

Número	Sede	Importancia	Tipo
120/2022	Tribunal Apelaciones Penal 1º Tº	MEDIA	INTERLOCUTORIA

Fecha	Ficha	Procedimiento
04/03/2022	547-6/2022	PROCESO PENAL ORDINARIO

Materias

DERECHO PENAL

Firmantes

Nombre	Cargo
Dr. Alberto Domingo REYES OEHNINGER	Ministro Trib.Apela.
Dra. Graciela Susana GATTI SANTANA	Ministro Trib.Apela.
Dr. Sergio TORRES COLLAZO	Ministro Trib.Apela.

Redactores

Nombre	Cargo
Dra. Graciela Susana GATTI SANTANA	Ministro Trib.Apela.

Abstract

Camino	Descriptor Abstract
DERECHO PROCESAL PENAL->LIBERTAD PROVISIONAL-EXCARCELACIÓN	

Descriptor

Resumen

Se deniega excarcelación provisional

Texto de la Sentencia

Ministro Redactor:

Dra. Graciela Gatti Santana.-

VISTOS

Para interlocutoria de segunda instancia estos autos: “**AA UN DELITO CONTINUADO DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN CONCURRENCIA FUERA DE LA REITERACIÓN CON UN DELITO CONTINUADO DE VIOLENCIA PRIVADA ESPECIALMENTE AGRAVADO -PIEZA DE IUE: 2-109971/2011” (IUE: 547-6/2022)**; venidos del Juzgado Ltdo. de Primera Instancia en lo Penal de 27° Turno, en virtud del recurso interpuesto por la Defensa de particular confianza, Dra. Gianella AA, contra la Res. 114/2022 dictada el 04.02.2022 dictada el 04.02.2022 por la Dra. Silvia V. Urioste, con intervención de la Sra. Fiscal Letrado Nacional especializado en Crímenes de **Les**a Humanidad, Dr. Carlos Perciballe.

RESULTANDO

I) La **Res. 114/2022** resolvió, de conformidad con lo expresado por el M. Público a fojas 84: “...no corresponde acceder a la excarcelación solicitada, desde que no se han modificado las razones que ameritaron la cautela. En razón de ello, por la gravedad del delito imputado y la pena de penitenciaría que seguramente ha de recaer, se opone a la libertad de Mario AA”, resolvió: “Con el Ministerio Público, atento a la gravedad de los ilícitos imputados prima facie, la suscrita no considera oportuno acceder la libertad provisional incoada, sin perjuicio...” (fs. 86).

II) Al interponer reposición, apelación y nulidad -en subsidio- contra la referida Res. (fs. 89/91), la Defensa del imputado (Dra. Gianella AA), expresó en síntesis: a) no se valora que no existen fundamentos de orden cautelar que justifiquen el mantenimiento de la sujeción física de AA, vale decir que no se valore que no existe riesgo de fuga, entorpecimiento del proceso, riesgo para los denunciados, peligrosidad del encausado, ni alarma social. Tampoco se tuvo en cuenta la edad de AA, cumple 77 años en unos días-, ni sus antecedentes, ni los testigos que declararon en el expediente acreditando su buena conducta; b) no se aplica la normativa que corresponde en autos, esto es: los artículos 223 y 224 de la Ley 19.293, en virtud de ser la ley más benigna (artículos 7 y 8 de la Ley 15.032, 15 y 16 de la Ley 19.293 y 15 y 16 del Código Penal). Normativa que se utiliza en otros

casos, incluso con delitos cuya mínima es de penitenciaría, baste de ejemplo el que se ventila en el IUE 2- 13757/2021; c) en cuanto a la fundamentación y motivación de la interlocutoria por la que se deniega la excarcelación provisional: la motivación de las sentencias constituye un aspecto fundamental del Derecho Procesal y se entiende como el proceso de subsunción de los hechos al derecho de forma racional y voluntaria, motivación que no se advierte en la impugnada; d) en la impugnada se expresa *“atento a la gravedad de los ilícitos impugnados prima facie”*, frase que obliga a interpelar, ¿Qué valora la sentenciante para hablar de gravedad? Los delitos imputados tienen mínima de prisión. ¿Qué se vuelvan a repetir? Surge del expediente que AA no tiene delitos ni anteriores, ni posteriores a los que se le imputan. ¿La alarma social? Durante 49 años convivió pacíficamente con los denunciadores. Sin dudas, la explicación de por qué la resolución judicial fue una y no otra, es un aspecto especialmente importante para la confianza de los justiciables a nivel colectivo, lo que no se cumple en los dos renglones de la impugnada, que decide -ni más ni menos- sobre la libertad de una persona, una persona que en pocos días cumple 77 años y se lo juzga por hechos ocurridos en 1972. Por otra parte y más allá que no explicita qué entiende por gravedad o los elementos en que fundamenta la gravedad, no corresponde que se efectúe dicha valoración en esta etapa procesal. La gravedad deberá valorarse para la dosimetría de la pena, pero en esta etapa del juicio, la prisión es una medida cautelar y como tal exige que se den determinados requisitos para imponerse, requisitos que no se constatan para AA. Desde épocas pasadas, en vigencia del Código de Instrucción Criminal, ya se delineaban por la jurisprudencia, las principales características del instituto: *“Cumplidos los fines y propósitos de la reclusión preventiva, la misma debe cesar. Debidamente acreditados los supuestos legales que regulan el instituto, la excarcelación provisional constituye, más que un beneficio para el imputado -como inercia forense pero sin rigor conceptual se le califica habitualmente un auténtico derecho”* TAP 1er. Turno No.76/76. Y así fue la evolución hasta el actual Código del Proceso Penal 2017, en que la regla es el encausamiento sin prisión, lo que está unánime y pacíficamente aceptado por doctrina y jurisprudencia. Es más, en recientes declaraciones, concretamente en La Diaria de fecha 7 de enero de 2022, el Dr. Jorge Díaz ex Fiscal de Corte manifestó: *“En Uruguay no existen delitos inexcusables. La vieja interpretación “a contrario sensu” del artículo 27 de la Constitución ha sido superada por la doctrina y jurisprudencia”*. Y continúa en el reportaje realizado por Leonardo Haberkorn al ex Fiscal de Corte, *“Respecto Juicios*

en Libertad: En Uruguay no existe prisión preventiva preceptiva. La ley no obliga al juez a disponer la prisión preventiva en ningún caso. Sí obliga a los fiscales a solicitarla cuando imputan determinados delitos y establece presunciones relativas de la existencia de los riesgos que la justifican. Pero aún esos delitos, si la defensa logra justificar, en base a oralidad argumentativa la inexistencia de tales riesgos, los jueces no disponen de la prisión preventiva". Las expresiones del ex Fiscal de Corte son lapidarias. Surge de autos, con claridad meridiana, que no existe ningún riesgo que justifique la prisión preventiva a Mario Carlos AA Mussio, su detención responde al cumplimiento de pena anticipada, lo que es ilegal y arbitrario. Conclusión: se agravia que no se conceda la libertad provisional impetrada, contra derecho y generando un escenario dañino irreparable en flagrante vulneración de los derechos fundamentales que asisten a AA.

III) Al evacuar el traslado (fs. 93/97), el Sr. Fiscal abogó por la confirmatoria. Expresó: a) NORMA APLICABLE Y PRISIÓN PREVENTIVA: los presentes se rigen por las normas y estructura procesal del antiguo CPP (Dec. Ley 15.032). En dicho cuerpo normativo se reconoce como principio general, que el auto de procesamiento conlleva necesariamente la prisión preventiva del encausado. El draconiano principio estatuido en el código, fue morigerado por distintas leyes (15.869, 16.058, 17.726) que trataron el instituto de la prisión preventiva. No obstante, la prisión preventiva preceptiva siempre se ha mantenido ante casos graves en que la pena a recaer resulte de penitenciaria. Desde que en tales circunstancias, se entiende que existe la presunción de que el imputado obstaculice el proceso con su fuga. Lo señalado en forma precedente, fue motivo de un fallo reciente del Tribunal de Apelaciones de 2º turno en sentencia N. 281/2021 de fecha 16 de Junio de 2021 en la causa *"CABRERA RIVAS JOSE MARIA (S/P) QUINTANA GARCIA ANDRES DANIEL (S/P) UN DELITO CONTINUADO DE ABUSO DE AUTORIDAD CONTRA LOS DETENIDOS ARRESTO DOMICILIARIO CONTINUO POR EL PLAZO DE 3 MESES"* ficha 177- 450/2011 ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Florida de 1er. Turno. En la instancia se trataba de un caso muy similar al presente donde fueron procesados sin prisión militares por delitos cometidos en el pasado reciente. La Fiscalía recurrió el fallo al agraviarse por no disponerse la prisión preventiva de los prevenidos. El *Ad quem* confirmó parcialmente la interlocutoria, y dispuso la prisión preventiva. En tanto en lo sustancial expresó *"El Tribunal entiende que los hechos imputados son de gravedad, a lo que se suma la entidad de los*

reiterados delitos y los daños causados, lo que justifica la prevención con prisión, como medida cautelar, Este asunto se regula por el Decreto Ley N° 15.032 por lo cual no puede dejar de tenerse en cuenta que la prisión preventiva es la regla luego de dictado un auto de procesamiento”; b) FUNDAMENTOS DE LA MEDIDA CAUTELAR: La Defensa sostiene que “no existen fundamentos de orden cautelar que justifiquen el mantenimiento de la sujeción física” ... “que no existe riesgo de fuga, entorpecimiento del proceso, riesgo para los denunciados, peligrosidad del encausado, ni alarma social” (fs. 89). Y anejo a ello, afirma que las normas aplicables son los arts. 223 y 224 de la Ley 19.293. Aún cuando se admita como Ley más favorable la aplicación del nuevo CCP (Ley 19.293) también existen razones para mantener el temperamento asumido por la Sede. En efecto, la Defensa solo se sustenta en lo estatuido en los arts. 223 y 224 del NCPP, que refieren en forma genérica a los requisitos para disponer la prisión preventiva. No obstante, soslaya lo estatuido en el art. 226 que bajo el nomen iuris “*peligro de fuga*”, en su literal c le ordena al Magistrado tomar en consideración “*las circunstancias, naturaleza del hecho y gravedad del delito*”. En otras palabras, lo que el legislador tomó en consideración para presumir el peligro de fuga, fue la especial naturaleza y gravedad del entuerto, por cuanto se entiende que en dichos casos la pena a recaer será significativa y en definitiva ésta es un fuerte acicate para darse a la fuga y con ello impedir el transcurso del proceso. En esencia, dicho presupuesto guarda estricta relación con la normativa previa a dicha norma, habida cuenta que tales hipótesis fueron contempladas en la Ley 17.726 (sobre medidas sustitutivas a la prisión preventiva) que en su art. 2 estatuyó “*La sustitución de la prisión preventiva no se decretará cuando la gravedad del hecho o el daño causado por el delito así lo ameriten*”. Evidentemente en el *sub causae* se verifican las hipótesis exigidas en el art. 226 del nuevo CPP (Ley 19.293) y aún de la Ley 17.726. Habida cuenta que, *prima facie* se han adscripto delitos graves y los hechos que ameritaron la sujeción a proceso también resultan de sustancial

trascendencia. En tal sentido, se debe tener presente que a AA se le ha imputado un delito continuado de privación de libertad en concurrencia fuera de la reiteración con un delito continuado de violencia privada. Por tanto, si se parte del delito más grave privación de libertad (art. 281 del C.P.) este tiene un mínimo de 1 año y un máximo de 9 años de penitenciaría. No obstante, es posible que se adscriba la figura agravada del art. 282 Nral 4° del C.P - “*cuando el hecho obedeciere a móviles*

políticos o ideológicos”- y por tanto se parta de una pena de 6 a 12 años de penitenciaría. Y a lo anterior, se debe anejar que tales delitos se encuentran alcanzados por la agravante genérica del art. 59 inc. 3º del C.P. que eleva la pena en un tercio cuando son tres o más los copartícipes. Y de la instrucción ha quedado claro que existen otros responsables que coparticiparon junto a AA. Por tanto, la pena de la que se parte es extremadamente significativa y está allí la *vexata queastio*. Por su parte, la gravedad del hecho en sí resulta ostensible. Pues, no se puede desconocer que la detención alcanzó a un número importante de personas y que éstas fueron sometidas a diversos apremios físicos y psicológicos, así como a tratos crueles, inhumanos o degradantes. En tal sentido se debe tener presente que en la unidad militar fueron encapuchados, maniatados y sometidos a plantón durante largos períodos, que en algunos casos llegó a hacerle perder el conocimiento. A ello se agregaron las golpizas, en especial cuando no cumplían con el plantón, así como la limitación de acceso al baño para realizar sus necesidades y para higienizarse. Amén de ello, también fueron objeto de picana eléctrica y submarino. Y precisamente a AA se le conocía con el mote de “Aquaman” por cuanto era quien efectuaba dicha técnica de tortura. Estos tormentos se prolongaron por meses, hasta que se expidió la “justicia militar”. A partir de la actuación de un juez militar de instrucción, y sin un proceso con las debidas garantías, fueron confinados en distintos centros de reclusión por largos años.

IV) Por Res. 206/2022 de 16/02/2022 (fs. 98/100), la *A quo* (Dra. Silvia V. Urioste) mantuvo la recurrida y franqueó la Alzada. Recibidos los autos, se citó para sentencia, que se acordó previo pasaje a estudio (fs. 103 vto. y ss).

CONSIDERANDO

I) La Sala confirmará la recurrida por no apreciar de recibo los agravios esgrimidos por la Defensa.

II) Que en primer término, y en relación a la nulidad alegada, a juicio de la Sala, la misma debe ser desestimada.

En efecto, y si bien los fundamentos de la resolución impugnada pueden ser considerados escuetos, dan cuenta de las razones por las que se desestimó la

pretensión formulada. Es decir, se tomó en cuenta la gravedad de los delitos imputados y los fundamentos de la Fiscalía, esto es entonces, la gravedad de los delitos y la eventual pena de penitenciaría a recaer. Por ello, no puede en puridad, señalarse que exista una incongruencia omisiva que pueda generar la nulidad de lo resuelto. En efecto *“...es parte del derecho de defensa el obtener una decisión jurisdiccional motivada sobre la causa, que le ponga fin decidiendo el caso. Sobre todo si se trata de una sentencia condenatoria, parece claro que al ciudadano que se lo condena se le debe explicar a base de que se lo hace: si la legislación supranacional exige razones para la detención de una persona que deben serle informadas al llevarse a cabo (art. 7.4, CADH) con más “razón” ambas exigencias serán aplicables en relación al fallo definitivo. “La fundamentación también se exige...para garantizar la posibilidad de recurrir, que implica la de analizar las conclusiones a que arriban los tribunales, discutiendo sus fundamentos, lo que hace imprescindible que éstos se exterioricen, que se expresen, pues sólo así se podrá conocerlos y por tanto criticarlos; la motivación de las resoluciones de los jueces, entonces, hace no sólo a la publicidad de los actos de gobierno que exige la publicidad de la decisión y de sus “por qué”, sino también al derecho de defensa (derecho al recurso) del imputado ...”* (Cafferata, pp. 139/140).

Sin embargo, la *A quo* dio a entender con toda claridad, que la gravedad del delito impedía la excarcelación, y ello, en el contexto del sistema procesal aplicable al caso, constituye una fundamentación ajustada a las previsiones del DL 15.032 y sus modificativas, vigentes en relación a este proceso.

Debe recordarse que *“el Tribunal Constitucional ha repetido numerosas veces que una motivación escueta y concisa no deja de ser una motivación. Como tampoco dejan de serlo aquellas que tienen una motivación implícita. La motivación implícita es la que se puede deducir o está implicada en la motivación expresa que el juez deja plasmada en la propia decisión judicial”* (Malem Seña, *El error judicial y la formación de los jueces*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2008, pp. 181/182).

III) Descartada la nulidad, debe tenerse presente que en el caso, como se indicara, rige el anterior sistema procesal (CPP 1980, DL 15.032), conforme al cual, de acuerdo al art. 138 del mismo la gravedad de los ilícitos imputados y la eventual pena a recaer se reputa fundamento cautelar suficiente.

Y si bien la Sala en numerosos pronunciamientos ha admitido la morigeración de esta solución, en situaciones por ejemplo de excesiva duración del proceso, (fuera del marco del art. 235 el NCPP no aplicable a los procesos anteriores), no se advierte en este caso, motivo alguno para dejar de lado la norma que resulta aplicable pues no se verifica un supuesto de duración no razonable del proceso. En efecto, para incidentes excarcelatorios regidos por el art. 138 del DL 15.032, como el corriente (art. 402 de la Ley 19.293 con sus modificativas y concordantes), desde anteriores integraciones se ha entendido ajustado disponer el cese de la prisión preventiva, aún en supuestos de inexcusabilidad, de mediar supuestos “...como el agotamiento de la pretensión punitiva, la revisión de pena compurgatoria, el debilitamiento de la semiplena prueba, la hipertrofia del proceso en desmedro del razonable derecho del reo a conocer prontamente la sentencia, etc. (Cfr. Rev. de Derecho Penal N° 9, pág. 138, c. 335, pág. 140, c. 342 y 343; pág. 141 c. 345; Rev. de Derecho Penal N° 10, pág. 175 c. 252 y 253; pág. 176, c. 255)” (de la Sala, Sent. N° 147/00, RDP N° 13, c. 94; etc.).

En efecto, no hay duda que más allá de las penas mínimas de los delitos imputados, en el caso, la gravedad de los hechos es evidente. Ello, unido a la eventual reiteración delictual determina que se visualice como posible la imposición de una pena de penitenciaría. Por lo tanto, con base en el art. 138 del C.P.P (1980), aplicable conforme al art. 402 (CPP 2017, Ley 19.293 y modificativas), la excarcelación en principio, no deviene posible sin que se justifiquen razones valederas para dejar de lado la normativa aplicable, que pacíficamente se interpretaba del siguiente modo: “...para la ley procesal penal el principio es de que todo procesamiento -salvo las excepciones que a texto expreso se indican- conllevan la prisión preventiva del procesado” (Abal Oliú, Alejandro: Las medidas cautelares procesales en el Código del Proceso Penal, en Curso sobre el Código del Proceso Penal Ley 15.032, IUDP-FCU, p. 201). Como reseña Caoiroli: “La libertad provisional fue legislada por primera vez en nuestro país en el artículo 139 de la Constitución de la República de 1830 que decía que en cualquier estado de una causa criminal de la que no haya de resultar pena corporal se pondrá al acusado en libertad dando fianza según la ley. La reglamentación se hizo a través de los artículos 202 y siguientes del Código de Instrucción Criminal, y la ley No 2814 de 30 de mayo de 1903 estableció que la pena no corporal es la pena de penitenciaría y

además hizo facultativa la concesión de la libertad provisional para delitos castigados con penas de prisión superiores a seis meses. Las penas de prisión de menos y hasta de seis meses eran preceptivamente excarcelables, las penas de penitenciaría no daban ni siquiera la posibilidad de la excarcelación. Las demás constituciones siguieron repitiendo el principio y en la actual la norma es la del artículo 27...El fundamento que ha dado origen a la prisión preventiva es impreciso y vago, un sector doctrinario la ha visto como una necesidad de asegurar al procesado durante el sumario, otros como una garantía para conseguir una prueba...finalmente otro sector la ha concebido como una necesidad de defensa social según la gravedad del delito y la peligrosidad del agente...No puede caber duda que es un mal y por ello supone la limitación de un derecho individual que solo se explica en hipótesis de defensa de bienes jurídicos muy importantes, siempre que además sea proporcional al daño causado a ellos y cuando no haya otros remedios jurídicos menos radicales para defenderlos” (Cairoli, Milton: Derecho Penal Uruguayo, T. I, Vol. 1, Segunda edición actualizada, La Ley Uruguay, 2019, p. 1050/1051).

Ese sistema por el cual el procesamiento aparejaba la prisión preventiva de precepto en casi todos los casos, se intentó morigerar mediante las Leyes 15.869, 16.058 y 17.726. Ésta, sin embargo, obsta a la sustitución de la prisión preventiva “...cuando la gravedad del hecho o el daño causado por el delito así lo ameriten”. Y no puede dudarse de la gravedad de los hechos y del daño causado por las acciones reprochadas *prima facie* al prevenido en autos, ampliamente reconocido por las víctimas, muchas de ellas o en su mayoría, mujeres, y apodado “Aquaman” por su especialidad: el “tacho” (“submarino”).

En ausencia de cualquiera de esos supuestos, prevalece la regla del art. 138 del sistema anterior que veda y deviene normalmente barrera infranqueable para la libertad provisional.

En suma: descartada la aplicación del art. 235 C.P.P. (Ley 19.293 y modificativas) y relevada la gravedad de los hechos que motivaron el procesamiento, así como el daño causado por la conducta atribuida, no se justifica desaplicar el art. 138 C.P.P.

IV) En cuanto a la aplicación de los límites a la prisión preventiva que establece el art. 235 del CPP de 2017 (Ley 19.293 y modificativas) a las causas tramitadas por el CPP de 1980 (DI 15.024), como lo señalara la Sala en Sentencia 684/2019: *“si bien a primera vista la pretensión de valerse de las disposiciones del nuevo Código del Proceso Penal al caso colide con lo que consagra el art. 402 del NCPP: “Las causas penales en trámite a la fecha de entrada en vigencia de este Código continuarán rigiéndose por las disposiciones del Decreto-Ley N° 15.032, de 7 de julio de 1980, hasta que la sentencia definitiva pase en autoridad de cosa juzgada, con las excepciones previstas en este Código”.-*

Como lo señalara Balcaldi: *“Sin duda el problema que se plantea con los casos tramitados bajo el antiguo proceso ya que las normas de la ley N° 19.293 no se le aplican por expresa disposición de la misma y, además, porque entre ellas se encuentra la complementación con el instituto de la libertad condicional, actualmente derogado para el novel sistema, pero expresamente ordenado para los que tramitan por el decreto ley N° 15.032. En ese contexto de acción la prisión preventiva no tenía un estricto criterio cautelar como señalaba el profesor Abal sino que la razón de ser real del instituto era un anticipo de pena, así: “...Sin embargo, en los hechos la prisión preventiva es un adelanto de pena y es la única que por lo general cumple el imputado, por lo que debe evitarse siempre que se pueda, como en este caso, y no debe dictarse, ni prolongarse innecesariamente, pues ello supondría la violación de varios derechos fundamentales del ser humano”. (ABAL OLIAU, en Curso sobre el CPP, pág. 201). ¿Cuál es la inconsistencia al no aplicar uno u otro sistema en su totalidad? Pues que si en una causa de las que se encuentran bajo el régimen del decreto ley N° 15.032 se inicia el proceso con un “auto de procesamiento” con las condiciones que la ley impone para ello en ese sistema procedimental, sin prevención aplicando en forma inmediata el criterio de la nueva ley a la espera del resultado del juicio en libertad y, luego, se aplica también el instituto de la libertad condicional en virtud de la combinación de las normas legales que así lo ordenan a texto expreso del nuevo código, ese justiciable nunca cumplirá pena alguna, aunque fuera condenado a 30 años de penitenciaría, naturalmente si se dan las condiciones para obtener tal beneficio, lo cual es absolutamente inconsistente. Pero también lo es el supuesto donde una persona juzgada por el decreto ley N° 15.032, por ejemplo por rapiña, si se interpreta aplicable el art. 223 del nuevo sistema se lo excarcelará provisionalmente luego de agotados los motivos cautelares estrictos que llevaron a*

privarlo de libertad, quizás por el término de 15 o 30 días y, si resulta luego penado a seis años de penitenciaría, con las reglas del nuevo proceso no tendría derecho a la libertad condicional debiendo ser reintegrado a la cárcel ya que el instituto fue derogado en el nuevo CPP, pero esto no es así para ese justiciable por lo establecido por el art. 402.1. inciso 4to. lo que trae aparejada una perplejidad. En efecto, se establece expresamente que a los asuntos que se tramiten por el decreto ley N° 15.032 se les aplican los institutos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la libertad condicional. Entonces, si se suman los criterios el condenado por rapiña del ejemplo anterior eventualmente tampoco cumplirá nunca la pena efectiva de privación de libertad a que fuera condenado, al acogerse al instituto liberatorio si las condiciones para su concesión estuvieran presentes. Esa no puede ser la solución legal al problema concreto porque resulta incongruente, ya que el sistema novedoso no implica impunidad, sino que, luego de condenado el justiciable que espera en libertad la decisión final, debe cumplir la pena de privación efectiva de libertad ingresando a la cárcel, de allí la derogación de dichos institutos como forma de darle la armonía al régimen procesal. Pero también es ejemplo de la colisión la situación inversa, porque todos aquellos asuntos en presuntorio judicial, que terminen en procesamientos sin prisión, llevan en muchos casos preceptivamente la suspensión condicional de la ejecución de la pena y, con ello, la posibilidad de tener por no cometido el delito y su retiro de la planilla de antecedentes. Se podrá decir que por el principio de benignidad de todas formas se aplicaría, pero la realidad es que se estableció a texto expreso, lo que revela que es un caso similar a la libertad condicional a la que hacía referencia. Por tanto los dos sistemas procesales no son compatibles en cuanto al criterio efectivo a adoptar sobre la prisión preventiva, porque si bien sustancialmente la naturaleza jurídica en ambos es cautelar, en los hechos no opera en la misma manera en cada uno de ellos y, si la ley ordenó seguir los trámites según los criterios rectores particulares de cada código en el art. 402.1 inciso 2º, no se puede dividir lo indivisible en compartimientos aplicando partes del rompecabezas de uno y otro porque no coinciden y llevan a situaciones absurdas como las referidas....” Y por lo tanto concluye: “En concreto, si un asunto se tramita por el régimen del decreto ley N° 15.032 por disposición de la ley vigente (art. 402.1 inciso 2º) y, bajo el absoluto respeto al art. 27 de la Constitución, que establece que para determinados casos (pena de penitenciaría) la circunstancia obsta a la excarcelación provisional, este criterio no admite la nueva lectura porque el texto de la Carta es claro, no ya en

cuanto a lo que se obtiene del razonamiento a contrario, sino de lo que derechamente expresa y ello es avalado por el art. 138 del decreto ley N° 15.032, al cual explícitamente se remite como aplicable la ley N° 19.293 para estos asuntos en el artículo antes citado. La interpretación armónica lleva a concluir que los asuntos que se juzgan por el sistema anterior cuentan con el instituto de la libertad condicional para resolver el tema, luego de obtenida la excarcelación provisional y, si ello no aconteció por alguna razón, el justiciable deberá acudir al instituto de la libertad anticipada o las nuevas formas establecidas de libertad vigilada para ejercer su legítimo derecho. Esto no implica que no se apliquen todos aquellos argumentos vinculados al plazo razonable de juzgamiento, etc., pero en forma de excepción al principio general y no como regla, ni en las condiciones exactas que el nuevo código establece para su aplicación, que en todo caso podrán tomarse como doctrina más recibida. En fin, se trata de sistemas procesales radicalmente distintos que no admiten división parcial, por tanto, se aplica uno u otro, o en todo caso, se sale del anterior definitivamente para ingresar al actual cuando ello es habilitado por la ley. No implica esta solución un trato desigual frente a casos iguales, sino que las situaciones son distintas, lo que pueden ser iguales son los delitos. Evidentemente llegado a este punto la cita al profesor Zaffaroni se hace inevitable: "...los derechos humanos siempre son violados por el poder punitivo, sólo que en diferentes grados, si se quiere invertir la fórmula -aunque no por eso cambia el contenido- puede decirse que el poder punitivo respeta los derechos humanos en diferente medida". (ZAFFARONI Eugenio, *Proceso Penal y Derechos Humanos: Códigos, Principios y Realidad. El Proceso Penal. Sistema Penal y Derechos Humanos. (1ra ed.)*. México: Porrúa. Página 13)."(José Balcaldi, en "Como conviven la Ley N° <9.293 y el Decreto Ley N° 15.032" en Estudios Sobre el Nuevo Proceso Penal, Implementación y Puesta en Práctica", A.M.U.-F.C.U., año 2017, págs. 121-128).

Precisamente con este criterio coincide la Sala.

Más allá de las objeciones que el anterior sistema pueda generar, a la luz del vigente, es claro que como verdadero sistema que es, atiende a una correlación entre los diversos institutos que se ponen en juego en relación a la privación de libertad no siendo posible aplicar en forma parcial el mismo a un proceso anterior a su vigencia, cuando conforme al art. 402 (CPP de 2017, Ley 19.293 y modificativas) en realidad ninguna de las normas del nuevo sistema le son aplicables.

Por ello, debe analizarse la situación en examen en base al régimen que le corresponde y siendo así, como es presumible que pueda recaer pena de penitenciaría, se impone el rechazo de la excarcelación provisional pretendida a poco de recaer el auto de sujeción inicial, siendo irrelevante que los hechos denunciados e investigados sean de décadas atrás, en tanto no ha mediado prescripción delictual ni extinción de la acción.

Ahora bien. Si se entendiera aplicable al caso la regulación del nuevo sistema procesal en cuanto a la prisión preventiva -tal como lo postula la Defensa y la Sala no comparte – tampoco habría razones de peso para modificar lo resuelto.

Esto es, hay razones de índole estrictamente procesal cautelar que conducirían al mismo resultado desestimatorio. En el subexámine se juzga la conducta de un imputado por reiterados delitos, que pueden dar lugar a penas graves, y que por lo tanto, puede verse tentado a evadir la condena.

Por lo tanto, analizado el caso desde la gravedad de los hechos y de un contexto erizado de dificultades como el que atraviesa esta clase de investigaciones, a lo que se suma la edad del imputado y la incidencia de una eventual condena a esta altura de su vida, no puede dejar de repararse que la prisión preventiva del imputado estaría asistida de fundamento cautelar, porque la gravedad de los hechos hace al peligro de fuga.

Por cuyos fundamentos, **SE RESUELVE:**

CONFÍRMASE LA RECURRIDA.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.-

Dra. Graciela Gatti Santana

Ministra

Dr. Sergio Torres Collazo

Ministro

Dr. Alberto Reyes Oheninger

Ministro

Esc. Ma. Laura Machín Montañez

Secretaria