
NUEVA LEGISLACIÓN PENAL Y PROCESAL PENAL DEL URUGUAY (Análisis de la L. 17.726, de 26.12.03) *

MIGUEL LANGON CUÑARRO

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Montevideo

Capítulo I INTRODUCCIÓN

1. Queremos hacer un análisis eminentemente práctico de esta abigarrada y confusa normativa, que modifica o sustituye importantes institutos de derecho penal y procesal penal, tratando de clarificar cuál es el derecho positivo vigente y cómo se debe actuar por los operadores del sistema de justicia penal al respecto.

2. En primer lugar subrayamos que esta ley no deroga expresamente ninguna norma anterior, por lo que el asunto deriva, en buena medida, en determinar, caso a caso, si el sistema que de ella resulta provoca o no derogaciones tácitas o en qué forma modifica, si es que lo hace, institutos anteriores.

3. Para resolver este punto debe partirse, a mi juicio, del siguiente criterio de interpretación:

a) la derogación tácita como tal solo opera cuando el nuevo texto resulta totalmente incompatible con el anterior, por regular la misma materia de modo diferente, en cuyo caso corresponde aplicar la nueva norma en exclusividad

b) consecuentemente solo habrá sustitución de normas cuando no pueda encontrarse una interpretación que permita la sobre vivencia de ambas, la antigua y la actual,

c) por tanto, si existe una interpretación posible, de acuerdo con el tenor literal de la ley, que permita la compatibilidad de normas, debe preferirse siempre esta interpretación por sobre cualquiera otra que pretenda desaplicar una de ellas,

d) la derogación tácita es excepcional y de interpretación estricta y restricta.

4. La Ley en estudio es producto de un largo transitar en el marco de la cuestión de las penas y del sistema penitenciario nacional.

5. En general puede afirmarse que la pena privativa de libertad, que significó un progreso en la historia de la civilización, por infinidad de razones que

no vamos a estudiar en detalle ahora, ha entrado en crisis, notándose más bien sus disfunciones, postulándose por no pocos seguir ahora un camino de abolicionismo del encarcelamiento en forma paralela a los movimientos humanizadores que promueven la abolición de la pena capital y de la cadena perpetua.

6. Se trata de hacer del encarcelamiento un proveimiento de tipo verdaderamente excepcional, reservado sólo para aquellos casos que por su gravedad u otros motivos, no pueden ser tratados de manera diferente, evitando de tal modo el hacinamiento en las cárceles, especialmente de procesados sin condena que es una de las características más salientes y negativas del aprisionamiento latinoamericano.

7. El Uruguay asumió desde hace tiempo el compromiso internacional de legislar de conformidad, según la defensa de los derechos humanos, conforme al Modelo que ofrecen las Reglas de Tokio de 1990, que señalan un hito en el sentido que venimos señalando, al respecto en el caso de las medidas alternativas al aprisionamiento.

8. Estas medidas tienden a hacer realidad el concepto de una "cárcel residual" para "presos residuales", sustituyéndose la prisión por medidas según un eje diferenciador conforme sean éstas con o sin control de la autoridad.

9. La verdadera solución no vendrá, sin embargo, hasta que no haya un cambio cultural, en que verdaderamente se participe de la idea de que la privación de libertad debe ser un recurso siempre de naturaleza excepcional, y que el procesamiento no debe llevar consigo como regla la preventiva, debiendo ser lo normal, por el contrario, el procesamiento sin prisión, ya que rige el principio de inocencia, y es preciso estrechar los márgenes en que pueda darse la paradoja que señalaba CARNELUTTI, de que para saber si alguien debe ser privado de su libertad, primero lo privamos de su libertad, cuando todavía no sabemos si es culpables, por una mera sos-

* Conferencia dictada en la Universidad de Montevideo, el 29 de julio de 2004.

pecha que apenas habilita la indagación que constituye el sumario.

10. Debe tenerse cuidado por otra parte de que las medidas sustitutivas o alternativas al aprisionamiento (como preventiva y como pena), no se vengan a transformar en penas aditivas, que es el gran peligro que se corre al disponerlas, si los operadores no se compenetran de las razones y la filosofía libertaria que subyace a este instituto.

11. La ley 17.726/2003, en vigencia desde el 17.1.2004, es el resultado de un largo trámite parlamentario, cuyo antecedente más inmediato es un Proyecto del Poder Ejecutivo que terminó aprobándose en Diputados en 1966, sin continuidad luego en la otra cámara.

12. Tuvo fundamentalmente en cuenta las Reglas de Tokio, y los resultados de los Congresos sobre Tratamiento del Delincuente y Prevención del Delito, de las Naciones Unidas, celebrados en Milán (1985) y Cuba (1990), así como la moderna legislación española, argentina, alemana, chilena, peruana y brasilera, con la triple finalidad de a) evitar las penas cortas de prisión; b) proteger a las víctimas de los delitos, y c) a la sociedad toda, aspectos que por cierto es muy difícil conciliar, más allá de la mera declaración de intenciones.

13. Sobre un supuesto "vacío legal", según la Exposición de Motivos, se pretendió: a) evitar la prisión preventiva para casos de penas no privativas de la libertad, y para los primarios respecto de los cuales pudiera afirmarse que no serían luego castigados con pena de penitenciaría, y, b) disponer penas alternativas al reintegro a la cárcel para los condenados a penas de prisión a los que no se les concediere la suspensión condicional de la pena.

14. Las medidas previstas serían sustitutivas de la prisión preventiva (art. 3 de la ley), visualizándose por lo menos en teoría por los expositores, a la no custodia como una verdadera panacea, buscándose que el primario no peligroso no fuera a la cárcel en prisión preventiva, ni luego como condenado, por compartirse el criterio de la cárcel excepcional y residual de que hablamos antes.

15. La cárcel debería ser, en el sentir de los legisladores, el destino de los que han cometido delitos graves, quedando reducido el ámbito de aplicación de la ley, a los que cometan delitos no graves, entendiéndose en general que la normativa funciona sólo para delitos excarcelables (DÍAZ MAYNARD) o para "pequeños delitos" (FERNANDEZ CHAVES)

16. Eso motivó que se le considerara un proyecto "tímido" (ORRICO), "liviano", "suave" (CHIFFLET) y aún "innecesario" o "inútil" porque tal como está no se aplicaría a casi nadie (DÍAZ MAYNARD)

17. Por otra parte hubo también quien consideró que su amplitud "sorprendente" podría traer "efec-

tos absolutamente catastróficos para la tranquilidad pública" (PAIS)

18. El legislador consideró pero terminó desestimando, la exclusión de preventiva para ancianos mayores de 70 años, aún si fueran autores de delitos graves, en lo que incidió la insistencia de algunos en reclamar dureza extrema con los delitos denominados de cuello blanco, no atendiendo en el caso a las evidentes razones humanitarias que informan la conveniencia de legislar de ese modo, para evitar arrojarse personas de edad muy avanzada a las cárceles, lo que implica objetivamente un castigo adicional, y probablemente un trato cruel próximo a la mera venganza expiacionista.

19. Por lo demás debe decirse que en cuanto al articulado en cuestión, el debate fue poco esclarecedor, y cuando se votó, se hizo en general sin discusión, rápidamente, y demostrando un consenso obtenido con anterioridad, al punto de que muchas objeciones que nosotros formuláramos, fueron advertidas por los legisladores, como la necesidad de controlar las medidas, la falta de financiación de los costos que derivarán de ellas, la no previsión de aportes o su exoneración por el trabajo realizado al Banco de Previsión Social, etc., no obstante lo cual, por la necesidad de no modificar lo acordado, se terminó votando sin mayores modificaciones.

Capítulo II DEL PROCESAMIENTO, LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA LIBERTAD PROVISIONAL.

20. Las reglas que regulan la prisión preventiva son: el art. 27 de la Constitución; los arts. 71, 72, 73, 127, 138 y concordantes del C.P.P.; L. 15.859, de 31.3.987 y 16.058, de 27.8.989 y por supuesto la L. 17.726, de 26.12.2003, objeto de estudio en esta oportunidad.

El artículo 1 de la ley dice:

"No podrá disponerse la prisión preventiva cuando se imputen faltas o delitos sancionados con pena de multa, suspensión o inhabilitación. En tales casos de aplicará en lo pertinente el artículo 71 del Código del Proceso Penal y la Ley No. 15.859, de 31 de marzo de 1987, y su modificativa Ley No. 16.058, de 27 de agosto de 1989".

21. La L. 17.726 (art. 1) dispone preceptivamente que "no podrá" disponerse la preventiva, cuando se imputen faltas, o delitos sancionados con pena de multa, suspensión o inhabilitación, en cuyos casos determina que "se aplicará en lo pertinente" el art. 71 CPP y las Leyes 15.859 y 16.058 referidas anteriormente.

22. El legislador claramente quiso decir que en los casos en que la pena a recaer no fuera privativa

de la libertad, porque exclusivamente se retribuyen los delitos (art. 2 C.P.) con otro tipo de penas principales, no procede la prisión preventiva.

23. Ello se debe a que necesariamente es de otra naturaleza la posible pena a recaer, y es absurdo privar "preventivamente" de la libertad a alguien que jamás podrá ser castigado con privación de libertad (como en el caso paladino de las faltas)

24. La única interpretación posible de la norma es ésta que decimos. Cuando los límites mínimos y máximos de la pena no incluyan posibilidad de apriamiento, no puede haber prisión preventiva en ningún caso.

25. Por tanto si la pena establecida por la ley fuera alternativa o acumulativa, que incluyeran la posibilidad de sustituir la multa por prisión, o cuando se aplican simultáneamente penas de esta naturaleza y no privativas de la libertad, no rige la regla del procesamiento sin prisión.

26. De tal modo en los excepcionales casos en que la ley prevé penas alternativas, como en el de los delitos de porte de armas (art. 152 bis C.P.), falsificación y aprovechamiento de la falsificación de billetes de empresas de transportes (arts. 234 y 235C.P.), difamación o injurias (arts. 333, 334) o riña (art. 323); o cuando las penas resultan acumulativas (como en casi todos los delitos de funcionarios o delitos de corrupción y otros), no rige la obligación de procesar sin prisión preventiva.

27. Debe advertirse que, la modificación que la ley en estudio introduce al régimen del art. 337 del CPP, que eliminó la posibilidad de sustituir una pena de multa por una de prisión en caso de no pago, hace desaparecer la posibilidad de que, cuando la pena sea exclusivamente de multa pueda haber hipótesis de encarcelamiento provisional, toda vez que jamás recaerá, en esos casos, pena privativa de la libertad sustitutiva de la pecuniaria.

28. En este punto a mi juicio se ha derogado también el art. 84 del C.P. (y el 338 del CPP) en la parte que establece la sustitución de la pena de multa por la de prisión cuando el sentenciado "no tuviese bienes para satisfacerla", y consecuentemente la posibilidad de disponer la suspensión condicional de la pena para sujetos condenados a penas de multa por cuanto el requisito habilitante para ello, esto es "cuando por defecto de cumplimiento, deba ésta transformarse en pena de prisión".

29. Esa posibilidad ha dejado de existir, porque de ahora en adelante, por lo menos a mi entender, la pena de multa no podrá ser nunca sustituida por la de prisión, en mérito, precisamente, a la reforma introducida por esta ley al art. 337 CPP80.

30. Con esto se ha pretendido dar satisfacción a quienes sostienen que no es posible la tal sustitución, porque en definitiva el sujeto no iría a prisión por el

delito cometido (que por definición tiene fijada solo pena pecuniaria), sino por carecer de bienes para pagar la multa, lo que en buena medida viene a ser una prisión por deudas o una prisión por carecer de bienes o por ser indigente, según se quiera ver.

31. Queda, claro está, la pregunta de qué ocurre en tales casos, en que la pena establecida por sentencia ejecutoriada no se cumple (porque no se paga la multa) y no se puede sustituir por cárcel.

32. La solución es que corresponde intentar el cobro por vía de apremio, ejecutando el título ejecutivo constituido por la sentencia condenatoria firme.

33. Pero si el condenado fuere insolvente el delito queda en definitiva sin sanción, debiendo esperarse el plazo de la prescripción de la pena para cerrar la causa.

34. La L. reitera lo ya vigente en cuanto a las faltas y a la pena de suspensión, no diciendo nada de los delitos culposos (a los que sí refiere el art. 71 CPP), agregando a la lista de los casos de procesamiento sin prisión preventiva, los de pena de inhabilitación que no estaban contemplados a texto expreso por el CPP.

35. De todo ello, y conforme a las reglas de interpretación antes mencionadas concluimos, sin lugar a ninguna duda, que el régimen ha quedado configurado de la siguiente manera:

NO PROCEDE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Regla: cuando la naturaleza de la pena a recaer sea exclusivamente no privativa de la libertad.

Por tanto, es obligatorio procesar SIN prisión cuando se trate de:

- Faltas
- Delitos sancionados solo con penas de multa, suspensión o inhabilitación
- Delitos culposos

(todo ello conforme al art. 71 CPP y art. 1 L. 17.726)

36. Ahora bien, el art. 1 de la ley dice que en tales casos se aplicará en lo pertinente el art. 71 CPP y las leyes 15.859 y 16.058 por lo cual lejos de derogarse el régimen anterior, se le engarza en las nuevas disposiciones, claro que, en la medida de "lo pertinente", lo que obliga a considerar cual es el sentido de la disposición.

37. De esto resulta que el sujeto procesado sin prisión queda en régimen de libertad provisional y el juez, al disponer el procesamiento sin prisión; a) debe intimar al procesado, del mismo modo que lo venía haciendo hasta ahora, la constitución de domicilio dentro del radio del juzgado, o tener por tal, cuando corresponda, el constituido en autos por su Defensor (art. 71 CPP)

b) el procesado debe afianzar su libertad mediante constitución de la correspondiente caución, real, personal o juratoria (art. 2 L. 15.859)

38. A mi juicio es claro que en los casos en que no haya de recaer pena privativa de la libertad, porque las penas a recaer son solo de multa, suspensión o inhabilitación, no puede **nunca** disponerse la prisión preventiva, ni cuando se aplique estrictamente como medida cautelar, ni por tratarse de reincidente o individuo con causa anterior en trámite, ni en casos de grave alarma social, casos en que las dos leyes anteriores y el art. 72 del CPP permitían hacerlo hasta la entrada en vigencia de la nueva ley, y ello por las siguientes razones:

a) porque el art. 72 no está referido en el art. 1 de la ley;

b) porque los términos imperativos de la norma y la referencia que hace solo "en lo pertinente" al régimen anterior, no permiten extender a esos casos la preventiva;

c) porque ello iría contra la esencia de la regulación que impone el procesamiento sin prisión en los casos en que no recaerá pena por lo menos de prisión, y

e) porque los delitos castigados con pena no privativa de la libertad no pueden racionalmente causar "grave alarma social" en ningún caso.

39. El procesamiento debe ser, en estas hipótesis, dispuesto sin prisión, quedando el indiciado en régimen de libertad provisional bajo caución, como era lo habitual y sigue siéndolo para estas situaciones.

40. En estos casos estimo que no corresponde disponer medidas sustitutivas a la preventiva, porque no hay preventiva posible a aplicar, que deba por tanto ser sustituida, y por que la ley no establece expresamente que hayan de disponerse estas medidas en los casos del art. 1 de procesamiento sin prisión obligatoria.

41. Por consecuencia creemos que, en caso de violación de los deberes impuestos en estas hipótesis, conforme a los arts. 141 a 155 del CPP, (régimen de cauciones) el juez queda facultado para disponer la preventiva de la forma establecida en el inc. 2 del art. 2 de la L. 15.859, pudiendo en su caso tramitarse oportunamente la libertad provisional, que se decretará en la forma de estilo, sin aplicar tampoco en este caso medidas sustitutivas, sino nuevamente el régimen de cauciones tradicional.

42. Antes de estudiar y resolver el tema de la prisión preventiva en cuanto a sujetos respecto de los cuales vaya a recaer pena de prisión, creo que es necesario establecer los casos en que, contrariamente a lo dicho supra, sea obligatorio procesar con prisión.

CASOS EN QUE ES PRECEPTIVO EL PROCESAMIENTO CON PRISIÓN PREVENTIVA

Regla: se debe disponer **siempre** la prisión preventiva cuando la pena a recaer sea de penitenciaría.

- Cuando el delito tenga pena mínima de penitenciaría (art. 27 Constitución; 138 CPP)

- Cuando el Juez estima *prima facie* que va a recaer pena de penitenciaría (art. 138 CPP; art. 2 L. 17.726)

- Cuando, (fuera de los casos obligatorios de procesamiento sin prisión porque la pena a recaer no será de aprisionamiento), el hecho causare o pudiere causar, a juicio del juez, "grave alarma social" (art. 3 L. 15.859)

- Cuando, (en idénticos casos señalados en el punto anterior), se tratare de procesado reincidente o que tuviere causa anterior en trámite (art. 1 L. 15.859, según art. 1 L. 16.058)

43. Como puede verse, la L. 17.726 no ha modificado este sistema, salvo en cuanto a que, en los casos de exclusivas penas no privativas de la libertad, no puede decretarse nunca la preventiva, aunque se tratare de un reincidente o sujeto con causa abierta, (o reiterante), ni puede el Juez sostener que el hecho causa grave alarma social, porque no puede causarla una conducta que no se castiga con pena privativa de la libertad, y porque sería absurdo encarcelar a alguien (que es un mero sospechoso) en vía de preventiva, cuando es imposible privarlo de libertad cuando fuera condenado en vía de retribución, como pena.

El art. 2 de la ley dice:

"El Juez podrá no decretar la prisión preventiva de procesados primarios cuando "prima facie" entienda que no ha de recaer pena de penitenciaría. En ese caso podrá sustituir la prisión preventiva por alguna de las medidas reguladas en el siguiente artículo, siempre que el procesado así lo consienta. La sustitución de la prisión preventiva no se decretará cuando la gravedad del hecho o el daño causado por el delito así lo ameriten. En todos los casos se requerirá la opinión del Ministerio Público, que a tales efectos, además de las condiciones el imputado y su causa, tendrá en cuenta el no aumentar los riesgos de la población.

Estas medidas no podrán disponerse por un plazo mayor al establecido para las penas por los delitos imputados.

Toda medida alternativa deberá ser tomada respetando en su más amplia acepción los principios inherentes a la dignidad humana".

CASOS EN QUE EL JUEZ PUEDE PROCESAR SIN PRISIÓN

(o sea que puede no decretar la preventiva)

Regla: 1) cuando la pena a recaer fuera de prisión el Juez puede o no disponer la prisión preventiva (caso de discrecionalidad reglada)

Regla: 2) la L. 17.726 modificó el régimen anterior, del siguiente modo:

- Cuando el máximo de pena del delito fuera de prisión

- Cuando fuere presumible *prima facie* que no habrá de recaer pena de penitenciaría, sino de prisión (en delitos con mínimo de prisión y máximo de penitenciaría)

- En los casos de penas acumulativas, cuando la pena privativa de libertad a recaer no sea presumiblemente y *prima facie* de penitenciaría

- Siempre que se trate, en todos los casos referidos anteriormente, de un primario (un no reincidente)

44. Es en “estos casos” de procesados primarios en que el Juez “puede” sustituir la preventiva por alguna de las medidas sustitutivas que regula la nueva ley, de donde resulta que esto es una potestad del juez que eventualmente podría también disponer la libertad provisional, en la forma tradicional conforme al CPP, en sustitución de la prisión preventiva, que por cierto suponen un sistema de alternativas al aprisionamiento (como la constitución de domicilio, etc.) dado que la ley no lo prohíbe expresamente, sin perjuicio de lo que sostengo a continuación.

45. En efecto, parece evidente que, dado que las medidas sustitutivas suponen un cierto constreñimiento de la libertad ambulatoria del sujeto, bajo mayor control de la autoridad, difícilmente pueda justificarse un procesamiento sin prisión bajo el régimen tradicional, que es más benigno que el aquí estatuido, en la medida en que no se den por lo menos las condiciones que la ley exige para poder decretar las tales medidas.

46. Creo que si el juez no puede disponer medidas sustitutivas al encarcelamiento, con mayor razón no podrá disponer lisa y llanamente la libertad provisional en la forma clásica, si no se cumplen las condiciones que establece la nueva ley.

47. En definitiva creo que no debería disponerse el procesamiento sin prisión bajo cauciones (régimen anterior y no derogado) o con medidas sustitutivas (según la nueva ley), si no se cumplen los requisitos siguientes:

CONDICIONES PARA LA SUSTITUCIÓN DE LA PREVENTIVA POR MEDIDAS

(y para el procesamiento sin prisión bajo caución)

Regla: las medidas sustitutivas se aplican exclusivamente a primarios que van a ser retribuidos con pena de prisión

- Sólo si el procesado lo consiente,
- Cuando “la gravedad del hecho”,
- o “el daño causado”, lo ameriten (porque de lo contrario “no se decretará”)

- Previo dictamen obligatorio pero no vinculante del Ministerio Público (cuya opinión “en todos los casos se requerirá”)

- El cual al dictaminar deberá tener en cuenta:

- las condiciones del imputado

- las condiciones de la causa

- no aumentar los riesgos de la población

- Por un plazo no mayor al establecido para la pena del delio imputado

- Respetando los principios inherentes a la dignidad humana

- Procurándose que las medidas perjudiquen en la menor medida posible las actividades laborales o educativas del procesado

(arts. 2, 4 y 6 de la ley)

48. En primer lugar debo decir que, con esta norma, el legislador establece la regla del procesamiento con prisión, en todos los casos en que la pena a recaer sea privativa de la libertad, ya que sólo así tiene sentido el que en ciertos casos pueda no decretarla.

49. Como es muy obvio si en estos casos, muy acotados por cierto, “podrá no decretar la prisión preventiva”, es porque en todos los demás debe hacerlo.

50. Esto modifica *in peius*, y probablemente más allá de la intención del legislador, la regla establecida en las leyes anteriores, ratificadoras de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en el sentido de que la regla es la libertad y la excepción el encarcelamiento, volviendo al concepto que tradicionalmente se extraía de la viaja lectura del art. 27 de la Constitución.

51. Cuando vaya a recaer pena privativa de la libertad la regla es ahora el procesamiento con prisión preventiva, que puede no obstante ser sustituida por medidas alternativas en los casos que señala la ley.

52. Como efecto de ello y como puede verse, el legislador ha hecho una delegación mayúscula de potestades, otorgando al juez, un enorme poder discrecional que en definitiva lo coloca, casi, en posición de hacer lo que quiera, conforme a sus criterios personales.

53. En efecto, la “gravedad” del hecho ya ha sido considerada por la ley al establecer para el caso pena correccional, o por el juez al evaluar que la pena a recaer posiblemente sea de esa naturaleza (lo que implica la obligación de hacer un clásico prejuzgamiento al que nos tiene acostumbrada la ley), por lo que difícilmente pueda entenderse a qué cosa objetiva puede referirse el juzgador para considerar tal aspecto.

54. Si el hecho fuera realmente grave no sería una conducta castigada con pena de prisión. Esto supone desechar de un plumazo toda la construcción doctrinaria y jurisprudencial del concepto “delitos graves” (que merecerían por ello pena de penitenciaría), atento a que si se considera que el delito es

grave, no correspondería nunca sustituir la preventiva, ni disponer el procesamiento sin prisión.

55. La "gravedad del daño causado" toma en cuenta la materialidad del resultado, determinando una suerte de responsabilidad objetiva, muy difícil de discernir en supuestos en que, por definición, la pena nunca superará los veinticuatro meses de prisión.

56. La imposición de medidas sustitutivas exige el consentimiento del procesado. Ante esta realidad, la única alternativa al no consentimiento es el encarcelamiento, es decir, la prisión preventiva..

57. Los elementos que debe tomar obligatoriamente en cuenta el Fiscal, y por ende el mismo Juez, son igual de imprecisos, pues nadie podrá establecer baremos de objetividad y certeza en conceptos tales como las "condiciones del imputado", que parecen referir a un cierto derecho penal de autor, que remite a la conducción anterior de su vida o a criterios de peligrosidad, o las "condiciones de su causa" que realmente no se sabe a qué puede referir (tal vez a la duración del presumario, la multiplicidad de copartícipes, la complejidad de la misma)

58. Las expresiones contenidas en el art. 1 de la L. 16.058 pueden arrojar algo de luz sobre esto, y considerarse que no correspondería sustituir medidas (y tal vez tampoco procesar sin prisión), cuando fuera presumible: que el sujeto intentará sustraerse a la sujeción penal; a la acción de la justicia, u obstaculizará el desenvolvimiento del proceso, lo que pueden llevarlo a inferir que es posible que pueda volver a delinquir..

59. Colma verdaderamente la medida de lo razonable la referencia legal a la obligación de tener en cuenta "no aumentar los riesgos de la población", pues es evidente que parece considerar que toda medida sustitutiva, de no encarcelamiento, que significa que el procesado permanezca en libertad, por naturaleza es peligrosa para el conglomerado social, no obstante lo cual por un lado dispone que se apliquen y por otro advierte sobre los riesgos y peligros de esa aplicación.

60. Esto da la penosa impresión de que el legislador dispone una cosa que puede ser muy atractiva y moderna, pero no quiere hacerse responsable de sus consecuencias, tratando eventualmente de cargar sobre los operadores de la justicia (jueces y fiscales), las disfunciones o problemas que puedan surgir de la implementación del régimen establecido por el mismo legislador.

61. Obviamente que un fiscal que no quiera arriesgar tener problemas o ser criticado por sus decisiones en el futuro, y en defensa de la sociedad como está obligado, siempre podría negarse al procesamiento sin prisión y a la sustitución de la preventiva por medidas, alegando que con ello se pone en riesgo a la población.

62. Y ello porque es evidente que el sujeto beneficiado por su decisión, en lugar de estar puesto en situación de no ofender o de "incapacitación" para delinquir, por estar en preventiva, va a quedar libre, bajo medidas sustitutivas, pero gozando de libertad, con lo que se aumenta siempre objetivamente el riesgo de una recidiva en el crimen, lo que aumenta en todos los casos la probabilidad de que la población resulte ser víctima de uno de estos sujetos así beneficiados.

63. En definitiva el legislador no parece confiar en los operadores, a los que supuestamente ha dado tanto poder por un lado, mientras que por otro trata de encausar sus decisiones según modelos y criterios objetivos, que en realidad no son tales, por lo que hubiera sido mejor dejar todo librado a su leal saber y entender, en la medida en que se tratara de primarios, cuyo delitos por definición no son graves, hipótesis de base que no deberían ser olvidadas y desdibujadas por aditamentos que nada agregan a la levedad del asunto y que, por añadidura no encaran el tema crucial del derecho de los prevenidos a esperar su sentencia en libertad, y a la situación que se sigue consolidando de dar por bueno y aceptado que el sospechoso (un presunto inocente), debe ser tratado como un culpable, respecto del cual la preventiva y las medidas sustitutivas actúan como formas de penas anticipadas.

64. En suma creo que conscientemente o no, bajo bellas palabras y una prestigiosa institución (las medidas alternativas), lo que se ha hecho es legitimar una vez más los criterios empíricos con que siempre se ha manejado la justicia, en cuanto a considerar a la preventiva como un adelanto de la pena y una forma de control social y de satisfacción de los instintos primarios de la masa, en cuanto a la rapidez y contundencia de la respuesta punitiva al hecho criminal, solo que todo eso ocurre antes del juicio y la condena, en el proceso insoportable que todavía tenemos, y donde consideraciones sobre lo "prematureo" de la libertad provisional, por ejemplo, (o la inconveniencia del procesamiento sin prisión), solo incubren que en realidad lo que se está haciendo es un cálculo de proporcionalidad entre preventiva y pena, para calmar la angustia social o la alarma pública ante el crimen.

65. De todo esto probablemente lo que resulte es que, salvo en los casos de delitos castigados con penas no privativas de la libertad, en todos los demás, veremos un incremento de los procesamientos con prisión, o asistiremos al espectáculo de generalizados procesamientos con libertad restringida (con medidas sustitutivas), acabándose para siempre los procesamientos sin prisión lisos y llanos, tal como los conocimos hasta ahora.

66. Cuando se hubiere dispuesto prisión preventiva, en los casos en que se otorgue luego la excarce-

lación provisional, se podrán decretar, medidas sustitutivas “simultáneamente a la libertad provisional” (art. 4 y 8), lo cual, por un orden de razonamiento similar al formulado antes, llevará, nos parece, a que sean difíciles de concebir libertades provisionales que no vayan en el futuro acompañadas de este tipo de medidas, salvo que las mismas, por las dificultades de todo orden que presentan, y a las que referiremos más abajo, acaben por transformarse en letra muerta, lo que también es posible.

El art. 8 de la ley dice:

“(Disposición transitoria). Los procesados con prisión, en los casos en que sea presumible que no ha de recaer pena de penitenciaría, y que a la fecha de entrada en vigencia de esta ley no hayan sido excarcelados provisionalmente, pueden solicitar que la prisión preventiva les sea sustituida por alguna o algunas de las medidas previstas en la presente ley, lo que tramitará en la forma y plazos del incidente excarcelatorio, siendo la decisión pasible de los mismos recursos.

A efectos de la determinación de la gravedad de la medida se tomará en cuenta el lapso de prisión sufrido”.

67. Más allá de esta disposición transitoria, que el paso del tiempo llevará al olvido, lo permanente es que la sustitución de la preventiva por medidas, debería ser la regla, tomada casi por rutina, por cuanto ello es lo que quiso el legislador, y porque se supone que habrá un control suplementario sobre el excarcelado, con resultados positivos tanto para sí mismo en orden a su rehabilitación, cuanto para la satisfacción de las víctimas, como para la tranquilidad de la comunidad afectada por el crimen.

68. Aunque la ley no lo dice expresamente creo que está implícito *mutatis mutandi*, que no podrá decretarse la excarcelación provisional, ni bajo el régimen tradicional de las cauciones ni sustituyéndola por medidas, si no se dan las condiciones de los artículos 1 y 6, lo que plantea la difícil cuestión de si pueden de ahora en adelante liberarse provisionalmente a las personas no primarias (reincidentes o habituales), ya que parece una insidia jurídica que estas personas no puedan quedar sometidas a medidas alternativas (que suponen un mayor control social y un estreñimiento de su libertad ambulatoria) y puedan en cambio obtener su libertad bajo mera caución.

69. Mi respuesta es la siguiente: los no primarios deben ser procesados con prisión y no pueden ser luego liberados provisionalmente, ni bajo caución, ni con medidas sustitutivas al aprisionamiento, aunque la pena a recaer vaya a ser de prisión, debiendo permanecer en preventiva hasta que la sentencia de condena quede ejecutoriada, salvo que la misma alcance el guarismo de la posible pena a recaer, en cuyo caso corresponde la excarcelación

juratoria, por agotamiento de la probable pretensión punitiva del Estado.

70. Este es otro resultado directo de la recta interpretación de la ley, que muy probablemente no fue querido por el legislador, y que, quizás, escapó a su análisis, pues ¿cómo es posible excarcelar provisionalmente bajo caución a alguien al que no se puede excarcelar bajo medidas sustitutivas?.

71. Si esta interpretación es correcta, la única posibilidad de obtener la excarcelación que tienen estos prevenidos, es la libertad por gracia de la Suprema Corte de Justicia (art. 17 de la ley), cuya modificación parece haber previsto una extensión temporal de este instituto, que puede presentarse en cualquier momento a consideración de la Corporación.

72. La necesidad del consentimiento del procesado al régimen sustitutivo plantea innumerables problemas no resueltos por la ley, entre otros, la indeterminación en cuanto a la forma en que se realizará esta negociación del reo con el juez (situación que se repite en el art. 3 lit. J), que llega a permitir al indiciado “proponer” las medidas que le convengan, y la correlativa “aceptación” de la propuesta por el juez); cual es el rol de la defensa y el Ministerio Público en esto; qué ocurre en caso de no aceptación de ningún régimen; para algunos la sin razón que supone exigir el consentimiento del beneficiado, cuando naturalmente nadie se lo pide para la única alternativa posible a su disenso que es hacer efectiva la preventiva y mandarlo a la cárcel, además de la problemática si se quiere filosófica, de considerar que el sujeto procesado tiene “libertad” para otorgar este consentimiento poco menos que coacto, o viciado por la violencia institucional o implícita en que se encuentra aquel que supuestamente debe consentir... o ir preso.

Capítulo III

EL NUEVO RÉGIMEN DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

73. Como es sabido la suspensión condicional de la pena es un instituto de creación legislativa, que apareció en 1916, (L. 5.393, de 25.1.1916), siguiendo un modelo europeo que permitía al Juez, dadas determinadas condiciones en cuanto a la naturaleza de la pena impuesta y a la personalidad del autor, al decretar la sentencia de condena, suspender al mismo tiempo su ejecución efectiva, permitiendo al condenado cumplir el resto de la pena en libertad, extinguiendo con ello el delito, siempre que durante cinco años a partir del día del arresto, observare buena conducta y fundamentalmente, no volviere a delinquir..

74. Desde el principio se consideró que el instituto se creaba en beneficio del condenado, por lo cual se dejaba a su arbitrio el aceptar o no quedar sometido a vigilancia por cinco años, o cumplir la sentencia, con lo cual llegaría antes a la extinción y quedaría exento de control por parte de la autoridad.

75. La L. 7.371, de 8.6.921, extendió el beneficio para los condenados a pena de multa (que por lo tanto podía llegar a no abonarse nunca), quedando compurgada la pena de prisión o de multa con el vencimiento de la vigilancia, al cabo del cual, si no registraba mala conducta, se tenía por no pronunciada la condena y por sobreesido el proceso.

76. La L. 8.673, de 24.9.930, facultaba a la Alta Corte de Justicia para reducir la vigilancia de oficio o a petición de parte., lo que llevó a que, muchísimos años después, por Acordada 7.362, de 27.11.998, la Corporación redujera el plazo a dos años contados desde el cese del arresto o de la libertad provisional.

77. El C.P. de 1934 (L. 9.155, de 4.1.933) reguló la cuestión en el art. 126, como causa de extinción del delito, siguiendo la técnica imperfecta de no derogar expresamente lo anterior, dejándolo en parte subsistente, pero modificándolo en aspectos esenciales, lo que transforma la interpretación en un ejercicio dificultoso de armonización de normas, según las pautas dadas por el art. 2 de la L. 9.435, de 18.10.934, que dejó subsistentes las leyes anteriores en cuanto no estuvieran en oposición al C.P.

78. El CPP de 1980 por su parte se refiere al instituto en los arts. 248 y 331-333, por el cual la suspensión condicional de la pena debe disponerse en la propia sentencia de condena, por el juez de ejecución (o el de la última sentencia en caso de unificación de penas), teniendo como efecto que, si al cabo del plazo de vigilancia no cometiere nuevo delito y hubiere cumplido los deberes impuesto, se tendrá por no pronunciada la sentencia y por extinguido el delito, cancelándose la inscripción en el Registro de antecedentes.

79. Es sobre este abigarrado y ya confuso panorama que viene a insertarse ahora la L. 17.726/2003.

80. La vigilancia de la autoridad es una consecuencia de la condena condicional (art. 102 C.P.) y en ello consisten "las obligaciones impuestas por la ley" a que refiere el art. 126 C.P., mientras que las obligaciones que le fueran impuestas judicialmente, según el citado art. 126 del C.P., son conjunta o separadamente, la restitución de las cosas provenientes, del delito, el pago de las indemnizaciones civiles emanadas del mismo y el mandato de interdicción, de domiciliarse en ciertos sitios o de concurrir a otros.

El art. 11 de la ley dice:

"Cuando la sentencia definitiva imponga pena de prisión se concederá al encausado la suspensión condicional de la pena (artículo 126 del Código Pe-

nal), siempre que se tratare de un primario que haya sido procesado sin prisión o con las medidas sustitutivas previstas en esta ley y las haya cumplido, salvo la existencia de causa grave debidamente fundada.

Si la sentencia impusiere una pena de hasta tres años de penitenciaría el Juez podrá conceder la suspensión condicional de la pena, atendiendo los requisitos del inciso anterior y previo informe del Instituto Técnico Forense, fundando su decisión.

En ambos casos el plazo de vigilancia por la autoridad será de un año".

81. La disposición del art. 11 de la ley en estudio, a mi juicio viene a modificar el sistema, que queda estatuido del siguiente modo:

a. No procede la suspensión cuando la pena impuesta sea de multa, atento a que por un lado no refiere a ella la norma, y por otro no existe más la posibilidad de que una pena de multa vaya a ser sustituida por una de prisión, visto la reforma introducida al art. 337 del CPP, y tampoco procede en los casos en que la pena sea no privativa de la libertad (de inhabilitación o de suspensión)

b. Todas estas penas deben ser cumplidas en su integridad, y no pueden ser suspendidas en su ejecución, lo que plantea el arduo problema de qué resolver en los casos de penas conjuntas o múltiples, (de prisión, multa e inhabilitación por ejemplo), situación en que yo postulo, visto que la pena es inescindible, que son casos en que no puede disponerse la suspensión condicional (como en la mayoría de los llamados delitos de corrupción)

c. La regla es que la suspensión condicional "se concederá" (en principio es obligatorio disponerla), exclusivamente cuando se imponga "pena de prisión" (requisito objetivo derivado de la naturaleza de la pena impuesta);

d. Que se trate de un sujeto "primario" (es decir que no sea un reincidente en sentido estricto, art. 48 inc. 1, C.P., y art. 6 de esta ley), lo que constituye un requisito objetivo derivado de la condición personal del delincuente. Se podrá conceder a reiterantes, ya que el término "primario" es más estricto que el giro "delinquentes que no hayan cometido en el pasado otros delitos", establecido por el art. 126 del C.P., que queda en tal sentido modificado.

e. Que haya sido procesado "sin prisión", con lo que se descarta *in limine* toda posibilidad de otorgar el beneficio a alguien que se encuentre privado de su libertad en el momento de la sentencia;

f. O que haya sido "procesado con sustitución de la prisión preventiva por las medidas sustitutivas" previstas por la ley, y las hubiera "cumplido";

g. No creo que esté en la situación legal requerida, porque la ley no lo dice expresamente, el que hubiera sido procesado con prisión y luego hubiera

sido excarcelado bajo medidas sustitutivas “previstas en esta ley” (art. 4), y las hubiere cumplido, porque la norma establece claramente que debe tratarse de un sujeto o procesado sin prisión o procesado con las medidas sustitutivas al encarcelamiento que dispone la ley. O, dicho de otro modo, parece claro que un sujeto procesado con prisión y luego liberado con sustitución de preventiva por alternativas, no está en condiciones de ser beneficiado con la suspensión condicional.

h. Por excepción puede el juez no suspender la condena, aún dadas todas las circunstancias mencionadas, en mérito a la existencia de “causa grave” que deberá fundar debidamente, lo que torna la preceptividad aparente de la disposición, en una cuestión de discrecionalidad del juzgador, siendo muy difícil poder establecer pautas objetivas que determinen, frente a la objetividad de las condiciones exigidas por la ley para conceder la suspensión condicional, en qué pueden consistir esas supuestas “causas graves” a que refiere la ley.

i. La previsión de que no cometerá en el porvenir nuevos delitos (como dice el art. 126 del C.P.) es probablemente la razón grave que pueda argüirse con más seriedad, aunque no se ve cómo ni de qué manera puede el juez hacer esa prognosis previa.

j. Esta disposición demuestra que se trata de una ley timorata, que no termina de creer en los fundamentos de lo que establece, y que permanentemente deja abiertas ventanas a la discrecionalidad del Juez, (formas de “reaseguros” del sistema), como si temiera resolver de una vez y para siempre con criterio general y abstracto una cuestión en el fondo tan simple como la que presentamos.

k. Si la pena es de prisión (o sea si no es grave), si el sujeto está en libertad provisional (y por lo tanto se le supone no peligroso) y si ha cumplido a satisfacción con las medidas sustitutivas de control (lo que demostraría su recuperación), no se ve cual puede ser el motivo real del reaseguro, de permitir al juez no conceder aquello que supuestamente está obligado por la ley a conceder, arguyendo ignotas “causas graves”, que en definitiva no serán otras que el arbitrio personal de cada operador.

l. La ley introdujo por primera vez en la historia la posibilidad de conceder el beneficio (“podrá conceder”), cuando en la sentencia se impusiere una “pena de hasta tres años de penitenciaría”, cuando se hayan dado todos los “requisitos del inciso anterior” y se haya oído un informe (de obligatoria recepción pero no vinculante) del Instituto Técnico Forense.

m. La situación debe ser seguramente la de un delito con mínimo de prisión y máximo de penitenciaría, (un hurto, una estafa, un homicidio simple etc.), porque debe tratarse de un primario que ha sido

procesado sin prisión (y si la pena mínima fuera de penitenciaría jamás podría haber ocurrido tal extremo), y sometido a medidas sustitutivas, que hubiere cumplido a satisfacción, que se encontraba por tanto el libertad en el momento de la sentencia, la cual retribuyó su conducta, no obstante todo ello, con pena de penitenciaría hasta el máximo señalado, hipótesis en que el Juez está facultado ahora a suspender la ejecución.

n. La libertad del juez en este caso es absoluta, ya que ni siquiera está limitado en su decisión por la necesidad de encontrar “causas graves” para denegar el beneficio, lo que puede hacer por propia autoridad, naturalmente que, como en toda decisión judicial, mediando fundamento que explicita las razones que lo llevan a decir de un modo u otro.

o. Debe destacarse que no puede otorgarse el beneficio a un sujeto condenado a pena de entre dos y tres años de penitenciaría, si fue procesado con prisión, porque la ley exige que se den “los requisitos del inciso anterior”, o sea que debe tratarse de un primario procesado sin prisión, o procesado con medidas sustitutivas.

p. El informe del ITF es difícil de determinar en qué consiste, cuál es su contenido, por cuanto la primariedad (que resulta de sus planillas) debe estar ya acreditada, consistiendo tal vez, en la realización de informes sociales de recuperación, de vida familiar, laboral e incluso, si correspondiera, informes psicológicos o psiquiátricos que hagan pensar, como en definitiva establecía el C.P., que se pueda prever que no cometerá nuevos delitos en el porvenir, tarea para la cual, no creo esté capacitado materialmente el Instituto, no habiendo previsión de rubros, ni refuerzo de personal, ni tiempo efectivo real para hacer dichos estudios de personalidad con un mínimo de seriedad, sobre todo dado el carácter ambulatorio que los mismos necesariamente tendrán.

q. Esta es otra característica de la ley, establecer funciones a cargo de determinados organismos a los que no provee al mismo tiempo de un marco de actuación, ni de financiación, quedando todo en el recurso a un mágico apoyo de la “ciencia” a través del ITF, que permitirá supuestamente al Juez tomar una mejor decisión, por sobre lo que ya resulta objetivamente de autos, que no es otra cosa que la poca gravedad relativa del caso, visto la pena a recaer (de hasta tres años) y fundamentalmente al hecho de que el condenado ya goza de su libertad ambulatoria, y ya ha cumplido a satisfacción las medidas sustitutivas que se hubieren dispuesto respecto de su persona.

r. A mi criterio es claro que el Juez no puede otorgar la suspensión condicional de la pena a un procesado que en el momento de la sentencia se halle en prisión preventiva, precisamente porque uno de los requisitos básicos para que funcione el instituto, en

todos los casos, es que el prevenido esté procesado sin prisión o que lo haya sido, bajo medidas sustitutivas, y que las hubiera cumplido, lo que es imposible de darse en la hipótesis en consideración.

s. No puede por tanto, si el sujeto estuviere cumpliendo preventiva al tiempo de la condena, por ejemplo, condenarlo a dos años de penitenciaría, ponerlo en libertad provisional, imponer en sustitución medidas alternativas al aprisionamiento y suspenderle la ejecución, porque esto choca frontalmente con la letra clara de la ley;

t. La ley reduce el plazo de vigilancia a solo un año, modificando con ello la resolución de la Suprema Corte que había fijado en dos años dicho guarismo, que la ley anterior establecía en cinco.

u. Es dudoso a partir de cuándo se computa dicho plazo, porque la ley no lo determina en modo alguno.

v. Una posibilidad es considerar vigente la decisión de la Corporación de que este plazo se cuente no desde el día del arresto (como dice la ley anterior), sino desde el día en que el mismo cesó, desde que se dispuso la libertad provisional del implegado.

w. Pero ello lleva a que en los hechos la enorme mayoría de los procesos (o todos), arrojarán un resultado de plazo de vigilancia ya cumplido en el momento de la suspensión condicional, que quedaría absolutamente sin objeto, atento a que el lapso de duración de la causa, desde el inicio del sumario, probablemente insumiría todo el plazo de latencia.

x. No puede seguirse sosteniendo que el plazo comienza con el día del arresto, porque el instituto funciona ahora sobre la base de un procesamiento sin prisión, que coincide temporalmente con el inicio del sumario, esto es con el dictado del auto de procesamiento, en que se reproduce lo afirmado en el numeral anterior

y. Lo más razonable frente a esta modificación, sería computar el plazo del año a partir de la notificación de la sentencia de condena, en la forma que indicamos *infra*.

z. El condenado teóricamente puede renunciar al beneficio conforme al art. 7 de la ley 5.393, por cuanto le puede resultar más gravoso quedar sometido a vigilancia, por el lapso de latencia, que cumplir la pena en libertad condicional que se debería en tal caso tramitar (art. 131 B) C.P. art. 327 CPP). El acortamiento de dicho plazo tiende a desestimular las renunciaciones. Yo creo que en muchas situaciones el plazo estará extinguido con anterioridad o será de muy corta duración conforme a lo que hemos dicho anteriormente.

aa. El trámite sigue siendo el que regía con anterioridad, debiendo notarse que cuando se dispone la suspensión condicional se lo hace respecto de un

procesado, por cuanto todavía la sentencia no ha adquirido fuerza de cosa juzgada.

bb. Se debe por ello liquidar la pena (art. 320 CPP), se le notifica luego la sentencia haciéndosele saber con claridad el monto de la condena, recabándosele pronunciamiento sobre si opta o no por la suspensión, que se le explicará en qué consiste y las obligaciones que se le imponen (legales y judiciales), así como su plazo de duración, debiendo constituir domicilio en ese acto, a efectos de la vigilancia.

cc. El juez no puede imponer otras obligaciones que las que resultan del art. 126 C.P., especialmente no puede imponer medidas sustitutivas de las establecidas por la ley, pues aquí se trata de vigilancia de la autoridad (que tiene un contenido específico determinada por la ley) y no de alternativas ni a la preventiva ni a la pena.

dd. Si se ha establecido una pena sustitutiva a la de prisión (art. 9), no puede en este caso disponerse al mismo tiempo la suspensión condicional de la pena, sino que debe cumplirse la pena sustituta.

ee. En el caso de haberse otorgado la suspensión condicional y al cabo del año, desde que corre el plazo, no ha vuelto a delinquir, ni ha incumplido con las obligaciones a su cargo, el Juez de ejecución dispone tener por no pronunciada la sentencia, por extinguido el delito, y previa vista Fiscal, manda cancelar la inscripción en el Registro, librando la comunicación respectiva al ITF, el cual eliminará de sus planillas toda referencia al proceso del delito que se declara extinto (Art. 332 CPP)

ff. La extinción del delito no alcanza a los efectos civiles del mismo (art. 5 de la L. 5.393/916; art. 91 No. 6, 104 y 105 C.P.)

gg. La revocación del beneficio, cuando corresponda, sigue las reglas establecidas con anterioridad (art. 331 y 337 CPP), correspondiendo al juez de ejecución (o al de la causa más nueva si la causal es por comisión de un nuevo delito), dar trámite a la libertad condicional. Las oposiciones a estas decisiones se tramitan en vía incidental (art. 333 CPP)

Capítulo IV EL RÉGIMEN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

82. La libertad condicional es un mecanismo que permite al condenado extinguir el saldo de pena que le resta cumplir, en libertad, instituto que ha sido puesto en manos de la Suprema Corte de Justicia.

83. Parte de la idea básica de que, si el sujeto se encuentra en régimen de libertad provisional, o sea si no está en régimen de reclusión, al momento de quedar firme la sentencia de condena, no debe, de regla, ser reintegrado a la cárcel, permitiéndosele,

luego del trámite que expondremos, extinguir su pena en la libertad de que ya goza (art. 138 CPP), evitándose con ello el funesto efecto de las penas cortas de privación de libertad.

84. El requisito para que la Corte pueda otorgar la libertad condicional, por consiguiente, es que el sujeto se halle en libertad provisional al quedar ejecutoriada la sentencia de condena (art. 327 CPP).

85. Se otorga por tanto a los sujetos excarcelados provisoriamente por el juez de la causa, por el Tribunal si fuera del caso, e incluso por la propia Suprema Corte, si se otorgó la libertad graciosa o por gracia en su oportunidad.

86. También procede respecto de todos los sujetos procesados sin prisión que se encuentran, por definición, técnicamente en régimen de libertad provisional.

87. Una vez dictada la sentencia de condena, el juez de ejecución ordena a la oficina actuaria que “liquide” la pena (art. 320 CPP), la cual debe ser aprobada por el juez (con intervención de las partes), para lo cual rige el régimen incidental.

88. El magistrado entonces debe expedirse sobre el otorgamiento o no de la libertad condicional, con el alcance que vimos (lo que ocurre siempre que reste un saldo de pena a cumplir), o sea que no corresponde cuando el sujeto ha extinguido la pena, como en el caso de que la pena se diera por compurgada con la preventiva ya cumplida.

89. Ese pronunciamiento judicial debe ser precedido de informes del ITF (para saber si ha cometido nuevos delitos luego de su excarcelación y para descartar posibles unificaciones de penas), del INACRI y de la Jefatura de Policía que corresponda, sobre la personalidad, forma y condiciones de vida del condenado desde que recibió su libertad (art. 237 CPP), pues el magistrado se debe formar un juicio “sobre su recuperación moral”, que lo hicieran acreedor al beneficio que se concederá.

90. Eleva los autos a la Suprema Corte la cual, luego de oír al Fiscal de Corte, resuelve sobre si concede o no la libertad condicional, no necesitando fundar el fallo, si es que comparte la opinión del juez de la causa ya referido, quedando el condenado sujeto a vigilancia de la autoridad en los términos del art. 102 del C.P.

91. Este instituto es un derivado de la primitiva libertad anticipada, beneficio que se otorgaba a los penados que habían cumplido con buena conducta una parte sustantiva de la pena privativa de libertad, a los que podía permitirles seguir un régimen menos afflictivo de pena, extinguiendo el delito en libertad, revocable si dieran muestras de mala conducta posterior a la liberación (así era el sistema del CP antiguo de 1889, art. 93)

92. En sí misma, lo que nosotros conocemos como libertad condicional, es una típica medida sustitutiva de la pena de prisión, que se troca por una libertad vigilada hasta el cumplimiento del plazo de vigilancia.

93. Si la Corporación concede el beneficio los autos son remitidos al juez de ejecución, quien debe notificar al condenado, intimándole la constitución de domicilio y haciéndole saber el régimen de vigilancia a que queda sometido (art. 102 C.P., 327 CPP)

94. Se procede en ese momento a “liquidar la vigilancia”, esto es a determinar con exactitud hasta qué día exacto quedará el sujeto bajo vigilancia de la autoridad, plazo que comienza a acorrer a partir de la notificación referida, comunicándose al ITF y a la Policía, reservándose el expediente hasta el vencimiento.

95. Hasta aquí el régimen continúa siendo el mismo al que se había llegado luego de muchas leyes sucesivas que regularon el instituto, el que ha venido a ser conmovido parcialmente por la L. 17.726 en estudio.

96. En efecto, la reforma que introduce el art. 13 de la ley 17.726, no modifica todo el instituto, sino que parte de la hipótesis en la cual la Suprema Corte, luego de todo el trámite descrito, decide no otorgar la libertad condicional.

97. Cuando la Corporación otorga la libertad condicional, por lo tanto, sigue vigente en toda su extensión el régimen anterior, lo que acota bastante el alcance de la reforma.

El art. 13 de la ley dice:

“Si cumplido lo establecido en el artículo 327 del Código del Proceso Penal, no se resolviere otorgarle la libertad condicional, la pena se liquidará a razón de un día-multa por cada día de pena, descontándose los días de prisión efectivamente sufridos, o el cumplimiento de las medidas sustitutivas computadas como lo dispone el artículo 7 de esta ley, ejecutándose en la forma establecida en el artículo 337 del Código del Proceso Penal.

Si se trata de la pena sustitutiva del literal B) del artículo 3 de esta ley, se descontará el tiempo que hubiese estado privado de conducir durante el proceso”.

98. En el régimen anterior, en esta situación de negativa al otorgamiento del beneficio, los autos volvían al juez, el cual libraba orden de prisión a los efectos del reintegro a la cárcel del condenado, para el cumplimiento efectivo del saldo de pena en privación de libertad.

99. Hay que destacar no obstante, el alto grado de discrecionalidad que siempre tuvo y tiene la Corporación para otorgar o denegar el beneficio, pues no es obligatorio que conceda la libertad condicional, aún cuando los informes sean favorables y el

juez de la causa hubiere opinado favorablemente a su concesión, debiendo solo, en caso de negarla, fundar adecuadamente su fallo, por las razones que discrecionalmente viera.

100. Ahora, desde esta ley, el pensamiento que rige el instituto parte del no reintegro a la cárcel, ni siquiera cuando no se otorga el beneficio, de los condenados que al momento de quedar ejecutoriada la sentencia de condena, se hallaren en libertad provisional, los que deberán en vez de volver a la cárcel abonar, efectivamente el saldo de prisión, pero convertido en pena pecuniaria.

101. La Corte puede seguir otorgando o denegando el beneficio, pero si lo niega el sujeto no debe ser reintegrado a la cárcel automáticamente como ocurría antes, sino que debe sustituirse el saldo por una multa, con cuyo pago se extinguirá el delito.

102. En efecto: si el sujeto estuviere en libertad, el tramite puede tener solo dos desenlaces:

a. la Suprema Corte otorga el beneficio y el sujeto queda en vigilancia conforme al régimen anterior, pudiendo extinguir el delito con el vencimiento del plazo de la vigilancia, si mantiene durante el mismo buena conducta, o,

b. la Suprema Corte no otorga la libertad condicional (es decir cuando "no se resolviese otorgarle la libertad condicional"), según dispone el art. 13 de la ley, lo que obliga a liquidar la pena "a razón de un día-multa por cada día de pena", con descuento de la preventiva sufrida o de las medidas sustitutivas cumplidas conforme al art. 7 de la propia ley, el resultado de cuya suma deberá efectivamente hacerse efectivo, extinguiendo el delito por el pago de la pena, transformada en multa a través del engorroso trámite fijado por la ley.

103. Como se ve en cierto sentido todo este largo trámite, que llega hasta la propia Suprema Corte de Justicia, se ha automatizado bastante, por lo menos en el resultado final que conlleva, y que consiste en el no reintegro a la cárcel de los sujetos condenados que gozaren al momento de quedar ejecutoriada la sentencia de libertad provisional, lo que se podría perfectamente realizar por el juez de instancia, con mucha economía procesal.

104. Estimo que el valor del día multa a esos efectos, debería ser fijado por la Suprema Corte en la Resolución por la que decide no conceder el beneficio de la libertad condicional, teniendo en cuenta los informes que tiene a la vista y los parámetros que indica el art. 12 de la ley (situación económica del obligado, bienes que posea, ingresos, aptitud para el trabajo y cargas familiares). Si la Corporación no lo determina lo debe hacer el juez de ejecución. El valor del día multa al día de hoy es aproximadamente, en el mínimo de 230, y en el máximo de 1.250 pesos.

El art. 12 dice:

"(Determinación del día-multa). El valor del día-multa será fijado por el Juez entre 0.10 UR (un décimo de unidad reajutable) y 5 UR (cinco unidades reajutables), teniendo en cuenta la situación económica del obligado, los bienes que posea, sus ingresos, su aptitud para el trabajo y sus cargas familiares".

105. El juez de ejecución liquidará la pena a razón de un día multa por cada día de pena, pero conforme a ese valor ya establecido por la Corte, si se sigue el criterio que propongo, (que será un monto de entre un décimo de unidad reajutable 0,10 UR a 5 UR) El descuento de los días de prisión preventiva sufridos (un día por uno de multa) no plantea problemas y los días de sustitución de preventiva por medidas, con todo lo engorroso que sea, se rige conforme a lo que estudiaremos al considerar el art. 7 de la ley.

106. La vigilancia de la autoridad solo ocurrirá cuando sea concedida la libertad condicional. Cuando no sea concedida la libertad condicional, debe hacerse efectivo el saldo de la pena transformado en multa, es decir, debe cumplirse la pena. En este caso, como es muy obvio, la pena se extingue con el pago de la multa.

El art. 15 de la ley dice:

"En los casos de libertad condicional (artículos 131 del Código Penal y 327 del Código del Proceso Penal), el término de vigilancia de la autoridad será de tres años y podrá ser reducido hasta dos por el Juez de ejecución, de oficio o a pedido del condenado.

Lo dispuesto precedentemente será aplicable a las condenas en que penda el término de vigilancia a la fecha de entrada en vigencia de esta ley".

107. Este art. 15 establece que, en la hipótesis en que se concede la libertad condicional (no en el caso del art. 13 en que por hipótesis tal libertad no se concedió y que lo que corresponde es exigir el pago de la multa, sustitutivo del reintegro a la cárcel por el saldo de pena), "el término de la vigilancia de la autoridad será de tres años", pudiendo ser reducido a dos por el juez de ejecución, sea de oficio o a petición de parte, para lo cual la ley no ha dado ningún criterio orientador y que deben por tanto resultar del sentido del instituto en cuestión.

108. El establecimiento de un término fijo (en principio de tres años) para la duración del plazo de vigilancia, estaría indicando que para el legislador la libertad condicional es un beneficio que se otorga al reo en forma potestativa por el máximo órgano de la justicia nacional, muy cercano a los institutos de clemencia soberana (amnistía, indulto y gracia), y sin duda representativo de una política criminal, puesta en manos precisamente de la cabeza del Poder del Estado que constituye el Judicial.

109. El condenado no tendría por tanto “un derecho subjetivo” a no ser reintegrado a la prisión y a extinguir su pena en libertad, sino que esto es un beneficio discrecional, sí que reglado, un alto exponente de la administración de la justicia del país, por lo cual nada impide considerar que ese plazo legal (que puede ser atemperado por el juez de ejecución conforme a situaciones circunstanciales), es perfectamente ajustado a la constitución y en nada viola los principios generales de derecho que sustentan el sistema.

110. En definitiva, lo que resulta es lo siguiente: en caso de concederse la libertad condicional (que es la única hipótesis en que opera el art. 15) es posible (esta es la única situación problemática) que el saldo de pena venza antes que el fin del término de la vigilancia, fijado en tres años.

111. Lo que ocurre en este caso es que el sujeto tiene cumplido el plazo de la pena, pero no puede darse por extinguido el delito hasta el vencimiento de la vigilancia que es posterior.

112. Si vencidos los tres (o dos) años el sujeto no ha vuelto a delinquir ni existen elementos que indiquen violación del régimen de vigilancia, se debe dar por extinguida la pena en la forma tradicional.

113. Pero, si en el plazo de vigilancia, no obstante haber vencido el plazo de la pena, el sujeto hubiere delinquir nuevamente o demostrado mala conducta, lo que corresponde es revocar el beneficio, como es lo habitual.

114. De alguna forma se ha compensado el criterio extremadamente liberal que resulta de la ley de que nadie será de regla reintegrado a cumplir la pena luego de haber sido liberado, con una prolongación del lapso de vigilancia, durante el cual la sociedad puede contar con que el sujeto estará estimulado a no delinquir por pender sobre él la amenaza de un cumplimiento, sí que remoto, de la pena impuesta.

115. Cuando el sujeto vuelva a delinquir dentro del plazo de la vigilancia, los autos deben elevarse a la Suprema Corte que es la autoridad competente para revocar el beneficio teniendo en cuenta, como dice la ley, que “en caso de revocación no se computará como pena el tiempo que el condenado estuviera en libertad bajo vigilancia”, (art. 330 CPP) por lo cual pierde todo posible cómputo del lapso pasado en libertad condicional, y debe cumplir lisa y llanamente el saldo.

116. O sea que hay dos sistemas posibles:

a) quebrantamiento de los deberes impuestos por parte del sujeto al que se le concedió la libertad condicional, y

b) no pago de la multa que corresponde por parte del sujeto al que no se le concedió la libertad condicional.

117. En el primer caso puede entenderse que corresponde reintegrar al sujeto a la cárcel para cumplir el saldo de la pena, y en el segundo, rige la reforma del art. 14 al art. 337 del CPP que permite: a) hacer efectivo el pago de la multa con las sumas que se hubieren depositado en garantía del pago de días multa; b) lo que puede hacerse hasta en 18 cuotas mensuales (y consecutivas), que podrán ser reducidas por el juez de ejecución “de acuerdo con las posibilidades económicas del condenado”, e incluso reducirse en su importe global “cuando el condenado acredite que ha empeorado de fortuna”, correspondiendo a la Oficina Actuarial controlar el pago e intimar al condenado al mismo toda vez que se atrase en más de una cuota.

118. La ley no aclara qué ocurre si el condenado no paga pese a todas estas facilidades, pero creo que debe disponerse el reintegro a la cárcel por el saldo de pena, por considerar incongruente que se reintegre al sujeto que fue beneficiado con la libertad condicional y violó la vigilancia y no se haga lo propio respecto de aquel al que no se le otorgó la libertad condicional y no cumplió con el saldo de pena que le correspondía, y porque de otro modo el castigo del delito quedaría exclusivamente en manos del infractor, lo que haría tristemente irrisorio el sistema todo de la justicia penal.

119. Contra este criterio podría sostenerse, y no me atrevo a decir que fuera equivocado, por su apego a la letra de la ley, que al haberse liquidado la pena en días multa no puede hacerse renacer el lapso originario de prisión que establecía la sentencia, y, al no poderse ahora sustituir la multa por prisión, todo lo que restaría es intentar la vía de apremio, tal como vimos en el caso de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Capítulo V ANÁLISIS DEL ART. 10

El art. 10 de la ley dice:

“(Aplicación).- Cuando en la sentencia no se resolviera otorgar la libertad (artículo 326 del Código del Proceso Penal) podrá imponerse la sustitutiva que corresponde siempre que la pena a recaer no supere los tres años de penitenciaría. No se sustituirá la pena a reincidentes o a habituales.

En tales casos el Juez, al determinar la pena, establecerá el valor del día-multa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 de esta ley.

Si al quedar ejecutoriada la sentencia el condenado no se hallase en prisión preventiva se suspenderá su reintegro a la cárcel, procediéndose como lo prescribe el artículo 327 del Código del Proceso Penal”.

120. Esta disposición es de las más oscuras dentro de esta tan complicada y poco afortunada ley que comentamos. En efecto, desde el arranque cuesta determinar a qué quiso referirse el legislador y a qué se refiere la ley, ya que de su tenor literal emergen absurdas e irracionales interpretaciones, que a mi juicio pueden llegar a hacer inaplicable esta norma carente de sentido.

121. La discusión parlamentaria no arroja luz alguna, ya que se aprobó de inmediato por 28 votos en 32, y prácticamente no se dijo nada al respecto.

122. El *nomen juris* es “aplicación” pero no se sabe de qué: a) por un lado puede referir a las medidas sustitutivas de la pena previstas en el art. 9, lo que carece de sentido, salvo que se entienda que lo único que hace la ley es extender el contenido del art. 9 además de a las penas de prisión, a aquellas de penitenciaría que no superen los 3 años de duración, y a que en la disposición se establece que “no se sustituirá la pena a reincidente o a habituales”; b) por otro, como todo hace pensar era la intención del legislador, la norma se refiere al régimen de la suspensión condicional de la pena; o, c) se refiere a la libertad condicional, posición que se robustece porque el inc. 3 establece un principio general referido específicamente a este instituto al decir que “si al quedar ejecutoriada la sentencia el condenado no se hallase en prisión preventiva se suspenderá su reintegro a la cárcel, procediéndose como lo prescribe el art. 327 del CPP”, expresión totalmente inútil porque no modifica en nada el régimen ya existente, que indica cuando puede tramitarse la libertad condicional.

123. Dice el comentado art. 10 de la ley que “cuando en la sentencia no se resolviera otorgar la libertad (art. 326 CPP) podrá imponerse la sustitutiva, siempre que la pena a recaer no supere los tres años de penitenciaría”.

124. Pues bien: lo primero que debe determinarse en a cuál sentencia se refiere la norma, por cuanto la única libertad que el juez de instancia puede disponer es la libertad provisional, y el art. 326 CPP no se refiere a ello, sino al aplazamiento excepcional de la pena privativa de libertad en el momento de la ejecución administrativa de la pena, dispuesta por el juez de ejecución, cuyo cumplimiento puede diferirse respecto de mujeres embarazadas o con hijos menores de dos años de edad, o cuando el condenado se halla afectado por una enfermedad grave, cuando su cumplimiento efectivo pueda poner en riesgo su vida, nada de lo cual parece tener sentido en esta ley.

125. Salvo que se entienda que su único objeto fue precisamente éste, es decir, que ha previsto, para el caso de que al sentenciar, el juez no otorgue la libertad provisional a las personas que se encuentran en la situación del art. 326 del CPP (mujeres embar-

zadas, etc.), la sustitución del encarcelamiento por medidas sustitutivas. Es decir no liberaría a esas personas, sino que les fijaría la pena sustitutiva en días multa, y como consecuencia de ello, las excarcelaría con medidas alternativas (o en libertad “vigilada”)

126. Tampoco tiene sentido a mi juicio el que se diga que no se otorga la libertad (que no sabemos cuál es), pero que podrá imponerse la sustitutiva, porque esta medidas sustituyen a la prisión preventiva, que se ha mantenido por definición, ya que lo lógico es disponer la libertad y sustituir la preventiva por medidas, y no mantener la prisión y disponer medidas alternativas imposibles de ejecutar porque el sujeto sigue preso, lo cual es un galimatías inexplicable y que deja perplejo al intérprete, y vacía de contenido a la norma.

127. La norma no puede referirse a la libertad condicional que expresamente está regulada, como vimos por el art. 13, por lo que habré de interrogarme ahora sobre si este art. 10 no puede estar referido a la suspensión condicional de la pena.

128. Es posible que ésta haya sido la intención del legislador, que por cierto no plasmó en el texto normativo (que como vimos refiere a la sustitución de la pena y a la libertad condicional), al punto de que para hacerlo posible habría que reescribir la norma.

129. Esta norma vendría a complementar el art. 11 de la ley y habría que entender que la remisión al art. 326 del Código del Proceso Penal, en realidad debió ser al 126 del Código Penal, lo que realmente creo que excede toda posible consideración de que se trató de un simple *lapsus calami*, porque no solo confunde el número de la norma sino el propio cuerpo del que emerge, lo que hace totalmente inaceptable tal interpretación.

130. Además habría que entender que cuando la ley se refiere al “otorgamiento de la libertad” en la sentencia, en realidad se quiso referir a la suspensión de la ejecución de la pena, y que cuando refiere a la “sustitución de la pena” en realidad quiso decir “suspensión” de su ejecución.

131. Todo esto es imposible de conceder con un mínimo de seriedad interpretativa, no obstante lo cual expondremos lo que consideramos que quiso hacer el legislador con esta norma del art. 10.

132. Parece que se pretendió que, en caso de no concederse la suspensión condicional de la ejecución de la pena conforme a lo dispuesto por el art. 126 C.P. y el art. 11 de esta ley, el juez de instancia, al dictar sentencia no superior a los tres años de penitenciaría, pudiese, cuando negare la suspensión condicional (conforme a su potestad según art. 11 inc. 2), impusiera medidas sustitutivas al sujeto que, hallándose en libertad provisional, fuera condenado a aquel guarismo, pena de penitenciaría que se susti-

tuiría por el sistema de días multa establecido en el art. 12 de la ley, suspendiéndose su reintegro a la cárcel, tramitándose una vez ejecutoriada la libertad condicional.

133. Así y todo creo que para imponer tal criterio, si fuera el caso, se necesitará una reforma legal, porque no puede sustituirse el texto de la ley, por ninguna interpretación, sobre todo cuando ello requiere una construcción tan alambicada, no autorizada en modo alguno por el tenor de la disposición.

134. En definitiva a mi criterio la norma del art. 10 de "aplicación", resulta inaplicable y carente de sentido por lo menos en el que supuestamente quiso darle el legislador.

135. Como no soy partidario de dar por no escritas las disposiciones legales, sino que antes bien el intérprete debe tratar de darles sentido conforme a su texto, creo que este artículo establece:

a. Límites a lo dispuesto por el art. 9 en cuanto a la sustitución de la pena por medidas, lo que no sería posible nunca respecto de reincidentes o habituales. .

b. La necesidad de establecer el valor del día multa al determinar la pena sustituida, para fijar la fecha exacta de cumplimiento de la sentencia.

c. Ratificación del principio de que si el sujeto se hallare en libertad provisional (si no estuviere en prisión preventiva), al quedar ejecutoriada la sentencia de condena, no debe ser reintegrado a la cárcel (se debe suspender su reintegro) y debe tramitarse su libertad condicional.

d. Tal vez, en forma excepcional, pudieran disponerse medidas sustitutivas a la privación de libertad, en situaciones de mujeres embarazadas o con hijos, o de enfermos graves conforme al art. 326 C.P.

136. Tal vez no haya sido éste el sentido exacto que el legislador quiso dar a la norma, pero es el que resulta inequívocamente de su texto, y por cierto que en sí mismo no carece de sentido, y se encuentra en la línea liberal que el texto quiso dar a estos problemas.

Capítulo VI EL RÉGIMEN DE LAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA

137. Las medidas sustitutivas al encarcelamiento no son una novedad absoluta de esta ley.

138. En efecto, al establecer el régimen de vigilancia de la autoridad el art. 102 del C.P. determinaba cuales eran las obligaciones legales que venían impuestas con la liberación condicional y la condena condicional consistentes en: 1) constitución de

domicilio; 2) obligación de no variar de residencia sin conocimiento previo de la autoridad encargada de su vigilancia; 3) obligación de observar las reglas de inspección que se le ordenaran, y 4) de adoptar oficio, arte o profesión, es decir, de proveerse de un medio propio de subsistencia.

139. El juez tiene por su parte la potestad de imponerle obligaciones, que el art. 126 C.P., concretaba en las siguientes: a) restitución de las cosas provenientes del delito; b) pago de las indemnizaciones civiles emanadas del mismo y c) interdicciones varias, consistentes en la prohibición de domiciliarse en ciertos lugares o de concurrir a ciertos sitios, disposiciones que, en general debe decirse que no han sido empleadas con la intensidad que podía esperarse en vías de una mejor composición del conflicto generado entre el delincuente y su víctima, desaprovechándose así la oportunidad de servir a un derecho penal verdaderamente "compensatorio", lo que demuestra que es necesario no solo dictar los instrumentos legales correspondientes, sino también incorporar a la cultura judicial el motivo de esas reformas y sus objetivos.

140. La vigilancia de la autoridad se ha concretado hasta ahora en una mera constitución de domicilio, sin ulterioridades mayores, en la medida en que el sujeto se presentara a declarar al juzgado cuando se lo requiriera, activándose en todo caso el mecanismo de control cuando no se le hallaba en el lugar indicado, cosa bastante frecuente dada la movilidad de este tipo de población, porque el problema que existía antes y subsiste ahora es el del control. Porque el legislador ha establecido una serie de medidas sin preocuparse de los aspectos prácticos, ni de los costos, ni de la organización que la implementación de las mismas requiere, si es que se pretende que realmente tengan alguna efectividad.

El artículo 3 de la ley dice:

"Son medidas sustitutivas a la prisión preventiva:

A) Presentación periódica ante el Juzgado o Seccional Policial".

141. Esta es una de las medidas que más frecuentemente se venían imponiendo en la práctica, por lo que, en este aspecto, la ley solo confirma o legaliza lo que era una rutina judicial. Cabe preguntarse la utilidad que pueda tener tamaña disposición y los costos que significan para los tribunales y las instituciones policiales. ¿Qué sentido puede tener obligarse a alguien a presentarse ante estas autoridades?. Saber que el sujeto no se fugó que está allí, que supuestamente mantienen el domicilio constituido. Si bien la ley establece que todas las medidas se deben aplicar en la forma que menos perjudiquen las actividades laborales o educativas del procesado (art. 4) lo cierto es que esto supone una pérdida de tiempo absurda, un ir a algún lugar para dar una especie de cuenta

de existencia, que implica abandono de otras tareas, molestias y eventualmente gastos por lo menos de locomoción.

142. Para estas medidas no se han impuesto cálculos conforme al art. 7, lo que significa que podrían violarse sin consecuencias apreciables. Se podría revocar por incumplimiento ya que esto claramente constituiría un caso grave de violación de los deberes impuestos, pero la ley no establece como se computarán las medidas sufridas. Y esto solo puede significar que, por violación de este deber absurdo de mera presentación, el sujeto puede volver a quedar privado de su libertad sin descuento de ninguna especie por el cumplimiento parcial que hubiera hecho si fuera del caso.

“B) Prohibición de conducir vehículos por un plazo de hasta dos años, cuando se hubiese cometido un delito culposo, en ocasión del tránsito vehicular, contra la vida, la integridad física o se hubiera provocado daño importante en la propiedad a criterio del Juez. Se procederá al retiro de la libreta de conducir y se efectuará la comunicación correspondiente a las Intendencias y sus Juntas Locales”.

143. Ya MENONI advirtió sobre el enorme trabajo de oficina que ello implica, por la multitud de Intendencias y Juntas de todo el país que deben ser notificadas. Supuestamente estas autoridades deberían controlar si el sujeto sigue conduciendo y lo mismo la policía caminera, a la que sin embargo no se le notifica de la resolución.

144. Cinco días de interdicción del permiso de conducir equivale a uno de prisión (art. 7)

145. Como puede apreciarse se modificó en un sentido más restrictivo, lo dispuesto por el art. 73 del CPP que permitía el retiro de la libreta, en caso de delitos culposos, por un plazo menor, de uno a doce meses.

146. La imputación por daño culposo, como advirtió el diputado SCAVARELLI, crece de sentido, ya que el delito de daño no admite la forma imprudente (art. 19 C.P.)

“C) Restitución de la situación jurídica anterior a la comisión del delito”.

147. Esta norma está en la línea de la reprivatización del conflicto, y del derecho penal restitutorio por lo que no hemos de criticarla. Sin embargo, vemos que en lo fundamental ya estaba dentro de las obligaciones que podía poder el juez por lo menos en el caso de la suspensión condicional de la pena (art. 126 C.P.), por lo que la reforma se caracteriza por el alcance mayor que tiene y por ser precisamente dispuesta por la ley, aunque siempre por decisión discrecional del juez.

148. Estrictamente es imposible restituir la situación jurídica anterior, por lo que debe verse en ello la efectiva reparación del mal, volviendo las cosas, en

la medida de lo posible, y casi siempre por equivalente, al estado anterior al delito, para lo que rigen las reglas generales.

149. El que esto hiciera no podrá violar los deberes impuestos (porque se requiere no una promesa de restitución, sino una restitución efectiva) y por lo tanto no existe para él posibilidad de revocación ni de reintegro a la cárcel.

150. Habría pagado anticipadamente su deuda con la sociedad, y en todo caso generaría derecho reparatorio en caso de absolución.

151. La ley no prevé en modo alguno, la forma de la negociación que debe preceder a esta solución, ni el rol que debe cumplir en ella el Ministerio Público, la Defensa y las víctimas, por lo que jamás podrá determinarse con precisión en qué consiste o cual es el alcance de esta restitución, quién la fija, por qué monto, que posibilidades de aceptación o de rechazo tienen las partes y etc.

“D) Interdicción: la prohibición de concurrir a determinados lugares, comercios o domicilios, incluido el propio, o la obligación de permanecer dentro de determinados límites territoriales”.

152. Este tipo de medidas pueden ser muy útiles, pero debería implantarse, y preverse el costo, un sistema de monitoreo electrónico de personas, único modo moderno y efectivo de hacer realidad las finalidades perseguidas por el legislador.

153. Cinco días de interdicción efectivos y cumplidos valen por uno de prisión (art. 7)

“E) Atención médica o psicológica de apoyo o rehabilitación: la obligación de someterse a determinado tratamiento por un plazo máximo de seis meses, si el tratamiento fuese ambulatorio y de dos meses si requiriese internación”.

154. ¿Cómo puede determinarse la duración de un tratamiento de este tipo en forma automática y previa al comienzo del mismo?; ¿dónde se realiza?; ¿quién lo paga?; ¿cómo se controla?, y todas las preguntas que puedan formularse al respecto no son contestadas por la ley.

155. El tratamiento ambulatorio se computa a razón de un día de prisión por el tratamiento semanal, independientemente de las horas que éste insuma (literal B) art. 7)

156. Va de suyo que el tratamiento continuado y bajo internación se computa día por día, aunque la ley no diga nada al respecto.

“F) Prestación de servicios comunitarios: la obligación de cumplir las tareas que se le asignen, teniendo en cuenta su aptitud o idoneidad, en organismos públicos o en organizaciones no gubernamentales, cuyos fines sean de evidente interés o utilidad social. Estas medidas no podrán sobrepasar las dos horas diarias o las doce semanales y su plazo máximo de duración será de diez meses.

La Suprema Corte de Justicia establecerá los criterios generales que deberán cumplir las instituciones a que refiere este literal, a efectos de determinar las remuneraciones que se pagarán por el trabajo cumplido por los procesados y que se depositarán en el fondo a que refiere el artículo 16 de esta ley, las que se reservarán y reintegrarán al procesado si se revocase el auto de procesamiento o recayese sentencia absolutoria (artículos 235, 238 y 241 del Código del Proceso Penal)

Podrán también los Jueces cometer el cumplimiento de esta medida al Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados o a comisiones departamentales con cometidos similares en el interior de la República”.

157. Esta prestación, que el miembro informante, el diputado BARRERA veía como “el corazón” del art. 3, se prevé con total amplitud, para ejecutarse tanto en organismos públicos como en organizaciones no gubernamentales con fines de interés o utilidad social, solo limitadas por el lapso de duración, de no más de dos horas diarias o de doce por semana, por plazo que no puede superar los diez meses.

158. Se pone a cargo de la Corte el establecimiento de los criterios generales que deberán cumplir esas instituciones, y a efectos de establecer las remuneraciones que se pagarán por el trabajo cumplido que se depositará en una cuenta a favor del Patronato de Encarcelados y Liberados (art. 16) que se reservarán no obstante, hasta el fin del proceso, por cuanto en caso de sentencia absolutoria o de revocación del procesamiento esas sumas se deben devolver al causante.

159. Este es uno de los casos en que más claramente se nota la ausencia de pautas claras en cuanto al control de toda esta situación, que se soluciona aparentemente con el recargo de la tarea en la Suprema Corte, no previéndose organización administrativa alguna de refuerzo (salvo la referencia al cometimiento del cumplimiento al Patronato o a comisiones departamentales, que se autoriza disponer)

160. Este trabajo debería de ser gratuito, y nos imaginamos que una de las razones para establecer el pago (de un monto de todos modos irrisorio), es la preconstitución de un fondo (de algún modo debe ser llamado) para reintegrarlo en caso de no confirmación de la sospecha de culpabilidad.

161. Porque todos los problemas surgen de que estamos limitando la libertad de personas que no han sido todavía condenadas, y a las que ampara el estado de inocencia que todos tienen, aún los sometidos a proceso.

162. Los servicios comunitarios se computan a razón de un día de prisión por cada día efectivamente trabajado (lit. C) art. 7)

163. La crítica más aguda formulada al trabajo comunitario proviene de OTTATI, que acertadamente

señaló que en realidad tiene naturaleza punitiva y no cautelar, como se supone que debe tener (conforme a su naturaleza jurídica), tanto la preventiva como las medidas que la sustituyen.

“G) Arresto domiciliario: la obligación de permanecer en su domicilio, sin salir de sus límites, por un plazo máximo de tres meses o de permanecer en él dentro de determinados días u horas por un plazo máximo de seis meses”.

164. El arresto domiciliario en todas sus formas no puede controlarse efectivamente, salvo que se ponga en funcionamiento un régimen de monitoreo electrónico, al que ya referimos, cuyos costos y complejidades no han sido considerados en el texto de la ley.

165. El arresto domiciliario “cerrado”, esto es con prohibición absoluta de salir de él, se computa día por día, si el arresto solo fuese parcial, se calcula un día de prisión por cada diez horas de arresto continuado (art. 7 lit. D)

“H) Arresto en horas de descanso: la obligación de permanecer los días laborables durante las horas de descanso bajo arresto por un plazo máximo de seis meses. El arresto deberá cumplirse en el Hogar del Liberado a cargo del Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados, o donde el Juez lo indique”.

166. A mi criterio debe entenderse por horas de descanso, aquellas nocturnas (o diurnas según el caso) al cabo de la jornada de ocho o de seis horas laborables, y no los intervalos durante la jornada de labor que sería locura exigir.

167. En efecto, no puede entenderse que sean horas de descanso aquellas dedicadas al almuerzo del mediodía, o las que correspondan según cada especialidad laboral, de una o dos horas de duración o de menor tiempo aún, en las que no es razonable exigir el traslado hasta el Hogar del Liberado, ni es posible imaginar que el Juez pueda estar en condiciones de exigir en cada caso particular un lugar apropiado para dicho arresto el que además, no podría controlarse efectivamente.

168. En la mayoría de los casos sería un arresto nocturno para cuyo control, salvo cuando se haga en el Hogar del Liberado, no se ve cómo se puede controlar efectivamente.

169. No se prevé por la ley aumento de la capacidad locativa del Hogar, ni cómo solventar los gastos, ni tampoco en qué forma habilitar otros locales, posiblemente en comisaría o seccionales, incluso por la necesidad de abatir gastos de traslado a los liberados desde el centro de arresto hasta el lugar de trabajo, dando por supuesto que el sujeto, en la actual situación, tenga un empleo del cual deba descansar.

170. Se computa un día de prisión por cada jornada de arresto de este tipo (art. 7 lit. E)

“I) Arresto de fin de semana o de descanso semanal: la obligación de permanecer un día y medio con-

tinuo bajo arresto que coincidirá con el lapso de descanso semanal del procesado, que se cumplirá en una Comisaría Seccional, por un plazo máximo de seis meses”.

142. Esta situación merece las mismas observaciones generales ya vistas, en cuanto a su implementación efectiva, aunque el registro del cumplimiento en este caso no será difícil de hacer.

143. Se computan dos días de prisión por cada oportunidad de cumplimiento de la medida (art. 7 lit. F)

“J) Cualquier otra obligación substitutiva propuesta por el procesado y aceptada por el Juez, que cumpla con las finalidades de esta ley o suponga una adecuada reparación del mal causado”.

144. La necesidad de que el procesado consienta las medidas (art. 2) y esta facultad de proposición, (así como las que resultan de la disposición transitoria del art. 8), abren un ámbito de negociación sobre cuyo desarrollo no aclara nada la ley.

145. No se sabe cuál será el rol, si es que tienen alguno, del Ministerio Público, ni de la Defensa, ni de las Víctimas y sus representantes legales, ni qué ocurre si no se llega al acuerdo, ni en qué plazo debe cumplirse, ni qué vía recursiva tienen los interesados ante esta situación, que puede llevar a un callejón sin salida, en ocasiones acotada por el vencimiento de los plazos constitucionales de la duración del arresto y del comienzo del sumario conforme al artículo 16 de la Constitución.

146. El cómputo correspondiente por estas medidas innominadas se efectuará conforme lo señala el literal G) del art. 7, según el caso.

“K) Si el procesado fuere solvente deberá garantizar adecuadamente el pago de los días multa a imponerse, en caso de no ser absuelto”.

147. Esta disposición también abre el flanco a la crítica. En primer lugar no se determina qué debe entenderse por ser “solvente”, ni por qué se hace una discriminación negativa en cuanto al solvente respecto del que no lo es, en algo que puede verse como un cierto derecho penal de clase, que prefigura casos en que los únicos que en definitiva pagarán por sus crímenes serán los supuestamente “ricos”, mientras que, respecto del resto, supuestamente los no pudientes o pobres, la pena de multa tendrá un mero carácter simbólico pues será incobrable y no podrá ser substituida por aprisionamiento, lo que elimina a todos los efectos la consecuencia principal del crimen que es la sanción, sin cuyo concurso no puede siquiera hablarse de que estemos ante una ley penal (art. 1 C.P.)

148. El delito del solvente, sea ello lo que fuere, no es más grave que el de los demás, por lo cual se viene a pagar más caro por lo que se tiene y no por lo que se hace, instituyendo una forma de derecho pe-

nal de autor de signo inverso, pero no menos criticable del que resulta de los hechos naturales de la división social existente en la comunidad.

149. Solvente, en el sentido de la norma, es aquél que puede pagar sus deudas o de cumplir con una obligación, para determinar lo cual el legislador no ha dado pauta alguna al Juez, quedando todo al arbitrio del operador.

150. El ámbito de discrecionalidad que esto deja para el juzgador es amplísimo y teñido de elementos subjetivos y emotivos, propios de la ideología y situación de cada cual, que es necesario advertir, y por lo menos recomendar extrema prudencia en la aplicación de este literal de la ley.

151. No es difícil comprender que la forma más “adecuada” de garantizar un pago es mediante una fianza abonada, que va constituyendo las bases del efectivo cumplimiento de la pena (ver art. 14 de la ley y la reforma que impone al art. 337 CPP que ya comentamos supra)

El art. 4 establece:

“(Oportunidad de imposición y cese) Podrán imponerse las medidas a que refiere el artículo anterior, en el auto de procesamiento, o posteriormente al mismo, en forma fundada, cuando estuviese cumpliendo prisión preventiva, decretándose simultáneamente la libertad provisional. Se procurará que las medidas substitutivas perjudiquen en la menor medida posible las actividades laborales o educativas del procesado.

El cese anticipado de las medidas o de alguna de ellas, o la substitución de la prisión preventiva por medidas alternativas, se tramitará en la misma forma y plazos que el incidente excarcelatorio (artículos 156 y 157 del Código del proceso Penal) y el fallo será pasible de los mismos recursos (artículo 158 del Código del Proceso Penal)”.

152. La imposición de las medidas substitutivas o alternativas a la prisión preventiva es una potestad del magistrado, ya que las mismas “podrán imponerse” (art. 4), lo que teóricamente permite sostener que sigue vigente el régimen anterior de libertad provisional bajo caución (real, personal o juratoria), lo que habilitaría un doble sistema, no demasiado coherente, si se entiende que podría liberarse provisionalmente a personas a las que la ley no admite otorgar el beneficio de la substitución de preventiva por medidas, como a los reincidentes y habituales (art. 6)

153. En efecto, la oportunidad para imponer estas medidas es: a) al dictarse el auto de procesamiento, o b) si el sujeto fue procesado con prisión, al dictarse el auto que le otorga la excarcelación provisional (debiendo decretarse simultáneamente la libertad provisional y las medidas substitutivas)

154. El cese anticipado de las medidas ya dispuestas o la substitución de prisión por medidas se

tramitará conforme a lo dispuesto para el incidente excarcelatorio y con idénticos recursos, formas y plazos (art. 4 inc. 2, 156-158 CPP)

El art. 5 dispone:

“En caso de imposibilidad del cumplimiento de la medida por causa no imputable al procesado, la misma se sustituirá por otra u otras sin aumentar su gravedad”.

155. En estos casos de imposibilidad de cumplimiento, y de sustitución de unas medidas por otras “sin aumentar su gravedad”, el trámite a seguir creemos que es, a falta de otra disposición, el mismo referido anteriormente, o, en su defecto la vía incidental.

156. Esta disposición ha sido criticada por consagrar no el reintegro a la cárcel para cumplir la preventiva, sino una verdadera sustitución de medidas sustitutivas, que puede llegar a crear un círculo imposible de romper, a lo que debe agregarse la dificultad resultante de que, como las medidas se instituyen con consentimiento del procesado, difícilmente puedan continuar si aquel consentimiento se retira, lo que replantea un inconveniente debate o negociación con el juez, y la posibilidad siempre latente de un reingreso a prisión.

157. Por otra parte, la comparación respecto de la “gravedad” de las medidas, es asunto librado al buen sentir de los operadores y de no fácil resolución. La ley no ha otorgado ningún baremo objetivo que permita discernir cuales son más graves que otras, asunto abierto a la opinión particular y por tanto contrario a la certeza y la seguridad.

El art. 6 dice:

“(Imprudencia). Las medidas sustitutivas a que refiere esta ley no proceden en los casos de reincidencia o habitualidad”.

158. De esta disposición resulta muy claramente a mi juicio, que no puede otorgarse racionalmente la libertad provisional a reincidentes o habituales, en la medida en que, si no pueden ser beneficiados por estas medidas, atento a su peligrosidad, no se ve cómo podrían ser dejados en libertad provisional (procesándolos sin prisión, o excarcelándolos luego) simplemente bajo caución, régimen más benigno y menos controlado que el que suponen este tipo de medidas que precisamente se crean para sustituir a la prisión preventiva o aplicarse como alternativa de ella.

El art. 7 de la ley dispone:

“Las medidas a que refiere el artículo 3 de esta ley, sólo se revocarán en los casos graves de violación de los deberes impuestos.

Se considerará caso grave la existencia de un procesamiento posterior.

La decisión será apelable con el solo efecto devolutivo.

En este caso las medidas cumplidas se computarán a efectos de la preventiva a sufrir de la siguiente manera:

A) Interdicción (literales B) y D) del artículo 3): un día de prisión por cada cinco días de la medida cumplida.

B) En caso de tratamiento ambulatorio: se computará un día de prisión por el tratamiento semanal, independientemente de las horas que éste insuma.

C) Servicios comunitarios: un día de prisión por cada día efectivamente trabajado.

D) En caso de arresto domiciliario con prohibición absoluta de ausentarse: un día de prisión por cada día de arresto; en caso que el arresto hubiese sido parcial: un día de prisión por cada diez horas de arresto continuado.

E) Arresto n horas de descanso: un día de prisión por cada jornada de arresto.

F) En caso de arresto de fin de semana o de descanso semanal: dos días de prisión por cada oportunidad de cumplimiento de la medida.

G) En caso de las demás medidas, si ellas supusiesen una privación de libertad ambulatoria o la obligación de permanecer en algún lugar: un día de prisión por cada diez horas continuas de cumplimiento de la medida, salvo que ella hubiese impuesto el cumplimiento de alguna actividad, en cuyo caso se acumulará el cómputo del literal C)“.

159. La revocación de las medidas “sólo” podrá disponerse por “casos graves” de violación de los deberes impuestos, lo que obliga al juez a considerar que pueden existir casos no graves de violación en que no se podrá llegar a la revocación.

160. La existencia de un procesamiento posterior es, por mandato de la ley, y por interpretación auténtica, no susceptible de matización alguna, un caso grave que obliga a revocar el beneficio concedido (art. 7)

161. Las demás situaciones que puedan presentarse quedan a la discrecionalidad del magistrado. El incumplimiento o desobediencia en estos casos no implica delito de desacato, lo que debilita la fuerza de coacción que se supone deben tener estas medidas, ya que la consecuencia de la desidia u olvido solo puede llevar, y exclusivamente cuando se considere incumplimiento “grave”, a la revocación del beneficio, lo que no impide tampoco que se vuelva a conceder la excarcelación nuevamente, otra vez bajo medidas, porque tampoco se estableció, lo que hubiera sido eficaz, la regla de que una vez revocada la medida no puede disponerse de nuevo, lo que hubiera tenido un alto efecto contenedor de inconductas del liberado provisionalmente.

162. La revocación implica, como es muy obvio y lo manda la ley (ésta habla de “la preventiva

a sufrir" art. 7 inc. 4), el reintegro del sujeto a la cárcel para seguir en prisión provisional, debiendo descontarse del cómputo de la pena (art. 321 CPP), todo el lapso pasado, tanto en prisión preventiva como en medidas sustitutivas, conforme a este sistema.

163. En caso de revocación del beneficio la ley establece un complejo sistema de cómputo de las medidas cumplidas a "efectos de la preventiva a sufrir", es decir a su duración, ya que luego como digo, se descontarán de la pena en esa cantidad.

164. En algunos casos, como ya lo hemos indicado, no corresponde hacer cálculo alguno (art. 3 lit. C), siendo la regla general para las medidas "innominadas" que pueden disponerse, la de computar los lapsos de privación de libertad ambulatoria, a razón de un día por cada diez horas, salvo cuando se impusiera alguna actividad, en que se computará un día por un día (lit G) art. 7), incluso en forma acumulativa

165. Todo este cálculo lo deberá hacer el juez al estudiar una posible nueva libertad provisional, para cuya concesión se tiene en cuenta el lapso sufrido de preventiva (el primero si lo hubo y el que resulta de la revocación del beneficio), a lo que debe agregarse el cómputo de la libertad vigilada que hubiera efectivamente cumplido durante el tiempo de su excarcelación.

166. Esto pone de manifiesto que todavía el legislador considera de algún modo a la preventiva (y la vigilancia de la autoridad que resulta de las medidas sustitutivas) como un adelanto de la pena a recaer, y como un índice importante en la consideración de la excarcelación provisional, que no puede ser otro que la relación de proporcionalidad entre la pena a recaer y el sufrimiento efectivo o la pérdida de libertad efectiva ya sufrida por vía de preventiva y de sustitución de ella.

167. A mi juicio es obvio que si el juez decide poner nuevamente en libertad al indiciado, también podrá hacerlo sustituyendo nuevamente a la preventiva por medidas sustitutivas, conforme a la ley.

Capítulo VII

MODIFICACIÓN AL RÉGIMEN DE LAS PENAS DEL CÓDIGO PENAL.

(Las penas sustitutivas a la prisión y pena de multa)

El art. 9 dispone:

"(Penas sustitutivas). Cuando la pena sea de prisión podrá sustituirse por alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 3°".

168. El art. 9 de la ley modificó sustancialmente el régimen de la pena de prisión al permitir su sustitución por medidas.

169. En primer lugar debe decirse que lo que se habilita es la sustitución de la prisión como tal, no habiéndose establecido nada respecto de las accesorias a ella, de modo que podría discutirse respecto de si la "suspensión de cargo u oficio público, profesiones académicas y derechos políticos" (art. 82 C.P.), deben cumplirse íntegramente o no.

170. A mi juicio se ha modificado en este aspecto la previsión del Código Penal, por cuanto no vemos cómo, si ha dejado de existir la pena de prisión, porque se sustituyó por medidas, pueda seguir teniendo accesorias algo que ya no tiene realidad, por lo que postulo la eliminación, en estos casos, incluso de las accesorias mencionadas. La pena de prisión ha dejado de existir y no puede por tanto tener accesorias.

171. En su mérito tampoco corresponde, en estas hipótesis de sustitución de pena, hacer las anotaciones, inscripciones y demás medidas requeridas por las accesorias, quedando modificado al respecto tanto el C.P. (arts. 81 y 82), como el CPP, (art. 339)

172. De esta forma se vienen a agregar de alguna manera, al catálogo de penas principales del art. 66 del C.P., las penas sustitutivas de la pena de prisión de que trata esta ley y que estudiamos antes detalladamente como alternativas a la preventiva.

173. No se previó expresamente la sustitución de la pena privativa de la libertad, por la pena pecuniaria que es la principal alternativa al aprisionamiento en derecho comparado, o sea la sustitución lisa y llana de la prisión por multa, que permitiría solucionar fácilmente muchos de los problemas que plantean otras alternativas.

174. Pero como se traslada *in totum* el régimen del art. 3 a la pena, es obvio que el condenado puede proponer el pago en sustitución (lit. J), lo que permitiría a los "solventes" pagar su pena, como en los tiempos de la vieja Roma, lo que podría dar positiva entrada a un derecho compensatorio, si todo esto se utiliza con criterio moderno que toma en cuenta el interés prevaleciente de la víctima en la solución de su problema causado por el delito.

El art. 14 de la ley dice:

"Sustitúyese el artículo 337 del Código del Proceso Penal por el siguiente:

ARTÍCULO 337. Si se condena el pago de una multa, esta podrá hacerse efectiva de las sumas que se hubiesen depositado en garantía de pago de días-multa, o ser abonada hasta en dieciocho cuotas mensuales, las que podrán reducirse, de acuerdo con las posibilidades económicas del condenado. Podrá el Juez, excepcionalmente, reducir su importe cuando

el condenado acredite que ha empeorado de fortuna, lo que se tramitará por vía incidental.

El control del pago será de cuenta de la Oficina Actuarial que, sin necesidad del mandato judicial, procederá a intimar al condenado al pago de lo adeudado siempre que se atrase en más de una cuota”.

175. Esta norma significa un cambio radical de la pena de multa del C.P., pues, como hemos visto más arriba, ya no rige la regla de la sustitución de multa por prisión del art. 84 del C.P. y del art. 338 del CPP, en caso de no pago, incluso por razones de carencia de bienes, sino que la regla es la no sustitución.

176. Como hemos dicho, esta norma debe verse en combinación con el literal K) del art. 3, lo que viene a significar que solo las personas “solventes”, que son aquellas que deben garantizar “adecuadamente” el pago de los días-multa, vendrán a pagar efectivamente las penas de multa impuestas por sentencia firme, atento a que son los únicos a los que se exige el depósito del que puede “hacerse efectiva” la pena pecuniaria establecida.

177. Para el resto de los casos no solo se habilita el pago en cuotas hasta de dieciocho meses (suponemos que consecutivos), sino que incluso se permite que, luego de haber cosa juzgada, por vía incidental se rebaje la pena, si se acreditare que el condenado “ha empeorado de fortuna”, lo que pone de manifiesto la delegación enorme que se ha hecho al arbitrio judicial.

178. El control del pago y la consecuente intimación por el atraso de por lo menos dos cuotas (“más de una”), lleva a que la pena pueda no ser cumplida, quedando solo habilitada la Sede para intentar el cobro por vía ejecutiva.

179. Si no se cumple la pena, es decir si no se paga voluntaria o forzosamente, deberá esperarse el plazo de la prescripción de la condena para extinguirla (art. 117 No. 2 y 129 C.P.)

El art. 16 establece:

“Las sumas que se recauden por el pago de penas así como por concepto de días –multa, se destinarán en la forma dispuesta por el artículo 121 de la Ley No. 16.320, de 1° de noviembre de 1992”.

178. Esta disposición, debida a una iniciativa del diputado BERGSTEIN, pasa el destino de los dineros producto de las multas, que según el Proyecto original irían a la Suprema Corte de Justicia, a los fondos del Patronato de Liberados y Encarcelados, (creado por L. 13.318), con cuyos fondos se piensa pueda mejorar su servicio y solventar en parte la puesta en marcha de las obligaciones que le impone esta misma ley.

Capítulo VIII MODIFICACIÓN AL RÉGIMEN DE LA LIBERTAD POR GRACIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

El art. 17 de la ley dispone:

“En cualquier estado de la causa, a solicitud presentada por escrito por la defensa, la Suprema Corte de Justicia, previo informe del Instituto Técnico Forense, podrá conceder la excarcelación provisional por gracia, atendiendo a la preventiva ya sufrida o a la excesiva prolongación del proceso”.

180. Este es un instituto de clemencia soberana, que conjuntamente con el sobreseimiento gracioso, ha sido puesto como es sabido, en manos del máximo tribunal jurisdiccional de la República, precisamente en la cabeza del Poder Judicial.

181. Es una forma excepcional de poner fin a la prisión preventiva dispuesta por los tribunales ordinarios competentes, que se otorgaba generalmente en acto de visita de causas o cárceles, de oficio o a petición de parte, que tiene su origen en el viejo Código de Instrucción Criminal (art. 370), pasando por L. 3.246, de 1907, de creación de la Alta Corte de Justicia, y teniendo como antecedentes inmediatos las reformas introducidas por leyes 15.737, de 8.3.85, y 17.272, ed3 24.10.2000.

182. Lo más destacable es que esta libertad provisional puede otorgarse aún respecto de procesados por delitos castigados con mínimo de penitenciaría, o respecto de delincuentes que *prima facie* van a ser retribuidos con una pena de tal naturaleza, lo que no resulta inconstitucional, a mi juicio, en la medida en que se concibiere tal acto como de naturaleza jurisdiccional y de clemencia soberana (por la contradicción aparente con el art. 27 de la Constitución)

183. Este artículo de la ley ha creado una nueva posibilidad de libertad provisional por parte de la Corte, que no deroga ni modifica el art. 20 de la L. 15.737 en su actual redacción, sino que agrega una nueva posibilidad excarcelatoria a cargo del máximo tribunal, fuera del acto de visita de cárceles y causas a que refiere la norma tradicional que mantiene inalterada entonces su vigencia.

184. La nueva disposición establece claramente que a pedido escrito del Defensor, en cualquier estado de la causa, desde el procesamiento hasta que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada, previo informe preceptivo del Instituto Técnico Forense (sin necesidad de vista obligatoria del Fiscal de Corte, porque no lo exige la ley, pero que obviamente nada impide que se recabe su opinión, a discrecionalidad de la Corporación), podrá concederse la libertad “pro-

visional por gracia", incluso en los casos en que la pena a recaer fuera de penitenciaría, lo que debe hacerse en Corte plena (no bastando que se otorgue por dos Ministros ya que la ley no lo previó expresamente en este caso), atendiendo a la preventiva sufrida o a la excesiva prolongación del proceso.

185. Hay por tanto a partir de la ley dos formas de otorgamiento de la libertad graciosa: a) la prevista en la ley de amnistía en acto de visitita de cárceles y causas, en la forma tradicional que señala la ley vigente y esbozada antes, y b) esta forma especial (que puede devenir la más habitual o normal), otorgada exclusivamente a pedido del Defensor y con requisitos propios.

186. La propia Suprema Corte debe determinar, con pautas que seguramente no diferirán de las que toman en cuenta todos los magistrados del país, en los miles de causas que procesan todos los días, cuándo la preventiva sufrida es excesiva, solo que en el caso se puede extender el beneficio a individuos procesados por delitos graves castigados aún con pena de penitenciaría.

187. Esto pone de manifiesto una vez más, el criterio del uso de la preventiva como adelanto de la pena, respecto de la cual se busca determinada proporción, que pauta la norma cultural tantas veces señalada que en los hechos el pedido de procesamiento del Fiscal equivale a la acusación, el auto de procesamiento a la sentencia y la preventiva a la pena.

188. También puede determinar en la forma habitual cuando resulta excesiva la duración del proceso, sobre lo que la doctrina y yo mismo ya hemos expuesto con anterioridad, permitiéndosele juzgar, conforme a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, si ha durado más de lo razonable, y debe hacerse efectivo para el justiciable el derecho que tiene de esperar el dictado de su sentencia en libertad, como indica el art. 9 No. 3 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por L. 13.751, de 11.7.969. La Acordada 7.506, de 24.3.2004 reglamentó en forma transparente la propia actuación de la Corporación, dando pautas claras de su accionar en la materia de visitas de cárceles, lo que da seguridad, certeza, igualdad y uniformidad al sistema, en el sentido de que se trata siempre de un mecanismo excepcional, y que no debe ser usado por asuntos de coyuntura, para resolver problemas puntuales, tales como por ejemplo el hacinamiento carcelario, sino que debe expresar la política criminal del Estado a través de la obra jurídica del más alto tribunal del país.

Capítulo IX LA REFORMA AL TRATAMIENTO DEL HURTO AGRAVADO POR LA PENETRACIÓN DOMICILIARIA Y POR LA DESTREZA

El art. 18 y final de la ley dice:

"Agréguese al final del artículo 341 del Código Penal en la redacción dada por la Ley No. 17.243, de 27 de junio de 2000, el siguiente numeral:

3) Para lo previsto en los numerales 1º) y 2º) precedentes, la pena podrá ser reducida de un tercio a la mitad si al autor del delito le comprendiere la atenuante prevista en el numeral 7 del artículo 46 de este Código".

189. Esta disposición se introdujo sin discusión alguna y un poco sorpresivamente por el diputado Vener Carboni, con el único y confuso fundamento de que los primarios "no sean procesados con un año de cárcel", sino "sin prisión reduciendo la pena", aprobándose de inmediato.

190. Esta norma es un buen ejemplo de la falta de una política criminal coherente, que lleva al legislador a estar modificando casi permanentemente lo que hizo, al cabo de poco tiempo.

191. Con razón o sin ella, en 2000 la ley endureció la respuesta punitiva respecto de los hurtos agravados por la penetración domiciliaria, y por la utilización de destreza o sorpresa en su ejecución, para que en estas situaciones, y muy particularmente en los casos conocidos como de "pungas", los sujetos fueran castigados con penas de penitenciaría, lo que, como vimos *supra* obliga a procesar con prisión e impide luego la libertad provisional.

192. Probablemente esta disposición que se inscribía en una política de las llamadas de ley y orden, y que probablemente tuvo en cuenta el carácter profesional de este tipo de delincuentes, y las dificultades existentes para acumular prueba en su contra de dicha habitualidad, así como la alarma pública que tal tipo de actos provoca, contribuyó en buena medida a poblar las cárceles donde cada vez se hacían más y más presos, la mayoría sin condena.

193. Ahora el legislador ha considerado excesivo dicho tratamiento y lo ha dulcificado para los que tuvieren "buena conducta anterior", que es una de las atenuantes nominadas y que se construye con una planilla libre de antecedentes y con la deposición de por lo menos dos testigos de conducta que acrediten sus buenos antecedentes previos al crimen por el que se le juzga.

194. Cuando ello ocurra la ley dice ahora que "la pena podrá reducirse de un tercio a la mitad", lo que

permite al juez, si estima que *prima facie* en el caso concreto no habrá de recaer a este primario pena de penitenciaría, utilizar el siguiente abanico de opciones: a) procesar sin prisión y bajo medidas sustitutivas o, b) procesar con prisión y luego de un lapso excarcelarlo bajo dichas medidas, reproduciéndose aquí la cuestión de si puede o no el magistrado excarcelar bajo cauciones según el viejo régimen, lo que si bien teóricamente es posible, no creo tenga justificación alguna, y será muy difícil fundamentarlo debidamente en los casos reales, por el mayor control que se supone tienen las medidas establecidas en el art. 3 de esta ley.

195. La norma rige exclusivamente para primarios (lo que entronca en el sentido de la ley, según el art. 2), respecto de los cuales el juez estime que no recaerá pena de penitenciaría, cálculo que deberá hacerse con mesura, visto que el delito se castiga de regla con dos a ocho años de penitenciaría, y la postestad (la pena "podrá" reducirse) de rebaja oscila entre los ocho meses de prisión a los dos años y ocho meses de penitenciaría (en la hipótesis de la rebaja de un tercio) a los doce meses de prisión a los cuatro años de penitenciaría (en la hipótesis de la rebaja a la mitad)

196. Estos delitos siguen siendo hurtos agravados especialmente y con penas potenciadas, solo que, cuando los ejecuta un sujeto de buena conducta anterior, que en general será además un menor relativo, la pena se rebaja, quedando absurdamente, en el máximo, con menos pena que el hurto simple, que se castiga con hasta seis años en todos los casos, lo que demuestra la desprolijidad existente al momento de legislar, que arroja al cabo estos resultados paradójales.

197. Por último diré que si el sujeto no acredita plenamente su buena conducta, aún cuando se considere que está amparado por la circunstancia analógica del numeral 13 del art. 46 del C.P., no puede aplicarse la rebaja de pena aquí dispuesta, por no referir a ella la norma, que exige que la atenuante sea la del numeral 7 y no ninguna otra.

Capítulo X

GARANTÍAS A LOS INDAGADOS, RESERVA DE LA INSTRUCCIÓN E IGUALDAD DE LAS PARTES EN EL PRESUMARIO

(Análisis de la L. 17.773, de 20.4.2004)

El artículo Único de la L. establece:

""Sustitúyese el artículo 113 del Código del Proceso Penal, por el siguiente:

ARTÍCULO 113. (Garantías a los indagados, reserva de la instrucción e igualdad procesal)

Cuando una persona es conducida o citada a una sede judicial como indagada por la comisión de un presunto delito, antes de tomarle la primera declaración, se le intimará la designación de un defensor que lo patrocine y si no lo hiciera, se designará Defensor de Oficio.

Los indagados y sus defensores tendrán acceso al expediente durante todo el desarrollo del presumario, salvo resolución fundada del Juez basada en la posible frustración de las pruebas a diligenciar.

Asimismo, los defensores podrán proponer el diligenciamiento de pruebas e interrogar testigos.

El presumario tendrá carácter reservado.

Cesa el carácter reservado:

- 1) Porque se dictó el auto de procesamiento.
- 2) Porque se dispone el archivo de las actuaciones.
- 3) Porque ha transcurrido un año desde el inicio de las actuaciones presumariales.

Si transcurrido un año se optara por continuar las actuaciones presumariales, únicamente tendrán carácter reservado las subsiguientes al cumplimiento del plazo.

Ninguna actuación podrá tener carácter reservado por más de un año.

Bajo su más seria responsabilidad funcional, los Jueces velarán por la igualdad procesal entre fiscales y defensores en esta etapa del proceso".

198. El artículo ahora modificado fue introducido en el CPP de 1980 en los siguientes términos: "(Reserva de la instrucción) La referida etapa de instrucción tendrá carácter reservado mientras no se disponga el archivo de las actuaciones. No obstante, el Juez, por auto fundado, podrá mantener esa reserva cuando, en mérito a las resultancias del expediente, considerare probable que el presumario pudiere reabrirse en el futuro".

199. Esto se debió a la "legalización" de la etapa llamada presumarial, propia de los actos preliminares de que trata el Título I del Libro II sobre Proceso de Conocimiento del Código Procesal Penal.

200. Integra la parte más crudamente inquisitiva del tipo de proceso "mixto-moderno" que adopta nuestra envejecida legislación, que por esta norma que comentamos ahora se trata de modernizar y adaptar, modestamente, a los cánones más garantistas, que resultan de los múltiples Convenios Internacionales sobre derechos humanos y proceso penal democrático aprobados por el país.

201. La ley asegura la designación de defensor (privado o de oficio según el caso) que patrocine a todo "indagado" o sospechoso de haber incurrido en acto criminal, "antes de tomarle la primera decla-

ración”, a lo que se agrega como total novedad el hecho de que indagado y defensor “tendrán acceso al expediente durante todo el desarrollo del presumario”, como regla, y salvo resolución fundada del juez, exclusivamente en “la posible frustración de las pruebas a diligenciar”.

202. Los defensores por su parte también podrán “proponer el diligenciamiento de pruebas”, que deberán ser tramitadas en la forma corriente, e incluso “interrogar testigos”, lo que en buena medida viene a consagrar una práctica liberal que ya se había extendido en los tribunales, solo que ahora no será una potestad del juez dar cabida o no a dichos requerimientos, sino que debe tratarlos como los que son: un derecho de la defensa.

203. Todo ello se regirá por las normas del CPP y en su defecto por las complementarias del Código General del Proceso. El procedimiento en casos de controversias, será el incidental.

204. Es una forma de implementar el art. 16 de la Constitución que entre otras cosas, dispone que “la declaración del acusado deberá ser tomada en presencia de su defensor”, claro que desarrollando el concepto en el sentido de superar definitivamente la asistencia pasiva por una actuación pro-activa del defensor.

205. Estos derechos integran el debido proceso legal y derivan directamente de la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por L. 15.737, de 8.3.985, cuyo art. 8 literal f) establece, como una de las garantías mínimas, el “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos” (en igual sentido el Pacto de los

Derechos Civiles y Políticos, L. 13.751/969, art. 14 No. 3 literal e)

206. Se mantiene el “carácter reservado del presumario” pero se amplían las causas del cese de la reserva al inicio del sumario (con el dictado del auto de procesamiento); a la resolución de archivo (que no se limita a la posibilidad de una reapertura eventual), y al mero transcurso del tiempo de un año computado a partir del inicio de las actuaciones presumariales, que coincide con “la iniciación del procedimiento penal” (art. 112 CPP), o sea desde la toma de conocimiento por parte del juez.

207. La ley claramente establece que las reservas no pueden durar más de un año, al punto de que si pasado dicho lapso se optare por continuar el presumario, solo resultan reservadas las actuaciones posteriores al cumplimiento de ese plazo, determinándose también que las actuaciones individualmente consideradas no pueden mantenerse en reserva por mas de un año.

208. La violación de este secreto por parte de los funcionarios públicos involucrados en el mismo, puede dar lugar a la configuración del delito de revelación de secretos previsto en el art. 163 C.P.

209. El inciso final del artículo en estudio señala la necesidad de preservar la figura del Juez como un tercero imparcial, frente a las partes encontradas que dirimen ante los estrados un conflicto (el Ministerio Público y el Defensor), tratando de terminar con una situación inconveniente, en perjuicio de la defensa, a que ha llevado progresivamente el tipo de proceso imperfecto que tenemos, que terminó por crear en los hechos una desigualdad, inclinando la balanza del lado del Fiscal, que la norma trata de revertir.