

# URUGUAY

## La Ley sobre prevención sin prisión

De 29 diciembre 1959

ANTONIO CAMAÑO ROSA

Fiscal del Crimen

SUMARIO: I. *Generalidades*: 1. Sistemas procesales.—2. Institutos afines.—3. Continuación.—4. Conclusión.—II. *Antecedentes nacionales*: 5. Precedentes mediatos.—6. Fuentes de la ley.—7. Historia de la sanción.—8. Fundamentos.—9. Constitucionalidad.—10. Alcances.—III. *Modo de proceder*: 11. Quién resuelve.—12. Cómo se resuelve.—13. Carácter de las resoluciones.—14. Presupuestos.—15. Objeto de las resoluciones.—16. Sujeto de las resoluciones.—IV. *Ámbito del instituto*: 17. Clase de causas.—18. Criterios seguidos.—19. Plan general.—20. Casuística.—21. Excepciones.—22. Análisis.—23. Medidas sustitutivas.—24. Recursos.—25. Disposición transitoria.

### I. GENERALIDADES

1. SISTEMAS PROCESALES.—La situación del imputado varía de acuerdo con los sistemas de enjuiciamiento conocidos. En el sistema acusatorio puro el imputado goza de libertad hasta la sentencia definitiva de condena. El sistema inquisitivo se caracteriza por la prisión preventiva del imputado, admitiéndose en algunos casos la libertad provisional, bajo fianza o caución juratoria. El sistema mixto, adoptado por el derecho moderno, consiste en la reunión y la alteración de las dos viejas formas: predominan los caracteres del sistema inquisitivo en el período instructorio, y los del acusatorio en el plenario. La tendencia actual es la de darle cada vez más entrada al elemento acusatorio. En la imagen de CARRARA, el proceso mixto se asemeja a una aleación metálica, donde la parte de cobre corresponde al proceso inquisitivo y la de plata, al acusatorio. El valor del sistema aumentará en función de la plata que contenga (*Programa*, núm. 853).

Bien: nuestro proceso penal, de tipo mixto, se caracterizaba por la prisión preventiva del imputado durante el período instructorio, sin perjuicio de la excarcelación provisional en algunos casos debidamente reglamentados. Ahora, con la Ley de 29 diciembre 1959, la prisión no acompañará necesariamente al procesamiento: en ciertas hipótesis bastará con la prevención. Aunque no sea mucha, hay más plata en la mezcla. Y eso significa ya una conquista de corte netamente liberal. "Toda nueva garantía a favor de quien es sometido a la dura prueba de un proceso penal —dice CARNEVALE— parece una exaltación de la personalidad del libre ciudadano, otra victoria del principio democrático" (*Diritto criminale*, vol. III, parte II, p. 293).

Después de apreciar filosóficamente estos sistemas, en su notable monogra-

fía sobre *La situación jurídica del imputado*, dice VÉLEZ MARICONDE: "Cuando hoy se sitúa el problema en un plano estrictamente jurídico, se observa el proceso como un instrumento esencial de justicia, que tiene como finalidad mediata la aplicación de la ley penal, y en último término la defensa del orden jurídico; como un medio de procurar el descubrimiento de la verdad, en que aquélla debe asentarse, para tutela del interés social por la represión de la delincuencia y para la protección de la libertad y de los derechos individuales. En este sentido, es un sistema de garantías, mas no solamente individual, sino también social. La concepción permite atrapar los dos intereses comprometidos, sin olvidar al individuo para dar preferencia a la colectividad, o viceversa. Superanse así las concepciones unilaterales y se advierte que la sociedad tiene interés no sólo en el castigo del verdadero culpable, o sea, en el triunfo de la verdad, sino también en el respeto a la persona y libertad del imputado, hasta el grado de que la restricción de esta última es consentida en la medida de lo necesario" (*op. cit.*, núm. 1).

2. INSTITUTOS AFINES.—Antes de emprender el estudio de la materia, es necesario fijar los conceptos que a menudo hemos de utilizar, especialmente los de libertad, arresto, detención, procesamiento, prevención y prisión, diferencias entre la prisión preventiva, la prevención sin prisión, la excarcelación provisional y la exención de prisión, entre las medidas preventivas o cautelares y las represivas, etc. Sólo de esta manera puede captarse la naturaleza jurídica del instituto y apreciar el mecanismo de la ley.

Vamos a referirnos a la libertad individual en sentido estricto, de libertad física, personal, o sea la de movimiento la de ir y venir sobre todo la que se relaciona con la prohibición de que las personas puedan ser arrestadas o detenidas, fuera de los casos previstos por la ley. Esto tiene una larga tradición histórica, que arranca de la Carta Magna de 1215, pasando por el Bill de *habeas corpus* de 1679 y la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

Todas las Constituciones de la República (1830, 1918, 1934, 1942, 1952), con leves variantes, destinan una sección para consagrar los derechos y garantías fundamentales de los habitantes que, al encontrarse en la base de nuestro sistema político, de orientación democrática y liberal, constituyen presupuestos esenciales de la ley procesal. Ahora bien. Fuera del caso de privación de libertad impuesta por sentencia, como medida penal (arts. 12, 19, 21 Const.; 11, 13, 314 CIC; 85 CP), la libertad de las personas sólo puede restringirse por vía de arresto, detención o prisión preventiva, medidas simplemente cautelares (artículo 91 inc. 1.º CP).

Aquí desempeña un papel importante el tan discutido principio de la *presunción de inocencia*. Esta es, ciertamente, la presunción que existe a favor de todas las personas, no hasta que se pruebe plenamente lo contrario, sino hasta que se inicie un proceso. Desde entonces el principio en realidad debe invertirse, pues el procesamiento deriva de una presunción de culpabilidad, o más bien considerar que el imputado no es un culpable ni un inocente, sino sólo un indiciado (VÉLEZ MARICONDE, *op. cit.*, n. 40).

Otra confusión deriva de la terminología legal, de los medios de expresión, que no se ajustan siempre a una técnica rigurosa. Así, la Constitución habla de

"preso" (art. 15), "arrestado", "acusado" (arts. 16, 20, 27), "aprehensión" (artículo 17), "acusación" (art. 22); el Código de Instrucción Criminal se refiere al "detenido" (arts. 28, 60), al "presunto reo" (arts. 156, 157), etc.

3. CONTINUACIÓN. —El *arresto* es más bien el acto primario de aprehensión, ejecutado generalmente por la autoridad policial, y a veces por los particulares, en caso de delito flagrante (arts. 15 Const.; 12, 380 CIC), mientras que la *detención* es un estado relativamente breve de privación de libertad, impuesto por el Juez a los sospechosos de haber cometido un delito o a los testigos (art. 230 CIC). Debe distinguirse del arresto impuesto como medida represiva, policial o municipal (arts. 19, 394 CIC), aunque no se lo reputa pena (art. 91, inc. 5.º CP); o como medida disciplinaria militar (art. 20 CPM), o como vía de apremio judicial (arts. 228 CIC; 382, 904, 1.309 CPC; 1.165 CCom.). Excepcionalmente, el arresto puede decretarlo el Poder Ejecutivo, como medida pronta de seguridad, dando cuenta, dentro de breve plazo, al Parlamento (arts. 31, 168, inc. 17 Const.). Por último, está la llamada *detención en averiguaciones*, realizada por la Policía para indagar los delitos, o en base a simples sospechas (art. 420 CPC), reglamentada administrativamente (decretos de 23 agosto 1939, 24 octubre 1945; resoluciones de la Jefatura de Policía de Montevideo de 1.º junio 1948 y 15 julio 1949), aunque se la reputa inconstitucional y puede prestarse a abusos disimulados, como sucede cuando se acude a los eufemismos de "retenido" o "demorado".

Aclaradas estas nociones, corresponde establecer que el arresto o detención iniciales, asegurativos y momentáneos, sólo puede transformarse en prisión preventiva en virtud de una decisión judicial ordenando el procesamiento. Dada la insuficiencia normativa de nuestro Código de Instrucción Criminal son muchos los problemas que plantea el *auto de procesamiento*. Así, se discute si el llamado auto cabeza, donde el Juez se limita a dejar constancia de encontrarse el preso o presos a su disposición (art. 59 CIC), constituye técnicamente un auto de procesamiento, aunque, en la práctica, la ratificación tácita del sometimiento policial se considere como tal. En cambio, cuando no existe flagrancia delictual y se necesita instruir presuntorio a fin de constatar la semiplena prueba del hecho (arts. 15, 16 Const.; 12, 44, 45, 143, 150, 151 CIC), para procesar, el Juez, previa vista al Ministerio Público (arts. 22 Const., 146 CIC), dicta una providencia expresamente fundada, verdadero auto de procesamiento, cuyos elementos deben rastrearse a través de las disposiciones constitucionales y procesales citadas (*ver también n.º 14*). No es nuestro objeto ahondar estos problemas, superados en el Código de Procedimiento Penal Militar, (arts. 174 a 188), sino simplemente enunciarlos, porque se relacionan con el tema.

4. CONCLUSIÓN.—Ahora bien; la *prevención* es un efecto del auto de procesamiento expreso o tácito, mediante el cual el imputado de un delito queda sujeto a los poderes del Juez instructor y, por ende, vinculado al procedimiento penal, pasando a la situación de prevenido o procesado.

Normalmente el procesamiento apareja la *prisión preventiva* del procesado, que se traduce en una privación de libertad, cumplida en determinados establecimientos, limitada a asegurar su persona y el éxito de las investigaciones. El tratamiento de los prevenidos no está sistematizado (*ver arts. 189 a 192 CPPM*), aunque sus derechos en tal sentido derivan de las disposiciones constitucionales y procesales (arts. 20, 26 Const.; 157 a 159, 368, 418 a 422 CIC) y de los reglamentos carcelarios. Por otra parte, muchas de esas disposiciones son letra muer-

ta, dada la situación de nuestros establecimientos carcelarios y el derecho consuetudinario procesal, que ha venido a sustituir al legal. La prisión preventiva juratoria, que el Juez puede decretar cuando presume que no ha de recaer pena de penitenciaría (arts. 27 Const.; 35, 202, 206 CIC), lo que supone un verdadero reemplazo de garantías (arts. 204 a 210 CIC).

Excepcionalmente, el procesamiento debe decretarse sin prisión, y esto es lo que técnicamente se denomina *prevención sin prisión* (leyes 1.619 de 30 mayo 1883, art. 2; 5.508 de 16 septiembre 1916, art. 10; 9.480 de 28 junio 1935, artículo 34; sin número de 29-diciembre 1959, art. 1). Lo que hacen estas leyes es consagrar expresamente una facultad que—aunque de otro modo—ya estaba en manos de los Jueces. En efecto, frecuentemente los Jueces, después de procesar y ordenar la prisión, conceden de oficio la excarcelación provisional. La diferencia consiste en que el decreto de prevención sin prisión se cumple de inmediato, mientras que la excarcelación de oficio puede ser apelada, con efecto suspensivo, por el Ministerio Público (art. 203 CIC; ley 2.435 de 27 mayo 1896, art. 10).

Con la prevención sin prisión igualmente la persona queda sometida a los poderes jurisdiccionales, sólo que la coerción, en vez de ser física, es jurídica. El proceso se desarrolla con el prevenido en libertad y, fuera de eso, en nada se diferencia del proceso corriente. Así, en el mismo decreto se intima al prevenido el nombramiento de defensor y se manda oficiar a la Jefatura de Policía para que efectúe los prontuarios respectivos (*ver también n. 23*).

Muy similar a la prevención sin prisión es el instituto de la *exención del arresto preventivo*, permitido al fallido mediante prestación de fianza (artículo 1.586 CCom.), único ejemplo que suministra nuestra legislación.

Para finalizar, diremos que, aparte de las normas constitucionales (artículos 7, 10, 12, 15, 16, 17, 22, 23, 31, 72, 332 Const.) y legales (arts. 11 a 13, 60, 146, 156, 314 CIC; 158 CPC; ley 9.515 de 28 octubre 1935, art. 19, inc. 29 A), establecidas como garantía y defensa de la libertad individual, existe un régimen de triple responsabilidad para quienes las vulneran: penal (arts. 281, 282, 285 a 287 CP), administrativo (arts. 1.323 inc. 4.º CPC; 132 inc. 4.º COT; 374 a 376 CIC) y patrimonial (art. 24 Const.). Y todavía, si la agresión proviene de la misma ley, los arts. 256 a 261 Const. establecen los recursos del caso (ARLAS, *Garantías constitucionales de la libertad personal*, Revista del Centro Estudiantes de Derecho, t. 19, p. 289).

## II. ANTECEDENTES NACIONALES

5. PRECEDENTES MEDIATOS.—Los precedentes mediatos de la ley de 29 diciembre 1959, por su orden cronológico, son los siguientes:

En materia de accidentes ferroviarios, sólo “se decretará la prisión del conductor o maquinista, cuando del sumario resulte prueba de la culpabilidad de éstos en el suceso, que haga presumir delito o culpa grave” (ley 1.619, art. 2).

El Proyecto de Código de Procedimiento Penal, VÁZQUEZ ACEVEDO, de 1894 establecía que: “tratándose de faltas o de delitos penados por la ley con multa hasta trescientos pesos o inhabilitación, la aprehensión del inculpaado no se practicará desde luego, siempre que éste sea persona conocida, con domicilio en el lugar y ofrezca prestar fianza o caución bastante” (art. 274); “en las

causas por delitos contra el honor y la tranquilidad privada no se decretará nunca la prisión preventiva del inculpado, salvo el caso de existir motivos fundados para presumir que trata de ausentarse del país" (art. 543).

Esta última disposición fué reproducida textualmente por el art. 10 de la ley 5.508, sobre prosecución de oficio de las causas por delitos de acción privada, "para evitar chantajes y vejámenes inútiles" (CAMAÑO ROSA, *La instancia del ofendido*, n. 78).

Generalizando ese principio, la ley 9.480 establece: "En las causas por delitos de imprenta no se decretará nunca la prisión preventiva del inculpado, salvo el caso de existir motivos fundados para presumir que trata de ausentarse del país, y aun así, sólo se procederá a su detención en el Departamento de Policía, la cual se mantendrá hasta que preste fianza carcelera, cuya cuantía el Juez fijará" (art. 34).

6. FUENTES DE LA LEY.—La ley que comentamos reconoce como fuentes inmediatas dos Proyectos que no tuvieron andamiento, el primero de los cuales nos pertenece, y con él la idea originaria; como se deja constancia en la *Exposición de motivos*. Los autores y coautores de la ley manjaron otras iniciativas, más audaces o revolucionaria, pero no las siguieron. Como prueba valen las transcripciones que haremos a continuación:

En el año 1949 redactamos y motivamos un Proyecto de ley, que fué propuesto a la Cámara de Representantes, en la sesión del 22 junio, por los diputados DUPETIT IBARRA, CARTOLANO, BACIGALUPI, ABREU DE MACHADO, POU, CEROSOSIMO, SOSA AGUIAR, URRUTIA SERRATO, CALLERIZA GAGGERO y TERRA (*Diario Oficial*, t. 176, n. 12.189, p. 775-CR; *La Justicia Uruguaya*, t. 19, sec. II, p. 47; *Revista de Derecho Público y Privado*, a. 23, p. 25). Su texto era el siguiente:

"Artículo 1.º En las causas criminales, comunes o militares no se decretará nunca la detención o prisión preventiva del imputado, cuando se trate de delitos:

- A) Castigados con penas de destierro, suspensión o multa.
- B) De carácter culpable.
- C) Perseguidos a instancia del ofendido.
- D) Perseguidos a querrela de parte.

Artículo 2.º Exceptúanse los casos siguientes:

- A) Cuando hubiera motivos fundados para presumir que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia.
- B) Cuando mediare reiteración o reincidencia.

En estos casos los Jueces, previa vista al Ministerio Público, podrán decretar la prisión preventiva según su prudente arbitrio.

Artículo 3.º Los Jueces decretarán de oficio la excarcelación de las personas que actualmente se encuentren en las condiciones del artículo 1.º"

El 14 mayo 1957 los diputados MARTÍNEZ MORENO, MICHELINI y ROMPANI presentaron a la Cámara de Representantes otro Proyecto de ley, sobre la base del anterior, ya que su finalidad era la misma, reproduciendo sus fundamentos y parte del articulado (*Diario Sesiones Representantes*, t. 535, n. 477, p. 766). Su texto era el siguiente:

*Artículo 1.º* En las causas criminales de carácter leve o culposo, podrán los Jueces disponer no se imponga la prisión preventiva al imputado cuando a su juicio se cumplan los extremos previstos por el artículo 35 del Código de Instrucción Criminal.

*Artículo 2.º* Se exceptúan los siguientes casos:

- 1) Cuando hubiere motivos fundados para presumir que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia.
- 2) Cuando se trate de encausados que tengan una causa anterior en trámite o sean reincidentes.

*Artículo 3.º* Las calificaciones a que se refiere el artículo 1.º, y el artículo 2.º, numeral 1, son irrecurribles, sin perjuicio de lo que disponen los incisos 3.º y 4.º del artículo 132 del Código de Organización de los Tribunales Civiles y de Hacienda.

*Artículo 4.º* Los Jueces decretarán de oficio la excarcelación de las personas que actualmente se encuentran detenidas y se hallan en las condiciones previstas en el artículo 1.º."

7. HISTORIA DE LA SANCIÓN.—Por último, el Poder Ejecutivo, en Mensaje de 23 abril 1959, firmado por ECHIGOYEN y PONS, remitió al Parlamento un Proyecto de ley reproduciendo, en líneas generales, los principios y soluciones de 1949 y 1957. El 6 agosto siguiente, la Comisión respectiva de la Cámara de Senadores formuló un Proyecto sustitutivo, introduciendo un agregado en el artículo 1.º y modificando la redacción del art. 2 proemio, siendo PENADES miembro informante. Durante el debate del 2 septiembre siguiente en dicha Cámara —que es poco ilustrativo— y a propuesta de BRENA, se agregó un nuevo inciso al art. 2 (*Diario Oficial*, n. 15.764, p. 35-CS). Comunicado el Proyecto sancionado a la Cámara de Representantes, la Comisión de Constitución y Códigos aconsejó su aprobación con fecha 18 diciembre, siendo SALDUN miembro informante, y así se hizo sin discusión el 22 diciembre (*Diario Sesiones Representantes*, t. 535, n. 477, p. 769). Fué promulgado por el Poder Ejecutivo el 29 diciembre 1959 y publicado en el *Diario Oficial*, n. 15.830, el 13 enero 1960.

Destacando en bastardilla las modificaciones introducidas por el Senado, reproducimos el texto legal vigente:

*Artículo 1.º* En las causas penales comunes no se dispondrá la prisión preventiva ni se mantendrá el arresto del inculpado, cuando se tratase:

- A) De faltas.
- B) De delitos sancionados con penas de destierro, suspensión o multa.
- C) De delitos culposos, cuando fuere presumible que no habrá de recaer en definitiva pena de penitenciaría.

*Artículo 2.º* No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Juez podrá decretar la prisión preventiva:

- A) Cuando hubiere motivo fundado para presumir que el imputado tratará de sustraerse a la acción de la justicia.
- B) Cuando fuere igualmente presumible que la libertad del prevenido obstaculizará la eficacia de la instrucción.
- C) Cuando fuere necesario por razones de seguridad pública.
- D) Cuando se tratase de procesados reincidente o que tuvieren causa

anterior en trámite. En la consideración de este extremo, el Juez estará provisoriamente a los dichos del propio imputado y, en definitiva, a las resultancias de la planilla de antecedentes judiciales, que el Instituto Técnico Forense deberá emitir dentro de las veinticuatro horas de serle solicitada.

*Artículo 3.º* En reemplazo de la prisión preventiva, el Juez podrá imponer al procesado las prohibiciones de ausentarse de determinada circunscripción territorial, de domiciliarse en otra u otras, de concurrir a determinados sitios y de practicar ciertas actividades, así como las obligaciones de comunicar sus cambios de domicilio y de presentarse periódicamente a la autoridad.

*Artículo 4.º* Las resoluciones judiciales dictadas en aplicación de los artículos 1.º, 2.º y 3.º sólo serán susceptibles del recurso de reposición, sin efecto suspensivo.

*Artículo 5.º* Los Jueces decretarán de oficio la excarcelación de las personas que a la fecha de promulgación de esta ley se encuentren sometidas a prisión y que, hallándose en las condiciones previstas en el artículo 1.º; no estuvieren afectadas por alguna de las excepciones del artículo 2.º."

8.º FUNDAMENTOS.—La justificación del instituto es similar en todos los Proyectos que, partiendo del sistema imperante en nuestro país, fundan políticamente la reforma en razones doctrinarias, de legislación comparada y aun circunstanciales. En síntesis, tales argumentos son los siguientes:

a) La prisión preventiva es una injusticia necesaria para el mantenimiento del orden social, pero debe limitarse racionalmente al logro de sus fines asegurativos y procesales, porque apareja un mal irreparable, constituye un verdadero anticipo de pena, antes de que se haya averiguado si el imputado es inocente o culpable.

b) Aplicada a las faltas o a los delitos culposos, constituye una extralimitación de garantías; aplicada a los delitos sancionados con penas no privativas de libertad, pierde su carácter y razón de ser, importa una verdadera mutación de sanciones.

c) Debe coordinarse nuestro anacrónico sistema procesal con nuestro moderno sistema penal, siguiendo las orientaciones de la Política Criminal, cuyos sustitutivos penales tienden a evitar el efecto funesto de las penas cortas de prisión.

d) En Francia, Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Inglaterra, Japón, Noruega, Suecia e Italia se han introducido importantes limitaciones a la generalidad y obligatoriedad de la prisión preventiva. Corresponde mencionar también la notable legislación procesal-penal de Córdoba, seguida por otras provincias argentinas.

e) Deben tenerse presentes las deficiencias de nuestra organización carcelaria, motivadas por factores económicos, que agravan los inconvenientes de la prisión preventiva. Teóricamente, pueden discutirse estas razones circunstanciales, pero ellas refuerzan las anteriores. El sistema propuesto no requiere financiación y aparejará un cierto descongestionamiento de las cárceles.

9. CONSTITUCIONALIDAD.—En los Proyectos 1949 y 1957, adelantándose a

posibles objeciones, ya se aclara que el sistema propuesto no afecta al régimen constitucional, pues sólo se reducen los casos de prisión preventiva y se mantiene íntegra la situación prevista por los arts. 15 y 27 Const., para los demás casos que puedan conducir a ella. Es más, nosotros decíamos, y lo seguimos entendiendo así, que este último texto sólo contiene una garantía indirecta, en cuanto la facultad constitucional que consagra no podía ser suprimida ni limitada por el legislador común. Pero ello no significa que el legislador común no pueda ampliar esa esfera de acción. Por otra parte, la ley vigente no ha hecho más que extender el criterio de la prevención sin prisión, consagrado por otras leyes nacionales anteriores (n. 5). Y a nadie se le ha ocurrido discutir la constitucionalidad de esas disposiciones (aunque algunas de la ley 9.480 hayan merecido reparos).

En el proceso legislativo de 1959 se soslaya el punto, debatido luego por la prensa. Los requisitos de la excarcelación provisional son los siguientes: una causa criminal iniciada, pues de otro modo no puede haber prisión; que no haya de resultar pena de penitenciaría. La ley vigente respeta ambos extremos. El procesamiento, la apertura de la causa y la libertad son, intelectualmente, simultáneos; la libertad se otorga, pues, "en un estado", el primero de la causa. Además, el nuevo régimen no se aplicará cuando haya de recaer pena de penitenciaría, dada la clase de delitos que contemplan los incs. A y B del art. 1.º y la cortapisa final del inc. C del mismo artículo.

10. ALCANCES.—Todos los proyectos presentados tienen la misma finalidad y los reducidos alcances de una experiencia. La Comisión de Senadores no quiso introducir modificaciones sustanciales al Proyecto del Ejecutivo, porque: 1.º Tratándose de una reforma que tiene visos de revolucionaria, es preciso aceptar como lo hace el Proyecto, unas normas que no merezcan graves reparos, para lograr su rápido andamiento; 2.º De transformarse en ley el Proyecto en estudio, deberá aplicarse con el viejo Código de Instrucción Criminal, por lo que exige moderación en las reformas para no interferir con el sistema procesal vigente; 3.º La reforma integral del procedimiento penal y prisión preventiva está a estudio de la Cámara de Representantes, por cuyo motivo el Proyecto del Poder Ejecutivo tiene un signo de precariedad, que le da la condición de un ensayo. Así lo destaca con singular acierto el Poder Ejecutivo en el Mensaje que acompaña la iniciativa. Se conceptúa de una consagración solamente parcial del sistema —a modo de régimen de transición— habrá de adecuarse mejor al actual estado de la conciencia social habituada a contemplar que, a la comisión del delito, sigue indefectiblemente la sujeción corporal del inculpaado. El funcionamiento eficaz abriría por lo demás, favorable perspectiva a una extensión ulterior" (*Informes Senadores*).

Por estas razones y a través de muchos avatares, la ley de 29 diciembre 1959 vino a consagrar, si bien tímidamente, una de nuestras viejas aspiraciones. Pero sean cuales fueren sus alcances, el instituto de la prevención sin prisión es una gran conquista liberal, de la que puede enorgullecerse la legislación uruguayana. Como dijéramos en el Foro de Debates de 1957, en estas horas cruciales para el mundo, es muy significativo contribuir al mejoramiento del Derecho con una solución de Libertad.

## III. MODO DE PROCEDER.

11. QUIÉN RESUELVE.—En principio, las resoluciones judiciales dictadas en aplicación de los arts. 1 a 3 y 5 de la ley (procesamiento sin o con prisión, medidas sustitutivas, excarcelación), sólo pueden emanar de los Jueces competentes del fuero criminal común que conocen de la causa en sumario y en primera instancia. Nunca podrían emanar de los Jueces que conocen en segunda instancia, por vía de confirmación o de revocación y sustitución, porque dichas resoluciones son imputables (art. 4). (Teóricamente puede concebirse un caso de resolución dictada por otro Juez, al aplicar la disposición transitoria del art. 5.)

El auto de procesamiento pertenece a la etapa preliminar o instructoria. En dicha etapa intervienen: a) los Jueces de Paz; b) los Jueces de Instrucción y Correccional en la Capital y los Jueces de Primera Instancia en el Interior. Con respecto a esta última magistratura no existen problemas en el rubro. Dictarán sus resoluciones, tratándose de delitos previstos en el Código Penal o en leyes especiales que caigan en el ámbito de la ley. Estudiaremos pues la cuestión relativa a los Jueces de Paz.

La competencia de estos Jueces es permanente o transitoria. Al instruir las primeras y más urgentes diligencias en causas de competencia de los Jueces superiores, deben abstenerse de dictar autos de excarcelación y ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el art. 145 CIC (acordada 239 de 22 abril 1912, declarada en vigor por circular 10 de 27 abril 1946). Siguiendo este criterio, entendemos que, como Jueces de urgencia, los de Paz no pueden aplicar la ley que comentamos, cuyas previsiones no entran tampoco en el concepto de diligencias urgentes. Esto podría desvirtuar las finalidades de la ley, sobre todo en campaña. Para evitarlo, dichos Jueces tratarán de comunicarse lo más pronto posible con el Juez competente de la localidad, a los efectos que correspondan.

La competencia actual ordinaria de los Jueces de Paz en materia penal está limitada a la faltas (leyes 5.637 de 18 abril 1918, art. 4; 9.739 de 17 diciembre 1937, art. 48; arts. 360 a 366 CP; 101, 106, 123, 129 CN), salvo algún caso especial, como el de abigeato (art. 204 CR). Pero estando castigado el abigeato con las penas del hurto, o sean, las de tres meses de prisión a seis años de penitenciaría (arts. 258, 259 CR; 340 CP), queda fuera del ámbito de la ley, sin perjuicio de la facultad excepcional que tiene el Juez de excarcelar.

Cuando se tratare de faltas (art. 1, inc. A), los Jueces de Paz podrán aplicar la ley, siguiendo en lo demás el procedimiento de los arts. 37 a 43 CIC. Como características de este régimen, cabe señalar que: a) se requiere la flagrancia estricta (arts. 37, 150, inc. 1.º CIC); b) no existe técnicamente auto de procesamiento (art. 38, inc. 2.º CIC); c) la excarcelación es de oficio y preceptiva (artículo 39 CIC). De modo que, en este aspecto, el nuevo régimen tendrá una influencia más teórica que práctica. Sólo quedará científicamente completo cuando se reorganice el procedimiento relativo a las faltas y contravenciones, como tantas veces se ha proyectado (CAMAÑO ROSA, *Las faltas*, p. 62).

12. CÓMO SE RESUELVE.—En todas las hipótesis contempladas por la ley, los Jueces competentes procederán *de oficio*, incluso tratándose de excarcelación provisional, donde se establece expresamente (art. 5), sin perjuicio de lo que se dirá más adelante con respecto al auto de procesamiento (n. 14). Las par-

tes sólo podrán intervenir "a posteriori", mediante el recurso de reposición (artículo 4).

Quando se trate de decretar la prevención sin prisión, o la excarcelación en las situaciones de tránsito procesal, este criterio resulta acertado, teniendo en cuenta las finalidades de la ley. Pero no sucede lo mismo en el caso inverso, sobre todo tratándose de delitos culposos, dada la redacción del art. 1, inc. C. En el proyecto 1949, las excepciones se sustanciaban con intervención del Ministerio Público (art. 2, inc. final).

13. CARÁCTER DE LAS RESOLUCIONES.—La fórmula del art. 1.º es imperativa: no se dispondrá la prisión preventiva ni se mantendrá el arresto del inculpado, etc.". En consecuencia, la prevención sin prisión es preceptiva en tales hipótesis. Pero tratándose de delitos culposos (inc. C), se aclara: "Pese a los términos de la norma proyectada, es evidente que aquí la prevención sin prisión es facultativa, en muchos casos, para el Juez, pues éste debe apreciar el grado de la pena que aplicará en definitiva" (*Informe Senadores*).

La prevención sin prisión siempre tenía carácter preceptivo en el Proyecto 1949 (art. 1); en el Proyecto 1957 tenía carácter facultativo.

En cuanto a las excepciones, la ley establece: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los Jueces podrán decretar la prisión preventiva etc." (artículo 2), conforme a la fórmula sustitutiva de Senadores. El Proyecto del Ejecutivo decía: "Exceptúanse del ámbito del artículo precedente los siguientes casos, etc." (art. 2). La modificación obedece a las razones siguientes: "Por el artículo 2 del Proyecto del Poder Ejecutivo se hace obligatoria la prisión preventiva en los casos señalados en la disposición. La Comisión estima que en las aludidas situaciones, el decretar la prisión preventiva debe ser facultativo del Juez. Se sirve así mejor, en concepto de la Comisión, las altas razones de humanidad y los nobles propósitos que ilustran la iniciativa sometida a estudio del Senado" (*Informe Senadores*).

La prisión preventiva que puede decretar el Juez en estos casos es sin perjuicio, claro está, de la excarcelación, que podrá otorgarse siempre de acuerdo con el régimen vigente.

La prisión preventiva también tenía carácter facultativo en el Proyecto 1949, en virtud de lo dispuesto en la parte final de su art. 2; en el Proyecto 1957 tenía carácter preceptivo (art. 2).

"El art. 3 instituye medidas sustitutivas de la prisión preventiva, cuya imposición queda librada al arbitrio judicial, de acuerdo con las circunstancias de cada caso" (*Mensaje del Ejecutivo*).

El art. 5, siguiendo los Proyectos anteriores, establece la excarcelación preceptiva de oficio, siempre que se cumplan las condiciones allí requeridas.

14. PRESUPUESTOS.—La aplicación de la ley supone obviamente la existencia de un auto de procesamiento. Se dicte sin o con prisión, este auto exige ciertos presupuestos: a) flagrancia delictual o semiplena prueba del delito imputado y de la culpabilidad de su autor (art. 12 CIC); b) tratándose de delitos no flagrantes, petición del Ministerio Público (art. 146 CIC); c) tratándose de algunos delitos, querrela de parte (arts. 146, 184 CIC; leyes 9.480 de 28 junio 1935 artículo 33; 10.079 de 14 noviembre 1941, art. 25; 10.089 de 12 diciembre 1941, artículo 57), o instancia del ofendido (leyes 5.508 de 12 septiembre 1916, art. 1;

9.956 de 4 octubre 1940, art. 47); d) una persona presente e identificable (artículo 21 Const.).

El presupuesto mencionado *sub b* no está en contradicción con la oficialidad que impone la ley en estudio (*n. 12*), que sólo puede referirse a los efectos del procesamiento (prevención sin o con prisión) y no al procesamiento en sí mismo. En consecuencia, cuando se tratare de delitos no flagrantes, antes de procesar, el Juez deberá oír la opinión del Ministerio Público, titular de la acción penal (art. 189 CIC), que en dicha oportunidad podrá aconsejar la prevención sin prisión, e incluso no encontrar mérito para procesar.

Aparte de analizar si se cumplen en la especie los presupuestos citados, el Juez deberá examinar la personalidad del imputado, a los efectos del art. 2, incs. A, B y D. Y todavía, en ciertos casos, el Juez deberá apreciar si el delito es peligroso para la "seguridad pública" (inc. C).

El funcionamiento práctico del instituto dependerá así de la sencillez o complejidad de los hechos sometidos al pretorio. Sin embargo, no debemos ser pesimistas. Muchas veces el Juez podrá apreciar a primera vista y sin que implique prejuizgamiento, los factores necesarios para resolver de inmediato y con acierto.

Ahora bien: esta apreciación "prima facis" ¿es provisoria o definitiva? De acuerdo con la economía de la Ley (arts. 2, inc. D fin, 4), debemos concluir que es provisoria y puede revocarse, de oficio o a petición de parte, cuando se modifiquen, a favor o en perjuicio del imputado, las circunstancias tenidas en cuenta. Vale decir que la primitiva resolución no causa estado. Así, podrá decretarse la prisión preventiva después de haberse ordenado la prevención sin prisión y viceversa. Sólo que una resolución decretando la prevención sin prisión, después de haber ordenado la prisión preventiva, equivaldría en el fondo a una excarcelación provisional.

15. OBJETO DE LAS RESOLUCIONES. Tanto la ley vigente como los Proyectos anteriores emplean en su primer artículo una fórmula negativa: "no se dispondrá la prisión preventiva". Creemos que se pudo utilizar también una fórmula positiva: "se decretará la prevención sin prisión, cuando correspondiere el procesamiento, etc.", pues tal es el objeto técnico de la ley. Pero ésta también preceptúa: "ni se mantendrá el arresto del inculcado", conforme a la redacción definitiva de Senadores. Así integrada, la fórmula negativa parece más clara y correcta gramaticalmente.

La modificación obedece a las razones siguientes: "Se impone la resolución judicial de hacer cesar el arresto. La Constitución respecto a las medidas de cautela tiene dos provisiones: el arresto y la prisión preventiva. Se refiere a una medida administrativo-política en los casos de infraganti delito. Detenido el autor de la infracción, el Juez constitucionalmente debe tomarle declaración dentro de las veinticuatro horas e iniciar el sumario dentro de las cuarenta y ocho horas. Por esta modificación se obliga al Juez, además, a decretar el cese de la detención cuando las infracciones sean de la naturaleza de las indicadas en los incisos siguientes del referido artículo" (*Informe Senadores*).

Aquí se emplean indistintamente los términos "arresto" y "detención" para referirse al primero (*n. 3*). Según el Proyecto 1949, el Juez tampoco podía decretar la "detención" en los casos previstos, refiriéndose a la detención en

sentido propio, como medida judicial. No contemplaba el cese del arresto, por entender que quedaba implícito en el decreto de prevención sin prisión.

Excepcionalmente, las resoluciones judiciales también pueden tener por objeto la prisión preventiva del procesado, ciertas medidas sustitutivas o la excarcelación provisional (arts. 2, 3 y 5).

16. SUJETO DE LAS RESOLUCIONES.—El sujeto de las resoluciones judiciales dictadas en aplicación de esta ley, no puede ser otro que el “imputado”. La ley habla también del “inculcado”, “prevenido”, “procesado”, “persona sometida a prisión”. Salvo por aplicación transitoria del art. 5, en algún caso muy improbable, nunca puede ser un acusado ni un condenado. Debe tratarse, además, de un sujeto imputable y presente. Los dementes y los menores están sujetos a otro régimen; contra los prófugos no se puede proceder en rebeldía.

#### IV. AMBITO DEL INSTITUTO

17. CLASE DE CAUSAS.—En primer término, la ley se refiere a “las causas penales comunes (art. 1), es decir, donde se ventilan delitos del fuero común, contenidos en el Código Penal o en leyes especiales, sometidos a la jurisdicción ordinaria, por oposición a las causas criminales *militares*, donde se juzgan delitos militares, sometidos a la jurisdicción militar (arts. 253 Const.; 1.º CP y CPM; 31, 33 CIC).

En esto se apartó del Proyecto 1949, que contemplaba “las causas criminales, comunes o militares” (art. 1), y del Proyecto 1957, que se refería simplemente a “las causas criminales” (art. 1). Aunque no se imponía esa limitación en una ley de carácter general, quizás el motivo de la misma haya sido el de contemplar las exigencias de la disciplina en el Ejército y la Armada. Pero la historia legislativa nada ilustra sobre el particular.

18. CRITERIOS SEGUIDOS.—La ley concreta los casos comprendidos, siguiendo el criterio del Proyecto 1949. En cambio, el Proyecto 1957 contenía una fórmula distinta, atendiendo al carácter excarcelable del delito. Es más correcta la fórmula adoptada por las razones siguientes: “Se ha preferido una clara determinación de los delitos afectados a la fórmula imprecisa del Proyecto presentado a la anterior Legislatura. La categoría *causas de carácter leve*, a que se refiere dicho Proyecto, carece de determinación legal; y siendo por ende de facturación exclusivamente exegética, aparejaría sin duda inconvenientes disparidades jurisprudenciales” (*Mensaje del Ejecutivo*). Como es sabido, la división tripartita en delitos leves, correccionales y graves (art. 392 CIC), ha sido reemplazada por la bipartita de delitos y faltas, “atendida su gravedad” (art. 2 CP). Entonces podemos preguntarnos ¿a qué delitos leves se refirió el Proyecto 1957? Indudablemente no fué a los previstos en el art. 393 CIC, ni a las faltas que, en sustancia, son delitos poco graves, sino a los que pueden considerarse excarcelables, como lo prueba la cita un tanto confusa del art. 35 CIC. De todos modos, dicha fórmula era nebulosa y carecía del necesario tecnicismo.

Por otra parte, al concretar los casos, el art. 1.º de la ley contempla: la gravedad del delito (inc. A); la naturaleza de la pena (incs. B y C); la forma de culpabilidad (inc. C).

El art. 1.º del Proyecto 1949 agregaba los delitos “perseguidos a instancia del ofendido” y “a querrela de parte” (incs. C y D). Con eso no hacía más que

extender el criterio de las leyes 5.508 y 9.480, que se encuentran en la génesis del instituto, porque militan las mismas razones, cualquiera sea la pena que tengan señalada estos delitos.

En la *Exposición de motivos de 1957* se explica la supresión, mantenida en la ley vigente: "Nos ha parecido prudente reducir a un ámbito más estricto el instituto de la prevención sin prisión, como una forma de hacer viable el triunfo de esta tesis que estimamos atendible, y exceptuar delitos tales como los sexuales, que, si bien son perseguibles a solicitud del ofendido, lo que con ello se ha procurado es evitar el escándalo público que muchos pueden temer más que la impunidad del trasgresor. En primer lugar, porque esa forma de delincuencia asume caracteres realmente alarmantes en nuestro medio. En segundo lugar, porque cuando la denuncia se ha formulado, el motivo de discreción de la ley ha desaparecido".

La ley quiso excluir los delitos contra las buenas costumbres y el orden de las familias, pero para ello bastaba con colocarlos entre las excepciones. Quizá se tuvo en cuenta que los demás delitos perseguibles a instancia del ofendido o a querrela de parte están sancionados con penas de multa, y uno tiene carácter culposo (art. 321 CP), cayendo por esta vía en el ámbito de la ley. Pero nada se dice al respecto en el proceso legislativo de 1959.

19. PLAN GENERAL.—Quedan incluidos en el ámbito de la prevención sin prisión los casos enumerados expresamente en el art. 1.º, estén previstos en el Código Penal o en leyes especiales. Quedan excluidos: a) los casos no mencionados, donde la regla es que el procesamiento apareja la prisión preventiva; b) los delitos culposos, cuando se presume que habrá de recaer en definitiva pena de penitenciaria; c) los casos de excepción establecidos en el art. 2, aun tratándose de delitos incluidos.

Estudiaremos por su orden dichos aspectos del ámbito de validez del instituto. Luego nos ocuparemos de las medidas sustitutivas, los recursos y la situación transitoria.

20. CASÍSTICA.—La prisión preventiva no corresponde cuando se tratare: "A) De faltas", porque son "infracciones de mínima relevancia penal" (*Mensaje del Ejecutivo*); "pequeñas infracciones penales, castigadas con penas de multa o prisión equivalente (arts. 360 y ss. CP). El condenado a esta pena puede obtener facilidades para el pago, mediante una garantía eficaz real o personal. Si no abona la multa, esta pena se transforma en prisión, regulándose un día por cada cuatro pesos (arts. 83 y 84 del citado Código). Aquí, como ya se ha dicho, la prisión preventiva defrauda el propósito del legislador, pues modifica la pena penitenciaria transformándola en privativa de la libertad. El Proyecto en estudio restablece, al suprimir la prisión preventiva, la plenitud de los designios del codificador" (*Informe Senadores*).

El Proyecto 1949 no mencionaba las faltas, porque todas están sancionadas con pena de multa y caen en la noción genérica de delitos (art. 2 CP).

Para referirnos únicamente al Código Penal, diremos que las faltas se agrupan en cinco familias y comprenden 47 figuras (arts. 360 a 366 CP).

"B) Delitos sancionados con penas de destierro, suspensión o multa". Aquí la razón de obvia porque, como ya decíamos en 1949 fundando este caso, la prisión preventiva resulta incompatible con la naturaleza de estas penas. Se trata de "delitos cuya sanción definitiva —destierro, suspensión, multa— no tendrá

carácter detentivo o corporal, por lo que resulta incongruente que lo tenga la medida preventiva adoptada en ocasión del procesamiento" (*Mensaje del Ejecutivo*). "En los dos primeros casos, la prisión preventiva viene a agregarse, como pena real, a la prevista por la ley. Ni el destierro ni la suspensión son recímbiles con la prisión (discutible: CAMAÑO ROSA, *Derecho penal*, núm. 290). Respecto de la pena de multa caben las consideraciones aludidas al tratar de las faltas" (*Informe Senadores*). "Nuestra Constitución autoriza la prisión preventiva en toda clase de delitos, incluso los reprimidos con multa. Esto resulta tan absurdo que muchos defensores han entendido lo contrario" (*Exposición* 1949).

Al hablar de delitos "sancionados" con pena de multa, este inciso se refiere a la pena establecida en abstracto por la ley para cada delito, al momento de la amentaza legislativa y no al momento de su aplicación judicial al caso concreto. Pero el Juez tiene la potestad de bajar a la pena de multa, "tratándose de delitos sancionados con pena de prisión, cuando concurren atenuantes excepcionales (art. 86, inc. 2.º CP). Esta hipótesis no está comprendida en el ámbito de la prevención sin prisión, pero merece ser tenida en cuenta si la experiencia da buenos resultados.

Este inciso comprende 37 tipos del Código Penal. Pasamos a enumerarlos. Delitos castigados con pena de *destierro*: rebelión (arts. 131, 142); sedición (art. 143); atentados políticos no previstos por la ley (art. 303). Con pena de *suspensión*: revelación de secretos (art. 163); omisión contumacial de los deberes del cargo (art. 164); omisión de los funcionarios en proceder o denunciar delitos (art. 177); quebrantamiento de la pena de suspensión de cargo u oficio público (art. 192). Con pena de *multa*: instigación pública a delinquir (art. 147); apología de hechos calificados como delitos (art. 148); instigación a desobedecer las leyes y a promover el odio de clases (art. 149); cohecho simple (art. 157); fraude (art. 160); conjunción del interés personal y del público (art. 161); usurpación de títulos (art. 167); violación de sellos (art. 168); omisión de los que estando legalmente obligados a prestar su concurso a la justicia, no lo hicieren (art. 178); quebrantamiento de la pena de inhabilitación para cargos, oficios públicos, etc. (art. 191); asistencia y consejo desleal (artículo 194); otras infidelidades del abogado o procurador (art. 196); justicia por la propia mano (art. 198); ofensa por rehusación de duelo e incitación al hecho (art. 205); circulación o venta de moneda falsificada o adulterada recibida de buena fe (art. 320); falsificación de billetes de empresas de transporte (artículo 234); aprovechamiento de la falsificación (art. 235); uso o retención de pesas o medidas con la impronta legal falsificada o alterada (art. 251); amenazas (art. 290); violación de correspondencia escrita (art. 296); interceptación de noticias, telegráfica o telefónica (art. 297); revelación del secreto de la correspondencia y de la comunicación epistolar, telegráfica o telefónica (art. 298); conocimiento fraudulento de documentos secretos (art. 300); revelación del secreto profesional (art. 302); traumatismo (art. 319, inc. 2.º); riña simple (artículo 323 inc. 1.º); penetración ilegítima en fundo ajeno (art. 356); caza abusiva (art. 357); daño simple (art. 358).

De acuerdo con lo que decíamos en la *Exposición de motivos de 1949*, creemos que procedería igualmente el beneficio cuando el delito estuviere sancionado con pena alternativa de prisión o multa, como la destrucción de materias primas (ar-

título 256). Y también por el mecanismo de las penas derivadas. Así, el soborno para cometer cohecho simple (art. 159); el encubrimiento de delitos castigados con las penas a que se refiere este inciso (art. 197). Este último ejemplo figura en el elenco de delitos formulados en el *Informe de Senadores*.

"C) De delitos culposos, cuando fuere presumible que no habrá de recaer en definitiva pena de penitenciaría". Aquí resultan varios factores a considerar. a) forma de la culpabilidad; b) naturaleza de la pena; c) mérito del proceso. En efecto, la ley se aparta en esto del Proyecto 1949 (art. 1 inc. B), que no contenía la cortapisa final, destinada a evitar un posible choque con el artículo 27 Const.—choque que, a nuestro juicio, nunca existiría (núm. 9)—, o a limitar simplemente los alcances del instituto. Teniendo siempre carácter facultativo el beneficio en el Proyecto 1957 (art. 1), los Jueces también debían tener en cuenta los factores indicados.

"Estos delitos se reprimen con penas privativas de la libertad personal. En consecuencia es la única situación en que la prisión preventiva no cambiaría la naturaleza de la pena" (*Informe Senadores*), pero "cuya propia índole ajena a toda intención delictual inclina a la lenidad en el tratamiento" (*Mensaje del Ejecutivo*). "Los delitos culpables merecen quedar incluidos en el beneficio. Son hechos desprovistos de inmoralidad intrínseca. Les da ese carácter el legislador, transformando el deber moral de prever las consecuencias dañosas posibles de nuestros propios actos, en trasgresión penal, dice IRURETA GOYENA. Son hechos desgraciados que reclaman más consuelo que castigo y que todos, aun los más honestos, podemos cometer. Es más, podemos cometerlos los prudentes, puesto que muchos hechos que parecen culpables son, en realidad, casuales. No basta aquí con los privilegios administrativos para el alojamiento carcelario de tales delincuentes, ni con la benevolencia que siempre se les dispensa. Al dolor del culpable, ocasionado tantas veces por la pérdida de los propios parientes, no debe agregarse la amargura de la cárcel, confundido con los delincuentes comunes" (*Exposición 1949*).

Corresponde estudiar ahora los factores mencionados *sub b, c*, que el Juez deberá considerar como si se tratase de una excarcelación provisional (arts. 27 Const.; 35, 202 CIC). El primer examen es sencillo. Se refiere a la naturaleza de la pena. Así, quedan excluidos del ámbito de la prevención sin prisión los delitos culposos que tienen señalada una pena de penitenciaría en su mínimo legal. En este caso se encuentran las formas culposas de los delitos contra la patria (art. 134 CP, citado por error en el *Mensaje del Ejecutivo*). En todos los demás delitos culposos, donde la ley fija penas de prisión en su comienzo, la prevención sin prisión es facultativa (núm. 13).

Son los siguientes del Código Penal: formas culposas de la violación de sellos y de la apropiación o destrucción por el secuestro de las cosas depositadas por la autoridad (art. 170); evasión por culpa del funcionario encargado de la custodia de un arrestado o detenido (art. 189); incendio y estrago culposos (art. 211); atentado culposo contra la seguridad de las vías férreas (art. 215); envenenamiento o adulteración culposos de las aguas destinadas a la alimentación (art. 225); quiebra culposa (art. 254); homicidio culposo (art. 314); lesión culposa (art. 321).

El último factor a considerar se refiere al mérito del proceso. Este segundo examen supone casi un análisis de fondo, de carácter mixto objetivo-subje-

tivo, vale decir, que el Juez deberá tener presente la gravedad de la culpa o del evento, sin perjuicio de atender a la personalidad del imputado. Este análisis tendrá que extremarse, sobre todo, tratándose de delitos culposos contra la seguridad pública y la persona física, donde los resultados catastróficos autorizan la aplicación del máximo de la pena, siempre de penitenciaría.

2. EXCEPCIONES.—Su fundamento político es el siguiente: “Las excepciones establecidas en el art. 2 atienden a las tradicionales justificantes de la prisión preventiva —aseguramiento del imputado, viabilidad de la investigación y protección social— que CARRARA (*op. cit.*, n.º 897) consideraba bajo las denominaciones de necesidad de justicia, necesidad de verdad y necesidad de defensa pública” (*Mensaje del Ejecutivo*).

22. ANÁLISIS.—De acuerdo con el art. 2 de la ley, el Juez podrá decretar la prisión preventiva:

“A) Cuando hubiere motivo fundado para presumir que el imputado tratará de sustraerse a la acción de la justicia”. La excepción arranca de las leyes 5.508, art. 10 y 9.480, art. 34, que se referían a la posibilidad de que el imputado tratara “de ausentarse del país”, pero su verdadera fuente es el art. 2 inc. A del Proyecto 1949, reproducido en el Proyecto 1957, que contemplaba cualquier forma de eludir el castigo. Responde a la necesidad de justicia, no sólo para impedir la fuga del imputado, como decía CARRARA, sino también su ocultación, etc.

Sobre la prisión preventiva en este caso, decíamos: “El instituto se explica mejor en el pasado, cuando era muy difícil la ejecución de la sentencia si el acusado fugaba y éste tenía real interés en escapar a las consecuencias de la pena. No se conocía la extradición, los medios de comunicación eran escasos, las penas eran siempre severísimas. Hoy sucede todo lo contrario... Por otra parte, en las causas leves el procesado no tiene interés en la fuga. Nadie abandona su hogar, el centro de sus actividades, por el peligro de ser condenado a destierro, suspensión, multa y aun otras penas de carácter correccional. Además, si se produce la fuga en los delitos leves, ella puede equipararse a la expiación de la pena” (*Exposición 1949*).

“B) Cuando fuere igualmente presumible que la libertad del prevenido obstaculizará la eficacia de la instrucción”. Por este inciso original se trata de asegurar la comprobación del delito. En el pensamiento de CARRARA responde a la necesidad de verdad: “para impedir al imputado enturbiar las investigaciones de la autoridad, destruir los vestigios del delito, intimidar a los testigos” (o confabularse con ellos, agregamos).

“C) Cuando fuere necesario por razones de seguridad pública”. Este inciso se introdujo al debatirse el Proyecto en la Cámara de Senadores, a propuesta de BRENA, para contemplar delitos peligrosos y alarmantes, cualquiera sea su pena y naturaleza. Así, ciertos delitos contra el orden político interno (arts. 141, 142 CP), castigados con pena de destierro; contra la paz pública (arts. 147 a 149 CP), castigados con pena de multa; contra la seguridad o la salud públicas culposos (arts. 211, 215, 225, CP), castigados inicialmente con pena de prisión.

En estos casos puede dejarse al Juez la facultad de decretar la prisión preventiva, entendiendo que con ello no se altera la armonía del Proyecto. En cuanto a los delitos culposos de graves consecuencias, algunos Senadores acla-

ran que ya estarían comprendidos en el art. 1 inc. C fin, porque es presumible que recaerá pena de penitenciaria. BENA insiste en que debe darse más amplitud a las excepciones, aun tratándose de delitos comprendidos en el artículo 1 inc. B, PENADES acepta la observación, reconociendo que, tratándose de delitos sancionados con pena de destierro, a veces conviene dar una satisfacción inmediata a la opinión pública alarmada. Tras un breve dialogado, en que intervienen otros Senadores y no aporta mayores luces, se aprueba el agregado propuesto.

D) Cuando se tratare de procesados reincidentes o que tuvieren causa anterior en trámite. En la consideración de ese extremo, el Juez estará provisoriamente a los dichos del propio imputado y, en definitiva, a las resultancias de la plantilla de antecedentes judiciales, que el Instituto Técnico Forense deberá emitir dentro de las veinticuatro horas de serle solicitada.

La fuente de este inciso se encuentra en los Proyectos anteriores, pero el de 1957 introdujo el concepto limitado de reiteración, y el de 1959 agregó las pautas contenidas en la parte final.

Según CARRARA, responde a la necesidad de defensa pública: "para impedir a ciertos facinerosos que continúen, mientras dure el proceso, en sus ataques al derecho ajeno". Naturalmente que estos fundamentos del maestro pisanos están actualmente superados, pero no hemos de insistir sobre el punto.

En cuanto al concepto de "reincidente", el Juez deberá atenerse a lo dispuesto en los arts. 48 y 49 CP. En principio, la ley exige la primariedad del agente para concederle el beneficio; pero al efecto de la calificación de primario deben tenerse en cuenta la prescripción de la reincidencia y sus limitaciones.

La reincidencia se distingue de la reiteración real (art. 54 CP), donde los delitos se suceden sin la interposición de una condena. Mas la ley se refiere a los procesados "que tuvieren causa anterior en trámite", para evitar las discusiones a que daría lugar la simple mención de "reiterantes", en cuanto la reiteración (a veces en zonas lindantes con la continuidad) podría presentarse dentro de la misma causa, y por los hechos que la informan.

Como la exclusión es facultativa (n. 13), los Jueces podrán conceder el beneficio, aunque se trate de procesados reincidentes o con causa en trámite, cuando estos antecedentes, en relación con el nuevo delito, no revelen mayor peligrosidad.

A fin de activar el pronunciamiento judicial, la ley suministra un criterio práctico: "el Juez estará provisoriamente a los dichos del propio imputado", con otras palabras, a su confesión en la indagatoria. Esta resolución no causa estado. En definitiva, el Juez estará "a las resultancias de la planilla de antecedentes judiciales", es decir, a una prueba documental. El Instituto Técnico Forense deberá expedir la planilla "dentro de las veinticuatro horas de serle solicitada", quedando así modificado parcialmente el art. 10 de la ley 4.056 de 12 julio 1912, que establece un plazo máximo de tres días para los casos generales. El funcionamiento práctico de la ley depende, pues, en buena parte, de un factor administrativo.

23. MEDIDAS SUSTITUTIVAS.—El art. 3 de la ley estableció originalmente que: "En reemplazo de la prisión preventiva, el Juez podrá imponer al procesado las prohibiciones de ausentarse de determinada circunscripción territorial, de domiciliarse en otra u otras, de concurrir a determinados sitios y de prac-

ticar ciertas actividades, así como las obligaciones de comunicar sus cambios de domicilio y de presentarse periódicamente a la autoridad.”

Salvo afirmar su carácter facultativo (n. 13), nada ilustran los antecedentes legislativos sobre esta disposición. Su fuente parece ser el art. 340 del Código de Procedimiento Penal de Córdoba, según el cual, cuando el procesamiento no apareja la prisión preventiva, el Juez puede ordenar algunas restricciones cautelares, que afectan también la libertad del imputado.

Análogas medidas contienen: el art. 102 CP, para los casos de suspensión condicional de la pena y liberación condicional; los arts. 204, 205, 207 y 210 CIC, con respecto a los excarcelados bajo fianza o caución juratoria. Las medidas de seguridad preventivas del Código Penal, se aplican a los procesados y, por ende, tienen mayor similitud con las que ahora estudiamos. Pero veamos las diferencias.

Implícitamente, todo procesado tiene las obligaciones de comparecer al llamado judicial y de fijar domicilio. Aunque lo sea sin prisión, su situación se asemeja a la del excarcelado provisionalmente, pues la prevención no cesa con la libertad caucionada y apareja ciertas obligaciones. Es verdad que el procesado sin prisión puede ser sometido a limitaciones que vienen a reemplazar la prisión preventiva, como dice el art. 3 en estudio. No obstante, a diferencia de la excarcelación provisional, la prevención sin prisión no supone un verdadero reemplazo de garantías, sino más bien una dispensa de ellas, ni está sancionado el incumplimiento de las obligaciones morales contraídas, a no ser por aplicación sucesiva e indirecta de la excepción contenida en el art. 2, inc. A.

El art. 3 habla de prohibiciones y obligaciones. En cuanto a las prohibiciones de ausentarse o domiciliarse, se refiere a “determinada circunscripción territorial”, giro más acertado que el de “determinado lugar”, empleado por el Código de Córdoba, cuya interpretación literal podría conducir, según VÉLEZ MARICONDE, a una verdadera privación de libertad, lo que significaría burlar el mandato de la ley. Basta que el procesado pueda ser “fácilmente citado, sin provocar tardanzas perjudiciales a la sustanciación del proceso, y alejado del lugar en que su presencia pueda ser inconveniente o peligrosa... Por otra parte, la prohibición de concurrir a determinados sitios debe ser interpretada con igual criterio. Se le puede prohibir al procesado que concorra a una casa, a un barrio, a una pequeña villa o aldea, donde su presencia sería perturbadora; mas esa prohibición no debe tener mayor alcance” (*op. cit.*, n. 49). Lo mismo debemos decir en cuanto a la prohibición de “practicar ciertas actividades”, que debe referirse a las relacionadas con el delito o falta cometidos. En todo caso, por cierto, puesto que el auto de procesamiento (sin prisión o mandando cesar el arresto) debe ser fundado (n. 14), el Juez dará brevemente los motivos que justifican la medida restrictiva.

En cuanto a la obligación “de comunicar sus cambios de domicilio”, la tiene todo procesado (ver ley 10.046 de 10 septiembre 1941, art. 2). Y la de “presentarse periódicamente a la autoridad”, permite vigilar el cumplimiento de las medidas impuestas, control que normalmente ejerce la Policía.

24. RECURSOS.—“Las resoluciones judiciales dictadas en aplicación de los artículos 1.º, 2.º y 3.º sólo serán susceptibles del recurso de reposición, sin efecto suspensivo” (art. 4).

Sus fundamentos son breves: "por estimarse que una revisión en alzada, al sustraer la causa del conocimiento del Juez instructor, justamente al comienzo de la indagación, podría comprometer la eficacia de la misma" (*Mensaje del Ejecutivo*).

Entre la recurribilidad adoptada implícitamente por el Proyecto 1949 y la irrecurribilidad establecida expresamente por el Proyecto 1957 (art. 3), la ley vigente sigue un sistema intermedio, admitiendo sólo el recurso de reposición.

Teniendo presente este art. 4 y los arts. 384, 388 CIC y 651 CPC, este medio de controlar quedaría regulado así:

El recurso de reposición tiene lugar contra las providencias que: a) disponen la prevención sin prisión del imputado; b) disponen excepcionalmente su prisión preventiva; c) le imponen ciertas prohibiciones u obligaciones. Y tiene lugar a efecto de que el mismo Juez que las haya dictado las revoque por contrario imperio. El término para pedir reposición de estos autos será el de cinco días computados como término particular, menos en las causas de competencia de los Jueces de Paz, en que deberá pedirse dentro de tres días. El Juez resolverá sin audiencia de la otra parte. De la resolución que recaiga, sea acordando o negando la reposición, no habrá recurso ulterior. El recurso no tiene efecto suspensivo.

Esto es sin perjuicio de la facultad que tiene el Juez de revoque sus propios autos, es decir, de revocarlos de oficio (*n. 14*). Las partes en el proceso penal, o sean el Ministerio Público y el imputado (éste por intermedio de su defensor), tienen legitimación para interponer el recurso. Pero existe una diferencia. El imputado puede pedir reposición del auto de prisión preventiva y del que ordena medidas sustitutivas, pero sólo puede pedirla del auto de prevención sin prisión en cuanto al procesamiento, porque la libertad no le causa agravio. En cambio, el fiscal puede agravarse en todos los casos, como parte jurídica, porque en el ejercicio de su ministerio imparcial debe interponer los recursos que exija la causa pública. El Ministerio Público en esta materia está representado por los fiscales del crimen, fiscales departamentales y adjuntos de las Fiscalías del Crimen (arts. 189, 190 CIC; ley 12.270 de 12 enero 1956, art. 5).

Teniendo en cuenta las finalidades de la ley, proponemos este artículo sustitutivo:

"Las resoluciones judiciales dictadas en aplicación del artículo 1.º serán susceptibles de los recursos de reposición y apelación, sin efecto suspensivo; las dictadas en aplicación de los artículos 2.º y 3.º serán susceptibles de los mismos recursos, con efecto suspensivo."

Diremos por qué. Lo que la ley quiso evitar fundamentalmente, en los casos contemplados en su art. 1.º, son los inconvenientes de la prisión preventiva. Ahora bien, cuando el Juez decreta el procesamiento sin prisión, no hay inconveniente en que se cumpla la resolución mientras se tramitan los recursos. En cambio, cuando el Juez decreta la prisión preventiva u otra medida restrictiva de la libertad, debería suspenderse el efecto de la resolución, pues en caso de ser revocada, el procesado habría sufrido una injusta privación de libertad. Además, el recurso de apelación—con los efectos apuntados según los casos—permitiría mejor el control de las partes sin desvirtuar los propósitos de la ley. Sobre todo, no bastan las razones suministradas en el *Mensaje del Ejecutivo* para retacear la intervención del Ministerio Público, parte eminente en la sustanciación de

los juicios, cuya opinión deberá ser oída necesariamente tratándose de delitos no flagrantes (*n. 14*).

Por último, este art. 4—aunque referido a las resoluciones judiciales dictadas en aplicación de la ley que comentamos—, viene a proporcionar un nuevo argumento a favor de quienes sostienen la inapelabilidad del auto de procesamiento, cuando en nuestra jurisprudencia ya se había abierto camino la tesis contraria. Glosar esta consecuencia inesperada escapa a los límites del presente trabajo.

25. DISPOSICIÓN TRANSITORIA.—“Los Jueces decretarán de oficio la excarcelación de las personas que a la fecha de promulgación de esta ley se encuentren sometidas a prisión y que, hallándose en las condiciones previstas en el artículo 1.º, no estuvieran afectadas por alguna de las excepciones del artículo 2.º (art. 5).

A semejanza de los Proyectos 1949 (art. 3) y 1957 (art. 4), la ley soluciona aquí correctamente la situación que plantea el tránsito procesal y el punto no ofrece problemas.

Sea como ley más favorable, sea como ley procesal, la que acabamos de comentar debía tener efecto retroactivo. Y dicho efecto rigió desde el 29 diciembre 1959, “fecha de promulgación de esta ley” por el Poder Ejecutivo (*n. 7*), según lo dispone expresamente este artículo.