efectuarse una sub-distinción según se trate de:

- delitos respecto de todos los cuales ha recaído sentencia ejecutoriada de condena “parcial” y cuya unificación se ha demorado por la lentitud del sistema de información o remisiones entre las distintas sedes;
- delitos en los que los diversos procesos se hayan además, en etapas procesales diferentes por haber recaído o no sentencia parcial de condena en cada uno de ellos.

Entendemos que pese a las diferencias apuntadas, todas las situaciones que impliquen delitos cometidos en reiteración real reclaman de una solución unitaria que asegure la aplicación del beneficio de la clausura provisoria toda vez que se verifiquen los otros presupuestos.

Sin embargo en estos casos opera la confluencia de diversas normas cuya compatibilidad debe asegurarse para su correcta aplicación. Se trata del artículo 54 del Código Penal y lo preceptuado por el artículo 20 bis, ambas normas de alcance sustantivo. Para ello será necesario además establecer el Juez competente para aplicar la clausura provisoria y el procedimiento a seguirse.

Corresponde recordar aquí que las normas procesales son instrumentales y que su función primordial consiste en lograr la eficacia de las normas sustantivas.

Ante el silencio de la ley en torno a esta cuestión, resulta aquí aplicable una vez más lo establecido por los artículos 14 y 15 del Código General del Proceso, por remisión del artículo 6 del Código del Proceso Penal, en cuanto a los mecanismos de interpretación e integración de las normas procesales.

Corresponde concluir que estamos ante lo que nuestra doctrina procesal denomina "laguna" o vacío normativo¹⁹.

Recurriremos entonces a la analogía para determinar cuál de todas las soluciones posibles resulta más adecuada al caso concreto.

La identidad de "ratio legis" para todos los supuestos de delitos cometidos en reiteración real -respuesta penal única-, resulta ser el hilo conductor a tal fin. Ello nos lleva a considerar que es de aplicación a los casos señalados, el procedimiento previsto por el artículo 51 del Código del Proceso Penal.

La peculiaridad consiste en que el Juez de la causa más antigua resultará ser competente para clausurar provisoriamente todas las causas por delitos cometidos en reiteración real, una vez relevados los restantes supuestos, previa agregación de los mismos a la causa "madre".

Entendemos que ello es admisible aún cuando los procesos originados en virtud de los diferentes delitos "reiterados" se encuentren en etapas procesales diversas, con o sin sentencia parcial ejecutoriada. En tal caso deberá determinarse previa agregación de la planilla actualizada respectiva, cuál será la Sede eventualmente competente para conocer en el cúmulo que debiera formarse a posteriori. Ella deberá reclamar a sus homólogos las causas restantes y asumir competencia en la totalidad de las mismas cualquiera sea su estado a fin de disponer la clausura provisoria.

Esta resulta ser, en nuestra opinión, la única solución posible, aseguradora de la respuesta penal única que permite además resolver otras cuestiones conexas. A través de este mecanismo se evita además la posibilidad del dictado de decisiones contradictorias para un único supuesto sustantivo.

¹⁹ In extenso, respecto de esta cuestión hemos consultado: ABAL OLIU, A., en: "Derecho Procesal", T. I, FCU, Montevideo, 1999, págs. 84 a 110.

La eventualidad de una única sentencia disponiendo la clausura provisoria, permite asimismo computar de forma unitaria e inequívoca el plazo legal necesario para establecer el cumplimiento de la condición reclamada por la ley para la posterior clausura definitiva.

De esta manera resulta tutelada la economía procesal a la par que se despliega una actividad orientada a sanear eventuales nulidades. Nótese que, de seguirse adelante con un trámite unificador que no contuviera todas las causas amparadas en reiteración real, lo actuado a la postre devendría nulo absolutamente²⁰. Ello podría ocurrir cuando por la aplicación de criterios contradictorios, las Sedes competentes en las causas individuales, operaran extinciones parciales respecto de algunas de ellas, mientras otras continuaran su tramitación. De esta manera podría asumir alguna de las causas la calidad de “madre” tramitando un cúmulo incompleto, afectado de nulidad si se operase la reviviscencia de las restantes, por la comisión de nuevo delito.

La solución de otorgar virtualidad jurídica al juicio de valoración único realizado por un Juez que aún no ha devenido competente, no es novedosa. Ha sido establecida por Acordada 7.114 para la realización del pronóstico de pena única a recaer en cúmulos posteriores en ocasión de tramitarse la libertad anticipada, cuando ello se verifica antes de la concreción del incidente unificador.

En estos casos la Suprema Corte de Justicia, cuando concede el beneficio en base a dicho pronóstico, otorga a su Resolución alcance comprensivo de todas las causas que habrán de integrarse al cúmulo respectivo.

El instituto de la libertad anticipada -en tanto consecuencia jurídica del delito-, responde al igual que la clausura, al fundamento legal de necesidad de respuesta penal única en los casos de delitos cometidos en reiteración real.

4. EFECTOS

Tratándose la clausura de un instituto de doble alcance, sustancial y procesal corresponde apuntar las consecuencias del mismo en ambos planos.

El legislador explicitó que: “Los procedimientos en trámite...serán clausurados provisoriamente...”

Durante el lapso de clausura “provisoria” que se extiende desde el dictado de la misma o su ejecutoria, hasta la constatación de la comisión de nuevo delito o el vencimiento del plazo legal en su caso, cesarán todos los efectos inherentes al auto de procesamiento o al régimen de vigilancia. Ello implica que deberán quedar sin efecto las cauciones dispuestas, cualquiera fuere su naturaleza, recuperando el sujeto la plenitud de sus posibilidades. El encausado podrá salir libremente del país, variar de domicilio, obtener documentación administrativa habilitante, etc. Esto resulta ser la consecuencia de la naturaleza jurídica de la sentencia que dispone la aplicación de la clausura y del tipo de condición a que está sometida²¹.

20 Tal la posición sustentada unánimemente por nuestros Tribunales.

21 Así lo ha entendido la Suprema Corte de Justicia en resolución Nro. 123 de 21 de febrero de 2001.

Por tanto, aunque la ley no lo establezca, los Tribunales han adoptado la sana práctica de comunicar a la Dirección de Policía Técnica los casos de clausura provisoria para que el sujeto pueda efectivamente ejercer dichas posibilidades.

Si bien tampoco está establecido en la ley, sería deseable que se reglamentara una forma similar de registración ante el Instituto Técnico Forense, a efectos de que las diferentes Sedes Judiciales puedan conocer la situación aludida. Tal publicidad facilitaría la aplicación del instituto de referencia al caso de sujetos reiterantes.

Por otra parte el art. 20 bis. 4, establece que: “la clausura referida en los artículos precedentes tendrá carácter definitivo, si el procesado o penado no fuera sometido a nuevo procedimiento penal dentro del término de tres años contados desde la fecha en que se dispuso la clausura. En caso contrario, se continuarán los procedimientos provisoriamente clausurados y el Juzgado dispondrá de Oficio lo que al estado de los mismos corresponda.”

Del texto legal se infiere que bastaría con la circunstancia de un nuevo procesamiento para considerar que se ha operado la condición resolutoria, quedando sin efecto el beneficio concedido.

Tal solución merece reparos por cuanto resulta vulneratoria del estado de inocencia ya mencionado “ut supra”. En tal sentido existe jurisprudencia constante de la Suprema Corte de Justicia para casos similares. En efecto, cuando un sujeto sometido a regimen de vigilancia como consecuencia de habersele concedido la libertad condicional o anticipada, comete nuevo delito durante dicho lapso, la Corporación no dispone la revocación prevista por el artículo 330 del C.P.P. hasta tanto no recaiga condena ejecutoriada.

Respecto del alcance sustancial de la clausura, una vez que ella se transforma en definitiva cabe considerar lo siguiente:

Si ha operado en etapa de conocimiento, aplicada por tanto a procesados “en libertad”, de no existir recidiva delictual durante tres años debe a nuestro entender concluirse que opera la caducidad de la acción deducida. Por lo tanto deberá comunicarse al Instituto Técnico Forense la calidad de “definitiva” de la clausura dispuesta.

Si opera en relación a penados, a cuyo respecto ha recaído sentencia condenatoria ejecutoriada, entendemos que la clausura ha operado la extinción del saldo de condena pendiente de cumplimiento al momento de ser dispuesta la clausura provisoria en autos. En este caso perviven los efectos del delito y del dictado de la sentencia condenatoria oportunamente impuesta a efectos del cómputo de una eventual reincidencia posterior.

Como vemos se trata de un instituto “sui generis” distinguible por sus efectos de todas las circunstancias extintivas del delito o de la pena previstas en nuestro Código Penal.

En el caso de los penados la aplicación del instituto deberá compatibilizarse y compararse con las resultancias del regimen al que se encuentra sometido el encausado en ese proceso en concreto. Ello por cuanto el art. 20 bis declara la aplicabilidad de la Ley a supuestos diversos: “...en libertad condicional o anticipada, o con suspensión condicional de la ejecución de la pena...”.

Consideramos que en función del principio “favoris rei”, es necesaria una tarea de valoración para evitar perjuicios derivados de la mutación de la sujeción procesal que la Ley produce.

En cuanto a la compatibilidad de la clausura aludida con el régimen derivado de la concesión de la suspensión condicional de la condena (artículo 126 del Código Penal y Leyes N° 5.393 y 7.371), adelantamos desde ya que el instituto resulta inaplicable. Ello por cuanto en todo caso se traduce en un efecto perjudicial para el encausado. Es así que, conforme a la redacción dada por Acordada 7.362 de 27 de noviembre de 1998, el lapso de vigilancia para este caso se estableció en dos años contados a partir de la fecha de la liberación. Por lo tanto, en la medida en que el régimen de vigilancia de la autoridad del artículo 102 del Código Penal, en la práctica no implica otras consecuencias que las de constituir domicilio, significará en la generalidad de los casos una situación más favorable que el sometimiento al lapso previsto en la Ley N° 17.272. Por otra parte al término de los dos años, la suspensión condicional de la condena opera la extinción del delito. No caben dudas entonces de que no puede aplicarse la clausura provisoria en estos casos por su efecto dañoso.

En las restantes situaciones previstas legalmente -liberados condicional o anticipadamente-, existen dos variables a tener en cuenta: por una parte, el lapso temporal durante el que se extiende la obligación de no delinquir y la intensidad de la sujeción procesal a verificarse y por la otra, el efecto final de los institutos en juego.

En lo que respecta a lo temporal, ello deberá analizarse caso a caso. Es así que cuando el lapso de vigilancia a que quedó sometido el penado luego de notificada la concesión del beneficio liberatorio es exiguo en relación a los tres años que impone la ley, se vuelve necesario tener en cuenta las otras circunstancias²². Esto es, si al sujeto le beneficia la aplicación de la Ley en cuanto le permite por ejemplo, ausentarse del país aunque lo obligue a la no recidiva delictual por un lapso más extenso. Reiteramos entonces que la regla ha de ser el no ocasionar perjuicios supervinientes a la luz de la situación y posibilidades concretas de reinserción social del penado.

Idéntico razonamiento debe efectuarse para casos no previstos por la Ley a texto expreso. Así ocurre cuando se verifican supuestos de cómputo de términos de prescripción que son más cortos que los previstos por el artículo 20 bis.

5. CONCLUSION

La solución consagrada por la Ley N° 17.272 ha quedado a mitad de camino en relación a las soluciones tradicionales en nuestro Derecho.

De lo expuesto puede apreciarse que la intención manifestada en la Exposición de Motivos que acompañó al Proyecto tanto como la sistemática legislativa utilizada, por inserción en el texto de la Ley N° 15.737, hubiera reclamado de la consagración lisa y llana de una Amnistía.

²² Existe una hipótesis de difícil solución por tratarse de una "zona oscura" respecto del régimen al que se encuentra sometido el encausado. Ello ocurre cuando habiéndose dictado sentencia ejecutoriada de condena, corresponde tramitar la libertad condicional pero ello no se ha verificado aún. En estos casos ha sido práctica constante de la Suprema Corte de Justicia el no tramitar el beneficio del art. 327 del C.P.P., devolviendo las causas a las Sedes de origen para que se las declare comprendidas en la Ley N° 17.272.

A nuestro entender ello hubiera resultado conveniente en varios aspectos. Por una parte, se habría cumplido el "desempapelamiento" buscado por el legislador de una manera más efectiva que condicionándolo y prolongando la tramitación de los asuntos por un lapso de tres años.

Asimismo la tarea del aplicador y del intérprete se hubiera visto facilitada de haberse recurrido a institutos ya consagrados en nuestro Derecho positivo.