

LA LIBERTAD PROVISIONAL EN LA LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA

por

MIGUEL LANGON CUÑARRO

1. La Ley N° 16.707, de 12.7.95 (arts. 26 y 27) modificó intensamente los artículos 138 y 139 del Código del Proceso Penal, que tratan de la libertad provisional, introduciendo significativos cambios al régimen vigente, en orden a dos aspectos esenciales:

- a) el dictado del auto excarcelatorio por parte del Juez y,
- b) la revocación de la libertad concedida, por causa de nuevo procesamiento.

2. El antecedente del régimen actual es el texto del Proyecto originario del Poder Ejecutivo, enviado al Parlamento al comienzo del actual período de gobierno (el 3.4.95), que establecía, en síntesis:

2.1. Que, cuando el indiciado registrare dos o más causas pendientes de sentencia ejecutoriada por violaciones a disposiciones contenidas en el mismo Título del C.P. o Leyes especiales (mismo bien jurídico tutelado), no podría el Juez otorgar la excarcelación provisional antes de transcurrido un tiempo igual al de la pena mínima establecida para el delito en cuestión;

2.2. Que, cuando se tratase de delitos contra la propiedad, la prisión preventiva debía durar, preceptivamente, por lo menos 6 meses, antes de cuyo lapso, los jueces no podrían excarcelar.

2.3. Que, en el caso de concurso de delitos, se aplicaría, en lo pertinente el sistema previsto en los dos numerales anteriores.

3. Se quería que el tercer delito específico, en especial, el tercer delito de hurto, le significara al prevenido, obligatoriamente, una preventiva mínima de seis meses de duración.

4. Era esto, digo yo, una aplicación de la vieja benignidad de los prácticos, pero al revés. Mientras que para el art. 58 del C.P., que plasma la figura del delito continuado, siguiendo las viejas enseñanzas del derecho intermedio, varias violaciones de la misma ley penal ejecutadas en base a una única resolución

criminal, dan lugar a un solo delito agravado (lo que impedía el ahorcamiento del ladrón por el tercer delito), ahora, el tercer hurto sería causa de una superposición de preventivas, de consecuencias realmente imprevisibles.

5. En la Exposición de Motivos del citado proyecto se argumentó en pocos párrafos de una forma absolutamente incompatible con el desarrollo del derecho penal y procesal modernos, con desconocimiento total de la materia que se trata y de la razón de ser de los institutos, que, realmente, sorprende no haya sido advertida por los técnicos asesores del proyecto, a esta altura de la cultura cívica de nuestro país.

6. En efecto allí puede leerse textualmente que (los subrayados son míos): “*se quiere evitar que cuando existan causas pendientes el encausado que ha vuelto a delinquir pueda obtener nuevamente la libertad provisional en tiempo breve. Los mínimos de reclusión constituyen una medida cautelar, que sin mengua del principio constitucional aplicable, dará cumplida satisfacción al legítimo reclamo de que estos delincuentes no se vean beneficiados en perjuicio de la sociedad con la libertad provisional*”.

7. Veamos:

a) se dice que el procesado ha vuelto a delinquir, cuando en verdad no se sabe si es un delincuente, antes bien es un presunto inocente, y el proceso penal tiene por objeto, precisamente, determinar si es culpable o inocente, y por eso termina en condena o en absolucón;

b) no se sabe si es delincuente en la causa corriente, y tampoco se ha determinado, por definición, si lo era en la causa anterior, cuya mera existencia determina la prolongación de la preventiva, ya que se debe tratar de “causas pendientes de sentencia ejecutoriada”, lo que en la jerga forense se denomina causa abierta;

c) el tiempo de preventiva no puede medirse en tiempo breve o no, sino que responde a otro orden de consideraciones, que tienen que ver con el principio de que la regla es la libertad y la prisión la excepción, con el derecho del sujeto a esperar su sentencia en libertad, y a la naturaleza cautelar del instituto de la prisión preventiva;

d) los mínimos de reclusión no son ninguna medida cautelar, sino el mínimo de la pena que la ley establece para los sujetos encontrados responsables de un delito. En todo caso es el mínimo de la medida con que se responde a la culpabilidad de un reo. La posición que criticamos supone, además, considerar a la preventiva, lisa y llanamente, una pena anticipada, por más que se proteste de que no lo es, ya que, ajena a su naturaleza cautelar, se obliga al justiciable a cumplir el mínimo de pena para estar en condiciones de ser excarcelado.

e) no se sabe a ciencia cierta quienes son los reclamantes a que se refiere el Mensaje que acompañó al proyecto de ley, ni por qué es legítimo el tal reclamo, todo lo cual no pasa de ser un inútil agrupamiento de palabras sin sentido alguno;

f) todo esto sea dicho sin perjuicio de que al referir a “estos delincuentes” se parte del prejuicio de que el procesado en realidad ya está condenado, y de que la mención al “beneficio” que recibirían con la libertad ignora que, según la más moderna y calificada doctrina y jurisprudencia nacional, la libertad provisional no es un beneficio que graciosamente se concede o no al imputado, sino un verdadero derecho del prevenido, dada su condición de inocencia, ya referida.

8. Este cúmulo, realmente increíble de ideas falsas, supone, en definitiva, que el pensamiento rector, que jamás se afirmará *expresis verbis*, es que el pedido de procesamiento es en realidad la demanda acusatoria, el auto de procesamiento en verdad la sentencia de condena y la prisión preventiva, la pena.

9. Tal vez valga la pena referir, brevemente a la naturaleza de los institutos involucrados, ya que es evidente, existe, una gran confusión en todo esto, debida, estamos convencidos, al absurdo proceso penal que nos rige, en el que nada es como debe ser, con el cual convivimos hace muchísimos años, al punto de hacer perder a no pocos la orientación debida, porque nos hemos acostumbrado al doble discurso, a las falacias, a las verdades a medias, a las estafas de etiquetas.

10. La libertad provisional es el “remedio” de que dispone el orden jurídico para poner límites a un mal inevitable: la prisión preventiva.

11. La prisión preventiva es un instituto de clara raigambre procesal, que tiene naturaleza eminentemente cautelar. Esto es: el principio es la libertad, el aprisionamiento la excepción (Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, ley desde 1976; Convención Americana sobre los DD.HH., o Pacto de San José, ley nacional desde 1985). En las llamadas Reglas de Mallorca, dadas por expertos de todo el mundo, y que plasman el consenso del mundo académico internacional, se dijo expresamente que la prisión preventiva debe ser la *ultima ratio*, aplicable sólo y en tanto no exista otro proveimiento jurídico para obtener sus fines.

12. Doctrinariamente sólo es admisible la prisión preventiva cuando exista peligro de fuga por parte del imputado; cuando se estime que su libertad puede perjudicar el desarrollo del proceso, por amedrentamiento de testigos, destrucción de pruebas, alteración de indicios, etc. o, en casos excepcionalismos atento a la gravedad del delito cometido.

13. Esto es lo que vendría a consagrar el art. 27 de la Constitución en su interpretación más tradicional: el procesamiento conlleva la preventiva, cuando la pena mínima del delito sea de penitenciaría.

14. De todos modos, en todos los casos, pero especialmente cuando el procesado ha sido privado de su libertad, el juicio debe desarrollarse en un "plazo razonable", que nadie estima que pueda superar los 120 días. Y según los compromisos internacionales asumidos por el Uruguay, el sujeto tiene *derecho* a ser juzgado en un plazo razonable, o a ser puesto en libertad.

15. El régimen constitucional, internacional y legal vigentes indican que:

- a) el procesamiento de regla debe ser sin prisión preventiva;
- b) ésta es excepcional y sólo opera necesariamente cuando el mínimo legal fuera de penitenciaría para el delito en cuestión;
- c) todo sujeto procesado tiene derecho a ser juzgado en plazo razonable;
- d) todo sujeto en prisión preventiva tiene derecho a ser puesto en libertad provisional cuando aquella medida no cumpla con su razón de ser como medida cautelar;
- e) aún los reclusos a cuyo respecto fuere presumible que recaerá pena de penitenciaría tienen derecho a ser puestos en libertad cuando el proceso demore desmesuradamente;
- f) cualquier otro pretexto que se utilice para mantener la preventiva, supone utilizar a ésta como pena o como adelanto de la pena.
- g) las disfunciones del sistema penal de un país no pueden recaer sobre la cabeza de los justiciables.

16. La ley de Seguridad Ciudadana, fue la respuesta del sistema político, acordada por los cuatro partidos con representación parlamentaria, a los problemas vinculados con la delincuencia, que se visualizaron como de especial interés público y necesitados de rápida solución a través de una reforma de la ley sustancial y adjetiva referida a estos temas. Con ello, específicamente, se dijo responder a un reclamo de la población expresado desde los diferentes medios de prensa, sobre el real o supuesto aumento de la criminalidad en el país. Específicamente se dijo en el Mensaje del Poder Ejecutivo "que si bien no se registra un aumento cuantitativo global de la delictividad, sí, en cambio, se percibe un incremento significativo de los delitos con violencia".

17. En el Hotel Victoria Plaza, aun antes de comenzar sus funciones, el gobierno electo y los partidos de oposición llegaron, entre otros compromisos, al acuerdo histórico de reformar entonces la legislación penal y procesal penal, parte de lo cual se vino a concretar, finalmente, en la ley que comentamos.

18. El mandato específico de los acordantes fue indicar a los encargados de la confección del proyecto, la conveniencia de revisar los arts. 48 y 55 del C.P. pues el interés estaba originariamente en el régimen de la reincidencia y de la reiteración, lo que suponía un estudio cabal de la habitualidad en el Código Penal. Curiosamente, aunque este fue el mandato que recibieron los proyectistas, estos sistemas permanecieron invariables en los proyectos y en la ley que finalmente se aprobó, lo que hace que sus efectos sean acumulativos a lo establecido referente a la libertad provisional. Limitar la libertad provisional visualizando especialmente los delitos de hurto, supone agravar la situación de personas que, por añadidura, son sospechosas de cometer delitos no violentos, es decir, delitos que, según el propio Mensaje no habrían aumentado, con lo cual la consecuencia normativa, no se compadece con la causa real que supuestamente motivó la reforma (vide N° 16).

19. Si bien el *nec bis in idem* se refiere específicamente a la prohibición del doble enjuiciamiento, desde hace bastante tiempo se viene cuestionando por la doctrina a los institutos referidos en tanto, tomar en cuenta los hechos del pasado, para agravar de un modo u otro la situación de un sujeto por un nuevo hecho, supone en la realidad y más allá de tecnicismos, castigar dos veces por la misma cosa. Incluso el régimen de la reincidencia, que parecía inmovible a la crítica, ha venido a ser fuertemente controvertido, por ejemplo por ZAFFARONI, en orden a este tipo de consideraciones.

20. Es que el derecho penal liberal y democrático, consagra un derecho penal de acto, y no de autor. Esto es, como decía SOLER, se castiga al individuo por lo que hace y no por lo que es. De tal modo, en el ejemplo clásico, decimos que la ley busca castigar al hombre por el delito realmente cometido, por un hecho histórico acotado en el tiempo y en el espacio, por el hurto cometido tal día, en tal lugar, de tal forma, contra tal persona, y no penar al "ladrón". Un derecho penal personalista no castiga una condición del individuo, su peligrosidad, su forma de vida, sus vicios o imperfecciones, sino apenas un acto concreto, definido por la ley como delito, cometido en principio con conciencia y voluntad.

21. Castigar o agravar de cualquier modo la condición de un individuo por un hecho del pasado, por el cual ya ha sido penado (caso de la reincidencia), o respecto del cual ya se ha tomado una decisión *favoris rei* (caso de haber sido excarcelado en una causa anterior en trámite, o de la reiteración), supone, por lo menos en alguna medida, realísticamente, desde el punto de vista criminológico o fenomenológico, castigar dos veces por el mismo hecho. Es el pasado que vuelve, es la rotulación, la estigmatización el etiquetamiento del individuo que ha sido calificado una vez como delincuente o sospechoso de serlo, que lo marca para siempre, sellando un destino de carrera criminal del que le será casi imposible salir, dando lugar a lo que se denomina fenómeno de desviación secundaria (LEMERT),

cerrando el círculo de una profecía que se cumple a sí misma (BECKER), y por lo tanto de resultados altamente negativos, a mediano y largo plazo, en relación con la seguridad pública.

22. Se dijo expresamente tanto por el Sr. Ministro del Interior, como por sus asesores, en la Comisión respectiva de la Cámara de Representantes, que lo que se buscaba era evitar el “entra y sale” de la cárcel, de individuos que no habían sabido hacer un uso adecuado de la libertad provisional otorgada por un Juez en alguna causa anterior. Se quiso acotar, “racionalizar”, “cautelar” la decisión del Juez, estableciéndosele pautas estrictas de actuación, y prohibiéndole, lisa y llanamente en algunos casos, utilizar la facultad que le concede la Constitución (art. 27) para otorgar la libertad provisional.

23. Se dijo que esto era “parte del corazón del proyecto” (LAMELA), funcionando todo en un doble sentido: a) por un lado el proyecto visualiza al Juez, de cuya benignidad se desconfió, cuyos diferentes criterios se trata de uniformizar (por el sistema de jurisprudencia libre que tenemos), y se le imponen pautas rígidas, más severas, para otorgar libertades, y b) por el otro se piensa en obrar sobre el sospechoso para prevenir que haga un “uso del instituto de la libertad provisional que convierta al delito en su modo de vida”, pues debe usar la libertad, dentro de este planteo, para recuperarse y reinsertarse en el seno de la comunidad.

24. Como es muy notorio se advierte en todo esto, una vez más, y más allá de las palabras de protesta de que las cosas no son así, la intención de tratar al procesado como reo (violando el art. 12 de la Constitución), y a la preventiva como una pena. Se pasa por alto la condición de inocente, que en el caso de sujetos no sentenciados es de principio, y la naturaleza cautelar del instituto de la prisión preventiva, produciéndose una verdadera “estafa de etiquetas”, un juego de espejos, en que la realidad y la norma se distorsionan, no adecuándose los dichos a los hechos.

25. Hay una gran confusión y abuso terminológico en torno a lo que es una “cautela” de orden procesal. El sentido natural y obvio ya lo vimos, y supone principios generales de derecho, que se ubican bajo el rubro de medidas cautelares, dentro de lo cual debe inscribirse la prisión preventiva, como sostiene sin fisuras toda la doctrina procesalista, nacional e internacional. Pero acá se ha dicho que lo que se quiere es “cautelar la decisión del Juez”, que los límites establecidos para el otorgamiento de la libertad provisional tienen “un carácter eminentemente cautelar”, que es cautelar negar la libertad provisional, pues es legítimo que “la sociedad tome resguardos y garantías” para otorgarla.

26. Nada de esto toma en cuenta lo que son ópticamente la prisión preventiva (un mal necesario que debe ser de interpretación estricta y restricta, de naturaleza

cautelar respecto de la realización del juicio), y la libertad provisional (un límite eficaz a aquel proveimiento provisional que sólo tiene por finalidad asegurar, como se dijo, la presencia del sospechoso ante el tribunal, a fin de determinar, si es o no culpable de un delito).

27. Las objeciones de inconstitucionalidad al art. 5 del Proyecto original, se basan especialmente en los artículos 12 y 27 de la Constitución. El primero que establece el principio de inocencia: nadie puede ser considerado culpable sino a través de una sentencia ejecutoriada, dictada por juez competente, al cabo de un debido proceso, y el segundo, que otorga al Juez la potestad de poner a los procesados en libertad provisional, cuando el mínimo de pena por el delito objeto de juzgamiento no sea de penitenciaría, lo que establece lo que se denomina una facultad reglada del Magistrado, que no podría, en principio, verse condicionada o limitada por el legislador, en forma distinta o más estricta de la establecida por el propio constituyente.

28. La principal respuesta a este planteo radica en el argumento de que todo derecho (incluso los establecidos en el art. 7 de la Carta y dentro de ellos el de la libertad) puede ser limitado por el legislador "por razones de estricto interés general". Esta idea predominaría luego en el Parlamento, contra la opinión de casi todos los expertos que opinaron sobre el punto, a la que se le agregaría otro fundamento según el texto definitivo que tomó la Ley (vide infra N° 32). La cuasi unanimidad por la que fueron aprobados estos artículos en el legislativo, por representantes obviamente, de todos los partidos políticos, aleja, nos parece la posibilidad de seguir considerando que estamos ante una violación de los arts. 12 y 27 de la Constitución, por cuanto el sistema representativo indicaría que, pese a las advertencias que fueron formuladas (por el Instituto Uruguayo de Derecho Penal; Asociación de Magistrados del Uruguay, los Dres. CAIROLI, PEREZ PEREZ, e incluso algunos representantes nacionales como el Dr. FERNANDEZ CHAVES), y a que se consideró el tema en forma pormenorizada, de modo que no fue una mera inadvertencia, sino una intención específica de legislar de este modo, nos encontramos ante una interpretación auténtica de la Carta, hecha por el Legislador Nacional, contra lo cual difícilmente prospere una declaración de inconstitucionalidad, con los efectos individuales que la misma produce en nuestro derecho.

29. En principio las leyes deben considerarse adecuadas al ordenamiento constitucional, y, ante dos opiniones posibles, debe primar, siempre, la de la regularidad del texto legal, criterios interpretativos que la Suprema Corte de Justicia ha considerado inalteradamente aplicables a la resolución de este tipo de casos. La profunda alteración que el régimen aprobado produce en el sistema de control de criminalidad, en el derecho penal y en el proceso penal, a todo lo cual

nos hemos referido anteriormente, es demasiado complicado de argüir, como causa de inconstitucionalidad, en defecto de un texto específico de la Constitución (fuera de los citados arts. 12 y 27) violentado por la ley.

30. La redacción definitiva de estos artículos 26 y 27 de la ley 16.707 modificativos de los arts. 138 y 139 del C.P.P., según explicó el Sr. Ministro del Interior en el Senado, fue producto de una transacción entre los que estimaban que se violaba la constitución y los partidarios de revocar el beneficio excarcelatorio dado en una causa anterior cuando se trataba de habituales, para que, como en el caso paladino de las personas imputadas de múltiples delitos de hurto, no pudieran gozar de la libertad provisional porque han demostrado con su conducta posterior que no la merecen.

31. Es decir que hubo un acuerdo, del que no se registra crónica en los antecedentes legislativos compulsados, que llevó a que se dejara de lado el art. 5 proyectado originariamente por el Poder Ejecutivo, y al que ya nos referimos extensamente, y se aprobaran en discusión particular los artículos respectivos (art. 24 y 25 en ese entonces) por 65 en 66 votos el primero y por 67 en 67, o sea por unanimidad, el segundo. Cuando pasan a la aprobación general se aprueban sin discusión en ningún caso, ya con los números actuales, (art. 26 y 27), por 50 votos en 52.

32. En el Senado, donde hubo una pequeñísima discusión, en especial para negar la inconstitucionalidad de estas normas (KORSENIAK), se aprobaron el art. 26 por 24 en 26 votos, y el 27 por 19 en 23, es decir en ambos casos por abrumadora mayoría de ambas Cámaras. El Senador antes mencionado, negando el principio de inocencia, dijo que los sujetos a que refiere el art. 139 del CPP no era inocentes sino presuntos culpables, porque los jueces “procesan con una presunción muy dura de culpabilidad”, y, en argumento compartido por el Sr. Ministro presente en Sala se dijo que el art. 139 CPP no era inconstitucional porque en verdad no se negaba al Juez la posibilidad de excarcelar (lo que sí hacía el art. 5 original), sino que se facultaba o prescribía según los casos, al Juez de la causa anterior, a revocar un beneficio ya concedido, por la existencia de un nuevo procesamiento específico, que se considera causa grave suficiente para ello.

33. En realidad se llegó a las modificaciones aprobadas en base a las opiniones vertidas por el Ministro de Tribunal Penal, Dr. GUILLOT, en la Comisión de Diputados, donde hizo el planteo que se verá a continuación, que el Diputado Dr. DIAZ MAYNARD encontró de “enorme sensatez”.

34. El citado Dr. GUILLOT, luego de pronunciarse por la inconstitucionalidad del art. 5 del Proyecto original, propuso una alternativa, que tuvo un éxito inmediato y gran aceptación en el Parlamento, con el resultado expuesto anterior-

mente (Nos. 31 y 32). Comenzó por declararse “partidario de las preventivas”, para luego afirmar que los jueces, y él también cuando fue Juez de Instrucción, eran muy benévolo al conceder la primera excarcelación, con lo que las preventivas eran muy cortas. Y que los magistrados no habían hecho un uso correcto del art. 139 del CPP, que “nunca se aplicó”, de forma y manera que al no revocarse los procesamientos concedidos cuando el sujeto era sometido nuevamente a proceso, los indiciados hacían “un mal uso de la libertad”, funcionando entonces en forma patológica el instituto de la excarcelación provisional.

35. Dijo que el citado art. legal autorizaba a los jueces a revocar los beneficios concedidos y reintegrar al sospechoso a la cárcel por violación de las cauciones o “por otros fundamentos graves”, lo que en la práctica se traducía en una tímida aplicación del instituto de la revocación cuando el indiciado no era hallado en el domicilio constituido al efecto. Y afirmó “qué más grave que volver a delinquir?”, como causal de revocación. Y dió la solución alternativa que a su juicio venía a eludir la objeción planteada de inconstitucionalidad: el juez del último procesamiento debía comunicar la existencia de un nuevo proceso al juez que había puesto en libertad provisional, en una causa anterior, al justiciable, para que éste considerara la posibilidad de revocar el beneficio, lo que, agregó, el legislador podía establecer que fuera preceptivo.

36. En el Senado el Dr. SANTORO advirtió sobre la complejidad del sistema que sería “difícilmente efectivo” dada la simultánea actuación de varios jueces, y, sobre todo llamó la atención sobre que con todo ello se lograría que los presos sin condena quedaran más tiempo aún en la cárcel, lo que aumentaría los problemas locativos de los establecimientos de detención. El Sr. Ministro también advirtió la posible superpoblación agravada que tendría el sistema, y adelantó que se pensaba solucionarlo con nuevas inversiones en prisiones, y, concretamente, con la terminación de las obras de la Cárcel de Ruta 11, con capacidad para 220 presos.

37. Analizaremos a continuación el régimen vigente artículo por artículo:

I. El art. 26 modifica y da nueva redacción al art. 138 del CPP.

a) los incisos 1 y 3 quedan inmodificados. En el inc. 1, como es sabido se recoge el texto constitucional (art. 27 de la Carta), que se reproduce, y se agrega lo que se había venido considerando una interpretación pacífica de la jurisprudencia nacional. Los jueces, en su mérito podrán poner a los encausados que estuvieren en prisión preventiva, en libertad provisional, salvo que la ley reprima el delito atribuido con un mínimo de penitenciaría (hasta aquí el texto de la Constitución), o cuando se estime “prima facie” que la pena a recaer en definitiva será de penitenciaría (esto fue una elaboración de la jurisprudencia práctica de los tribunales).

b) el inciso 3 dejó inmodificado el viejo texto del Código del Proceso penal, refiriendo a una ley derogada, el D.L. 14.734, referido a la gracia y al sobreseimiento gracioso, olvidando que este sistema había sido cambiado por una ley posterior la N° 15.737 (art. 17) que restituyó los poderes de la Suprema Corte de Justicia en la materia. La mención de un texto derogado, demuestra al menos cierta desprolijidad y apresuramiento o falta de depuración de la redacción final, lo que también se advierte en el inc. 2 donde se sustituyó por el “duende de las imprentas”, y que es un mero “lapsus calami”, el término correcto que se votó “evaluación” el que fue cambiado por el de “evolución” de la peligrosidad del justiciable.

c) el inciso 2 es nuevo. En él se dispone: “En los casos de procesamiento con prisión, si el procesado registrara una o más causas criminales pendientes de sentencia ejecutoriada, el auto que concediere la excarcelación deberá ser fundado, incluyendo una evolución sobre la peligrosidad del agente y sobre sus posibilidades de reinserción social”.

38. El concepto de “resolución fundada” deriva del derecho administrativo, y supone, en su más correcta interpretación que el jerarca que resuelve una cuestión debe expresar en ella los fundamentos que la motivan. No basta el mero ejercicio del cargo para suponer que una resolución está fundada, en el caso, porque es dictada por el juez competente. En realidad éste debe decir *expresis verbis* las razones que lo llevan, en el caso, a excarcelar, de forma y manera que puedan primero conocerse sus motivos, y por consecuencia compartirse o no los mismos, y motivar, si fuere del caso, a su vez, la recurrencia de los mismos.

39. Se le exige al Magistrado, como lo advertimos en nuestras comparencias en el Parlamento, que incluya dentro de los fundamentos una evaluación sobre la peligrosidad y las posibilidades de reinserción social del reo, extremos que difícilmente surjan de la causa, y que es preciso, de aquí en adelante, tomar en consideración, a los efectos de poder precisamente fundar el fallo excarcelatorio, cuando fuere del caso.

40. Creemos que serán de mucha ilustración los informes que pueda producir el Instituto Técnico Forense (estudios psicológicos, psiquiátricos y de “peligrosidad” que supone el concurso, de expertos psicólogos, médicos y, en último de los casos, de visitantes sociales). Pero esto no es exclusivo ni excluyente de lo que resulte de autos, de la propia actividad del Juez, y muy especialmente del celo que ponga la Defensa, para agregar informes de vida, antecedentes laborales, situación familiar, posibilidades de empleo al egreso de la cárcel, etc., en definitiva para aportar prueba de la ausencia de peligrosidad del indiciado y de sus posibilidades de reinserción social

41. Curiosamente la situación de los reincidentes podría ser mejor, a los efectos del trámite excarcelatorio, que la de los reiterantes. En efecto, la reincidencia agrava la responsabilidad y se considera en el momento de la condena (art. 48 inc. 1 C.P.), funcionando además como condición de las declaraciones de habitualidad (art. cit. Nros. 2 y 3) que pueden desencadenar la imposición de medidas eliminativas de seguridad (art. 92 C.P.). La habitualidad por reiteración de declaración facultativa por el Juez en la Sentencia de condena (art. 55 C.P.) opera idénticos efectos respecto de las medidas de seguridad referidas.

42. Pero en lo que dice relación con el incidente excarcelatorio la ley exige, ineludiblemente, que se trate de “causas pendientes de sentencia ejecutoriada” que arroje la planilla de antecedentes agregada a los autos, es decir, que no incluye a los reincidentes, por lo que no deben considerarse como antecedentes aquellas anotaciones que tengan sentencia ejecutoriada. Debe tratarse de lo que en la jerga forense se llama “causa abierta”, causas en trámite, que, como es obvio, pueden todavía concluir por sobreseimiento pedido por el Fiscal, por Gracia de la Suprema Corte o aún por absolucón decretada por el Tribunal.

43. Claro que el Juez puede considerar, si registra por ejemplo dos condenas anteriores ejecutoriadas, que de autos no resultan elementos favorables a sus posibilidades de reinserción social o a su falta de peligrosidad, pero en estos casos, como surge claramente de la ley, no tiene porque fundar la excarcelación, tomando en consideración estos dos extremos específicos. En realidad, salvo que considere que va a recaer pena de penitenciaría, la libertad provisional debería funcionar normalmente, como forma de poner fin a una situación excepcional, como es la preventiva, y favorecerse el “beneficio” en cuanto aquélla no funcione como mera medida cautelar. Puede ser, como vemos, un poco desconcertante que en presencia de un sujeto que sí ha sido declarado culpable, de un convicto propiamente dicho, el Juez no deba fundar su fallo para excarcelarlo en la causa corriente, y sí deba hacerlo cuando se trate de un presunto inocente, no sólo en la que está juzgando, sino también, por definición, en la anterior. Suponemos que la prudencia de los Magistrados, y el sentido común que debe regir toda interpretación legal, dará progresivamente un sentido racional a todo el funcionamiento de este sistema tan complejo, como bien advirtiera el senador SANTORO en el Senado.

44. El Juez debe fundar su fallo, en la forma vista, toda vez que el indiciado tenga una causa anterior en trámite. No importa de qué delito se trate, no interesa que sean contra el mismo bien jurídico o no, contra el mismo Título del C.P. o no. Basta que genéricamente registre en la planilla una o más causas anteriores en trámite para que el Magistrado deba proceder como se indica.

45. Desde el punto de vista doctrinario puede afirmarse que todo esto nos acerca peligrosamente al derecho penal de autor, por cuanto estamos privando de

la libertad ambulatoria a un sujeto, más allá de la naturaleza cautelar del instituto, como un verdadero adelanto de la pena, como medida de prevención, no por el hecho cometido, sino por hechos supuestamente cometidos en el pasado, sobre los cuales, por si fuera poco, no hay certeza alguna de autoría. En efecto, las críticas que formula la moderna doctrina (ZAFFARONI) sobre el instituto de la reincidencia, se acentúan en este caso, porque el sujeto es inocente en todas las causas. No solo de la corriente, en la cual se limitan y condicionan sus posibilidades excarcelatorias, sino en las pasadas, en que también funciona la presunción de inocencia, y que son las que exigen al Juez la fundamentación expresa de su auto excarcelatorio.

46. II. El art. 27 modifica y da nueva redacción al art. 139 del CPP.

a) Los incisos 1 y 2 quedan incambiables. Como es sabido, de acuerdo a los artículos citados, el beneficio excarcelatorio concedido puede revocarse o modificarse de oficio o a petición del Ministerio Público durante todo el curso del proceso:

- por violación de los deberes impuestos (generalmente por ausentarse del domicilio constituido en la caución juratoria), o

- por otros fundamentos graves que se expresarán.

b) El auto revocatorio o modificatorio admite recursos de reposición y apelación, debiendo impugnarse dentro de los tres días (art. 158, 251 y 252 del CPP).

47. El inciso 3 establece: "Se considerará fundamento grave la existencia de un procesamiento ulterior por delito cometido contra el mismo bien jurídico tutelado en el proceso en que se le concedió el beneficio". Estamos aquí ante el caso de un nuevo procesamiento, en las hipótesis en que exista una causa abierta anterior contra el mismo bien jurídico. Es un segundo procesamiento con "antecedentes" específicos. El justiciable puede tener varios procesamientos anteriores, por ejemplo una violación y un soborno, y es vuelto a procesar, en el caso por tercera vez, pero por delito de hurto. En tal caso rige el art. anterior, el 138 del CPP, y el Juez del último procesamiento debe fundar el auto excarcelatorio, según vimos. Sólo en el caso de que se le procese una cuarta vez por violación, soborno o hurto, se aplicará este inciso, en el sentido de que el Juez de la causa anterior específica podrá revocar o modificar el beneficio concedido, en mérito a la causa grave que constituye el procesamiento que se acaba de producir.

48. El caso más común, y el más lineal, para ejemplificar, sería el del sujeto que es procesado por hurto y registra en la planilla del ITF un proceso anterior por el mismo delito. El Juez anterior *podrá* revocar el beneficio de la libertad provisional, en base a dicho procesamiento ulterior por causa que afecta el mismo bien jurídico, en el ejemplo: la propiedad.

49. Estamos en presencia de una presunción absoluta, *iuris et de iure*, que no admite prueba en contrario, vale decir que no se puede cuestionar que un nuevo procesamiento en estas condiciones, es causa grave justificante de la revocación de la libertad provisional de que gozaba en la causa anterior. No hay posibilidad alguna de libre apreciación por el Juez en esta hipótesis. Es un caso de interpretación auténtica por parte del legislador, de forma y manera que es indiscutible que es causa grave habilitante de la revocación un re-procesamiento por delito que afecte el mismo bien jurídico de una causa anterior.

50. Es entonces fundamento grave, pero no suficiente, en nuestro concepto. La verdadera lectura de este inciso, en consonancia con el resto del articulado, y con la intención del legislador, es que el Juez *podrá* revocar o modificar el beneficio por *ese* fundamento grave, pero no está obligado a ello. O sea que, cuando ocurre un segundo procesamiento por el mismo delito (o que afecte el mismo bien jurídico), el Juez deberá considerar que ello constituye un fundamento grave habilitante, pero no vinculante. No está obligado a revocar la libertad provisional ya concedida, como no está obligado a hacerlo cuando el sujeto ha violado la caución juratoria. Hay un fundamento grave (y esto no se puede discutir), pero el Juez conserva la facultad de decidir si ese fundamento es suficiente en el caso concreto, para optar por la revocación del beneficio o si por el contrario corresponde, aún en tal caso, la libertad provisional de que goza. Todo esto es aplicación del inc. 1 del art. 139 del CPP.

51. Obviamente es conveniente que el fallo, en uno u otro sentido, sea fundado, máxime cuando el Magistrado en presencia de un fundamento grave de revocación opte por el mantenimiento del estatuto libertario. Se trata de una facultad reglada y el operador del sistema debe explicar las razones que lo llevan a mantener el beneficio en presencia de una causa grave de revocación. Estas pueden ser de muy variado contenido, debiendo tomarse en consideración elementos tales como la duración del proceso, el lapso durante el que se mantuvo en libertad sin delinquir, la poca gravedad del viejo o del nuevo delito imputado, el tiempo de reclusión preventiva sufrido en cualquiera de las dos causas y otros que resulten adecuados según el caso particular.

52. La ley no dice expresamente en este caso a qué Juez corresponde dictar la revocación del beneficio, y de la discusión parlamentaria resultó, en algún momento, cierta confusión pues algunos parecían creer que era el Juez del segundo procesamiento específico el que otorgaba la libertad en la causa última, revocaba el beneficio concedido en la otra causa, lo mantenía a disposición del Juez anterior, y luego remitía el caso a su colega a los efectos que viere del caso.

53. No debe funcionar así el mecanismo, en mi concepto. En efecto creo plenamente aplicable a todos los casos de revocación el principio general de derecho

de que corresponde a la autoridad que dictó una providencia el deber-derecho de mantenerla o revocarla. A mi criterio es muy claro que se debe aplicar el procedimiento establecido en el inciso siguiente (inc. 4), debiendo la Sede el último procesamiento específico poner inmediatamente en conocimiento de ello al Juez que excarceló en la causa anterior a los efectos de que éste tome decisión sobre la revocación en cuestión. Si éste revoca o modifica el beneficio, así lo hará saber a su colega, el cual, si decide en algún momento poner en libertad al presunto, deberá ponerlo de inmediato a disposición del anterior, permaneciendo el interfecto en prisión preventiva, en la primera causa, siguiéndose el trámite de ambas por separado.

54. Merece una consideración especial el tipo de especificidad que exige esta normativa. Se trata del segundo procesamiento por delito cometido "contra el mismo bien jurídico". Esto plantea el caso de los delitos pluriofensivos, y se trata de determinar si en tales casos rige esta disposición. A mi juicio solo cabe una respuesta afirmativa: en estos casos ha sido conculcado "prima facie" el mismo bien jurídico, e incluso el buen sentido indica que si la mera violación del mismo bien autoriza la revocación, con mayor razón procederá este temperamento cuando, además se ha violado otro bien jurídico. En el caso de un procesamiento anterior por hurto y uno posterior por rapiña, por ejemplo, se aplica esta disposición. La situación inversa también juega en idéntico sentido, por lo que un sujeto que registre una causa abierta por rapiña, en la que esté en libertad provisional (por ej. porque estaba en grado de tentativa, o porque se le puso en libertad atento a la enorme duración de la preventiva), podrá ver revocado dicho beneficio, si es ulteriormente procesado por un hurto.

55. En algunos casos tomará importancia decisiva la posición doctrinaria que se adopte en cuanto al bien jurídico protegido, aspecto de la teoría del delito un tanto olvidado en nuestra jurisprudencia, y que, en no poca medida tenía un valor de discusión aparentemente solo académica. Ahora retoma vigor con enormes consecuencias prácticas que el desarrollo de los hechos nos irá señalando en el futuro. Así, por ejemplo, la discusión sobre el bien jurídico protegido en el delito de libramiento de cheques sin fondos, tendrá una repercusión práctica nueva y de mucho interés para abogados, jueces, fiscales e imputados. Si, como una buena parte de la doctrina entiende, es un delito pluriofensivo, que afecta no sólo a la fe pública, sino también (o exclusivamente) a la propiedad, concurrirá con el hurto, la estafa o la apropiación indebida, en orden al régimen de la libertad provisional que estamos exponiendo. Si se entiende que en estos casos está afectado de algún modo el bien jurídico de la propiedad, es evidente, por todo lo dicho, que el Juez que excarceló podrá revocar el beneficio concedido ante un delito ulterior que afecte dicho bien.

56. En cambio, aunque están en el mismo Título del Código Penal no afectan al mismo bien jurídico, y quedan por tanto fuera de este sistema, los delitos de homicidio (que afecta la vida) y el de lesiones (que afecta la integridad física), aunque habrá casos dudosos en que se discuta precisamente, si se trata de lesiones de algún tipo consumadas o de homicidio en tentativa. Es más claro el ejemplo de la no concurrencia del aborto con la difamación o injurias, delitos previstos en el mismo Título (XII) pero que afectan bienes jurídicos absolutamente distintos. Cuando un bien jurídico actúe como circunstancia de agravación (ej. lesiones con resultado aborto art. 318 N° 5), no altera, a mi juicio, en un análisis primario de la situación, el hecho de que se trata de diferentes bienes jurídicos los que rectoran ambas figuras, y por ende, no sería de aplicación la normativa en estudio.

57. El inciso 4 es totalmente nuevo y establece: "El beneficio deberá ser revocado de oficio cuando el excarcelado provisionalmente sea nuevamente procesado por violación a las disposiciones del mismo Título del C.P. o de las leyes especiales cuya transgresión hubiera dado mérito a los anteriores procesamientos". La segunda parte se refiere a la comunicación que debe hacer el Juez del ulterior procesamiento, "al que decretó la última excarcelación", a los efectos de la revocación preceptiva del beneficio concedido.

58. El motor que desencadena este procedimiento es el tercer procesamiento específico. Ahora bien, aunque en el proyecto originario del Poder Ejecutivo se parificaban como sinónimos los términos bien jurídico y delitos incluidos en el mismo Título, lo cierto es que son dos cosas distintas. Como vimos, en el mismo Título del Código (y de las leyes especiales), pueden aparecer delitos que afecten a distintos bienes jurídicos, y, por el contrario, en diferentes Títulos y Leyes pueden afectarse idénticos bienes jurídicos, sobre lo cual ya hemos ejemplificado.

59. Una lectura desprevenida de la ley puede hacer parecer que la referencia al Título en esta disposición, en vez de al bien jurídico, esté dando mayor amplitud a este caso, lo que estaría en contradicción con la intención expresa del legislador, que quiso castigar más severamente la reiteración del mismo delito, y no la mera pluralidad de éstos, y con el sentido común, dado el grado de rigidez de esta norma que no permitirá ningún grado de matización por parte del Magistrado, que está obligado a cumplirla literalmente, bajo severo contralor, como se verá. Esta interpretación que consideramos equivocada, permitiría considerar que tras causas de lesiones, aborto e injurias, entrarían en este caso, porque están todas incluidas en el mismo Título del C.P., y que por consiguiente debería revocarse la libertad provisional por tratarse de la tercera causa "específica".

60. Consideramos que esto no es así. De la lectura del inciso en cuestión resulta claro, a mi juicio, que no se trata de violaciones del mismo Título del C.P.,

sino de “*disposiciones del mismo Título*”. Y cuales son las disposiciones que hubieren dado mérito a los anteriores procesamientos?. La respuesta es unívoca: las disposiciones a que se refiere la ley son los diferentes artículos del Código Penal allí encartados. No se trata de violación de normas encartadas en el mismo Título, no se trata de delitos diferentes (incluso con diferente bien jurídico) del mismo Título, sino de identidad de *disposiciones*, o sea de *artículos* de ley. A mi criterio es claro que se debe tratar de idéntico artículo, rectius, de idéntico delito. Tres hurtos, tres estafas, tres apropiaciones indebidas.

61. El delito de hurto (que será el caso más frecuente) funciona como un bloque: hay violación de la misma disposición del mismo Título tanto se trate de un hurto simple (art. 340), agravado (art. 341), atenuado (art. 342) o se trate de hurto de agua o luz eléctrica (art. 343). Todas ellas son modalidades del hurto.

62. La revocación del beneficio en estos casos es preceptiva. El Juez no tiene discrecionalidad alguna para disponer una cosa diferente: debe revocar de oficio (no puede ni siquiera modificar el beneficio concedido estableciendo condiciones más gravosas). No tiene alternativa alguna: debe revocar el beneficio y disponer el reintegro del procesado a la cárcel bajo su jurisdicción, aunque, como veremos, podrá luego excarcelar de nuevo, en la forma prevista por el art. 138 CPP., bajo su responsabilidad funcional.

63. Revoca, como vimos, el Juez que dispuso la anterior excarcelación. A esos efectos se le comunica de inmediato el nuevo procesamiento producido, por parte del Juez que lo dictó. Se le comunica el nuevo procesamiento con un solo fin: para que proceda, de oficio, a revocar la libertad provisional concedida, fundado exclusivamente en la existencia de un procesamiento ulterior, contra la misma disposición del mismo Título del C.P.

64. Resulta todo más claro si leemos el inc. 5 que dice: “Si la Sede que conoce de la última causa dispusiere la excarcelación del procesado, éste permanecerá igualmente detenido y a disposición del Juzgado que dictó la revocación, sin perjuicio de la continuidad de los respectivos procesos. La excarcelación que pudiere corresponder luego de la revocación de tal beneficio, deberá ser fundada en los mismos términos del inciso segundo del artículo anterior y comunicada a la Suprema Corte de Justicia”.

65. De este inciso surge muy claro, por si quedara alguna duda, que el Juez que revoca es el mismo que excarceló, a cuya disposición queda el detenido una vez excarcelado en la causa corriente en último lugar (esta conclusión debe ser unívoca a la luz del inc. 6 complementario de todo lo anterior, vide N° 66). Pero este reingreso a la cárcel, a seguir cumpliendo la preventiva que en su oportunidad se había considerado suficiente y se había dispuesto su cese, no será, eterna. En

efecto, el legislador tuvo la suficiente lucidez como para disponer que era posible, aun en este caso, de otorgar la libertad provisional. Ella sólo podrá hacerse en forma fundada, incluyendo en los fundamentos la evaluación sobre la peligrosidad y sobre el grado y posibilidades de reinserción social que exige el art. 138 del CPP, y que estudiamos supra N° 37-41).

66. La comunicación obligatoria a la Suprema Corte de Justicia dando cuenta de dichas excarcelaciones sólo puede tener por finalidad el ejercicio de la superintendencia correctiva de aquella, que de tal forma se coloca en posición de conocer, y eventualmente de tomar disposiciones al efecto, la actuación de los magistrados penales, lo que en cierto modo puede condicionar su libertad de acción. El sentido restrictivo del régimen de libertades, la desconfianza en el buen juicio de los magistrados, las cortapisas legales a su libertad de decisión y los controles administrativos excacerbados, pueden terminar, de prosperar este tipo de disposiciones, por comprometer la independencia de los Jueces, que ha sido uno de los sustentos tradicionales del Estado de Derecho y del sistema democrático.

67. Por eso insistimos en la necesidad de aportar al juicio elementos que permitan evaluar realísticamente la peligrosidad y la posibilidad de reinserción social de los procesados. El Juez no podrá excarcelar caprichosamente y difícilmente pueda hacerlo basado en consideraciones doctrinarias o en una construcción dogmática del régimen de la libertad provisional y del sistema constitucional que reposa en el principio de inocencia. A todo ello hay que agregar, preceptivamente, consideraciones sobre aquellos extremos, por lo cual nos parece conveniente proceder como indicamos.

68. El inc. 6 pone a cargo de la Suprema Corte de Justicia implementar las medidas necesarias "para que los jueces que han concedido excarcelaciones tengan conocimiento de las ulteriores causas", lo que termina de convencer de que el Juez que revoca es el mismo que dictó la excarcelación, y no el de la causa posterior motivo de aquel proveimiento restrictivo.

69. Los incisos finales 7 y 8 ponen a cargo de la cabeza del Poder Judicial disponer lo necesario para que se agregue con rapidez la planilla de antecedentes del ITF, facultándose a los jueces a requerirla del Técnico Forense por el medio de comunicación que consideren más apropiado.

70. Finalmente diremos que estas normas, por ser de naturaleza procesal, son de aplicación inmediata, atento a lo dispuesto por los arts. 8 del CPP y 16 del CP. Son evidentemente de naturaleza procesal por cuanto: a) modifican artículos de la ley adjetiva, los arts. 138 y 139 del CPP, y, b) porque la libertad provisional es un instituto de neto corte procesal, que refiere al cese de una medida cautelar.

71. Por lo tanto, todo lo dicho anteriormente es de aplicación inmediata, no dependiendo tampoco la puesta en marcha del sistema de la celeridad o dedicación con que se implementen las medidas administrativas de apoyo a esta complicada estructura. Las leyes procedimentales se aplican a los delitos cometidos con anterioridad a su vigencia, excepto que supriman algún recurso o que eliminen determinado género de pruebas. Al no haberse producido ninguna de estas excepciones limitantes, se deduce que desde el 29 de julio de 1995, fecha de vigencia de la ley, esta es de aplicación, en este punto, en todo el territorio nacional.

72. Propondremos finalmente, a título de ejemplo, sobre la base de varios delitos, y especialmente del hurto, el funcionamiento del régimen de la libertad provisional (son todos casos de procesamientos con prisión, y todas las causas están abiertas):

1. Primer procesamiento. El Juez puede excarcelar al individuo, en cualquier momento, excepto que:

- a) el mínimo del delito sea de penitenciaría;
- b) prevea prima facie que recaerá pena de penitenciaría.

2. Segundo procesamiento por cualquier delito (específico o no). El Juez puede excarcelar, pero debe fundar su fallo, incluyendo consideraciones sobre peligrosidad y reinserción social.

3. Segundo procesamiento por causa específica (contra el mismo bien jurídico). El Juez que procesó en último lugar puede excarcelar (salvo que vaya a recaer pena de penitenciaría, N° 1), pero debe fundar el fallo según se vió (N° 2). El Juez de la primer causa puede revocar el beneficio fundado en el ulterior procesamiento (causa grave de revocación).

4. Tercer procesamiento por causa específica (violación de las disposiciones del mismo Título). El Juez que procesó en último lugar puede excarcelar (salvo que vaya a recaer pena de penitenciaría, N° 1), pero debe fundar el fallo (N° 2). El Juez que dispuso la anterior libertad provisional debe revocar el beneficio, y, si decide luego excarcelar de nuevo debe fundar el fallo (N° 2) y poner en conocimiento de la Suprema Corte.

71. Tal es, a nuestro juicio, el sistema de la libertad provisional establecido por la Ley de Seguridad Ciudadana, que modificó, en un sentido claramente restrictivo la normativa del Código del Proceso Penal.