

UN JUEGO DE DADOS LLAMADO EJECUCIÓN PENAL

A DICE GAME CALLED CRIMINAL ENFORCEMENT

UM JOGO DE DADOS CHAMADO EXECUÇÃO PENAL

DIEGO GONZÁLEZ CAMEJO (*)

RESUMEN. A partir de un corpus de sentencias de segunda instancia se propone una reconstrucción crítica de las principales líneas jurisprudenciales vigentes sobre libertad anticipada y ejecución de las condenas obtenidas en procesos abreviados.

PALABRAS CLAVE. Interpretación judicial. Derechos. Ejecución penal. Libertad anticipada. Proceso abreviado.

ABSTRACT. Based on a corpus of second-instance judgments, a critical reconstruction of the main lines of current case law on early release and enforcement of judgments obtained in criminal summary proceedings is proposed.

KEYWORDS. Judicial interpretation. Rights. Criminal enforcement. Early release. Criminal summary proceedings.

RESUMO. Com base em um corpus de sentenças de segunda instância, propõe-se uma reconstrução crítica das principais linhas da jurisprudência atual sobre a antecipação de liberdade e execução de sentenças obtidas em processos abreviados.

PALAVRAS - CHAVE. Interpretação judicial. Direitos. Execução penal. Liberdade antecipada. Processos abreviados.

El punto de partida de este ensayo es un *corpus*(1) compuesto por diecisiete sentencias de los cuatro Tribunales de Apelaciones en lo Penal dic-

(*) Abogado. Juez Letrado de Ejecución y Vigilancia de Montevideo de 3º. Turno. Correo electrónico: diegozlezcamejo@gmail.com

(1) Sentencias interlocutorias disponibles en la Base Nacional de Jurisprudencia (www.bjn.poderjudicial.gub.uy): 145/2022, 511/2022, 618/2022 y 620/2022 del TAP 1; 314/2022,

tadas entre marzo y setiembre de 2022 durante la etapa de ejecución de los procesos penales regidos por el Código del Proceso Penal.

Poco después de la entrada en vigencia de la ley nro. 19.889, Diego CAMAÑO señaló:

Ante este panorama de inseguridad jurídica, el Defensor jamás podrá asegurarle al imputado, al momento de evaluar el proceso abreviado, si en definitiva podrá redimir pena o solicitar la libertad anticipada. Más bien deberá advertirle que quedará librado a su suerte y que sus derechos dependerán -como si fuera un juego de dados- del Fiscal, el Juzgado o el Tribunal ante el cual le toque litigar en el futuro. En definitiva, si firma la condena quedará colocado en una situación de *total incertidumbre sobre el alcance de sus derechos en la ejecución de la pena* (RUDP 28, 261).

A partir de esta preocupación dogmática se pretende tener una aproximación al estado actual de la jurisprudencia en materia de ejecución penal sobre dos aspectos de especial relevancia práctica: a) la interpretación judicial del artículo 273.5 del CPP como vía para habilitar o no la aplicación de institutos liberatorios al proceso abreviado; b) los criterios jurisprudenciales de admisibilidad de la libertad anticipada ante las limitaciones establecidas por el artículo 301 bis y ter del CPP.

El objetivo principal es reconstruir las líneas argumentales de las decisiones judiciales de los Tribunales de segunda instancia. Como objetivo secundario se pretende dejar en evidencia algunas de las tensiones ideológicas que están presentes en los razonamientos judiciales en su articulación con los materiales normativos de fuente legal.

El enfoque teórico elegido reconoce la importancia de la actividad judicial y del discurso de los tribunales en la identificación y construcción del derecho. La perspectiva metodológica recupera la tradición realista de la teoría del derecho y se propone ponerla en diálogo con el análisis crítico de tipo ideológico.(2)

Proceso abreviado: libre negociación vs. derechos del imputado

Actualmente, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Primer Turno mantiene la jurisprudencia que sentó con la sentencia nro. 189/2019 respecto de los institutos liberatorios en el proceso abreviado. En esa decisión se pronunció sobre el artículo 273.5 del Código del Proceso Penal. Mayorita-

385/2022 y 544/2022 del TAP 2; 219/2022, 355/2022, 552/2022 y 591/2022 del TAP 3; 111/2022, 113/2022, 256/2022, 271/2022, 329/2022 y 381/2022 de TAP 4.

(2) Al respecto pueden verse: ROSS (2011), ŽIŽEK (2008) y COURTIS (2016).

riamente, con excepción del matiz que plantearemos, se comparten el fino análisis de Diego CAMAÑO (2020, 251-264).

En sentencia nro. 145/2022 el Tribunal reitera su criterio firme al respecto.(3) La Sala, en contradicción con lo abogado por la Fiscalía, considera que el sintagma “cumplimiento efectivo” no habilita una interpretación restrictiva, no limita el acceso del penado en proceso abreviado a los institutos liberatorios (libertad anticipada y redención de pena).

De esta forma, la aplicación del texto legal no implica una renuncia implícita a los derechos del penado en la etapa de ejecución, a diferencia de la constante jurisprudencia del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo Turno.

No obstante, el TAP 1 aporta un elemento adicional a la construcción de su visión sobre las potestades de las partes y el rol de la legalidad en el proceso abreviado; a este punto se dirigen las críticas de CAMAÑO.

El TAP 1 afirma:

El hecho de que la Sede A-quo, cuando dictó la condena, no haya incorporado la expresión “en su totalidad” a la que hacía expresa mención la acusación de la Fiscalía (servirse ver fs. 12vto. de esta pieza), selló definitivamente la suerte de la pretensión incoada, habida cuenta de la indefinición en la que de esa manera permaneció el tema: “la cuestión -ahora y antes- se desplaza a los ‘términos’ en los cuales se redactó el acuerdo al que se arribó y se admitió judicialmente” (Ibíd.).

Para el Tribunal la Fiscalía tenía posibilidades de evitar la consecuencia desfavorable de la ambigüedad y equivocidad del texto legal, al sustituir el sintagma preposicional “de cumplimiento efectivo” por otra fórmula, por ejemplo “en su totalidad”, como se consignó en el acuerdo pero no se recogió en la sentencia.(4)

(3) Igualmente, en sentencia nro. 618/2022 de 22/09/2022.

(4) Podría considerarse llamativo que el Tribunal le achaque a la Fiscalía la deficiencia en la confección del acuerdo de proceso abreviado. Si efectivamente se trata de un acuerdo de partes, la consecuencia no deseada debe ser el resultado de un defecto en la construcción del espacio común que habilita el acercamiento de voluntades. Admitir que el acuerdo fue defectuoso para la Fiscalía supone reconocerle una cuota de poder que no utilizó, en ese sentido la virtualidad equidistante del acuerdo queda cuestionada al igual que la construcción dogmática de la autonomía de la voluntad que la sustenta. De alguna manera, reconocer que la Fiscalía podía lograr una ventaja comparativa con una redacción no ambigua puede suponer que su voluntad podía primar sobre el acusado, y el contenido de la diferencia está dada por fijar cláusulas en términos contrarios al diseño legal residual. Si bien, no se deja de reconocer el diseño estratégico del proceso penal, uno de los límites a la puja de intereses debe estar representado por el esquema de derechos, en este caso del imputado.

En síntesis, la tesis del Tribunal es la primacía de la autonomía de la voluntad; las partes en ejercicio de su autodeterminación pueden acordar que la redención de pena y la libertad anticipada no se apliquen durante la ejecución. En su defecto, el texto legal (art. 273.5 del CPP) es equívoco y no habilita una interpretación derogatoria de los institutos liberatorios en la etapa de ejecución. A falta de acuerdo de partes en contrario, la libertad anticipada y la redención de pena se aplican, con excepción de las hipótesis de inaplicabilidad que exigen una interpretación restrictiva para el Tribunal. El texto legal proporciona un diseño de la ejecución que puede ser modificado por acuerdo de partes, incluso en contra del estatuto de garantías que propone la ley. En fin, la configuración legal de la ejecución de la pena es residual pero no preceptiva y se puede empeorar contra el condenado, siempre que se cuente con su aquiescencia. Esta es la conclusión más polémica que se puede derivar de las sentencias del Tribunal.

En comentario a la sentencia nro. 189/2019, Diego CAMAÑO expone esta interpretación de la línea jurisprudencial del Tribunal, iniciada con la sentencia comentada por el penalista. «Lo que el Tribunal termina afirmando es que *para excluir tales derechos se necesitaría una cláusula expresa del acuerdo en tal sentido* y en tal sentido sería una carga para el Ministerio Público insertar una cláusula de exclusión» (CAMAÑO: 2020, 252 y s.).

El autor recoge que para el Tribunal el carácter de orden público de la regulación legal de la ejecución penal no es un obstáculo para su disposición en el proceso abreviado y agrega: «De tales afirmaciones se desprende que para el Tribunal *sería legalmente válido que las partes acuerden el régimen legal de ejecución de la pena*, punto sobre el que discrepamos» (2020, 254).

El problema dogmático, sobre el que abunda CAMAÑO y cuyas conclusiones compartimos, está dado por la dicotomía valorativa: derechos del imputado vs. autonomía de la voluntad. En el entendido de que la autonomía de la voluntad en materia penal es ilusoria porque reproduce un esquema de fuerza frente al cual el acusado es la parte débil, la Fiscalía es la parte fuerte y la ley debería proporcionar un conjunto de estándares que eliminen o reduzcan la diferencia de fuerzas a partir de un esquema de derechos (como ocurre en el derecho laboral, en el derecho del consumo, etc.).

CAMAÑO le critica al Tribunal que no estaría dispuesto a aceptar acuerdos de proceso abreviado que mejoren el piso legal a favor del acusado y que, sin embargo, le habilita discursivamente la tendencia a empeorarlos al sugerirle a la Fiscalía que debió prever cláusulas claras conforme a sus intereses para la ejecución penal. Si bien la observación de Camaño puede tildarse de especulativa, lo cierto es que el Tribunal podría haberse ubicado en un paradigma protector de los derechos del imputado pero su definida posición en favor de la autonomía de la voluntad sin correctivos es un cam-

po fértil para las especulaciones dogmáticas, incluso a pesar de la histórica, férrea y constante defensa del modelo adversarial por parte del TAP 1.

En síntesis, la posición de CAMAÑO se nos presenta como la más adecuada al diseño constitucional y legal del proceso adversarial:

Pues bien, a la misma conclusión cabe arribar si en lugar de acudir a la autonomía de la voluntad partimos de la base de los derechos del condenado y consideramos que el régimen legal es un *piso mínimo*, que siempre sería posible mejorar pero nunca empeorar. Por lo tanto, sería válido que las partes acuerden un régimen más favorable de redención de pena que el legal o la sustitución de la cárcel por una pena alternativa. En tales hipótesis, el “concierto de voluntades” no afectaría derechos del condenado sino que por el contrario los mejoraría (2020, 260).

En términos generales sobre este punto y recién entrada en vigencia la reforma procesal, se pronunciaron ISLAS y SOUTO:

Claro está que, dentro del proceso abreviado predomina el principio dispositivo sobre el de legalidad, sin perjuicio que este último es el encargado de delimitar las posibilidades para llegar a un acuerdo entre las partes y el contenido del mismo, todo lo que luego se deberá pasar por el control de admisibilidad del juez [...] El principio dispositivo por definición implica otorgarles a las partes la posibilidad como se dijera de disponer sobre el derecho sustancial y adjetivo [...] otorgándole preponderancia a la solución del conflicto penal, por sobre el principio de legalidad, con las limitaciones establecidas (2017, 267).

Un argumento pragmático, vinculado al funcionamiento del sistema a partir de las cargas de trabajo, es señalado por LONG: «Si los procesos abreviados dejan de ser atractivos para los imputados, el volumen de trabajo que hoy pueden tolerar las Fiscalía (y agregó, Defensoras Públicas de nuestro país), se vería desbordado» (2019, 317).

Proceso abreviado: ¿inadmisibilidad genérica de los institutos liberatorios o *piso mínimo*?

La jurisprudencia del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo Turno, en materia de ejecución penal, establece una clara distinción entre dos estructuras procesales: el proceso abreviado y los procesos no abreviados (juicio oral y simplificado). Al proceso abreviado le aplica el artículo 273.5 del CPP, en una lectura que hace inadmisibles los institutos liberatorios (redención de pena y libertad anticipada). En ese sentido el TAP 2 considera que no son aplicables al proceso abreviado las inadmisibilidades previstas en el artículo 301, ya que la libertad anticipada y la redención no se aplican al proceso abreviado, cualquiera sea el delito y la pena establecidos.

La lectura del Tribunal supone el reconocimiento de la inexistencia de ambigüedad en el texto del artículo 273.5 del CPP, aspecto que torna *innecesaria la interpretación*. A ello se suma una lectura en clave civilista del acuerdo de proceso abreviado y un diseño contractual de los roles de las partes (Fiscalía y acusado) que les impone deberes de buena fe que pueden ser vulnerados mediante estratagemas y fraude a la ley, por ejemplo. Para el Tribunal los institutos liberatorios son inadmisibles ante el deber del imputado “de cumplimiento efectivo” de la sentencia de proceso abreviado, en cuanto reflejo del acuerdo. Esta lectura del artículo 273.5 del CPP reconoce la redundancia para el proceso abreviado del artículo 301 del CPP, el que se aplicaría a las demás estructuras procesales no abreviadas (proceso simplificado y juicio oral).

En sentencia nro. 314/2022 de fecha 25/05/2022, con amplias citas de la sentencia nro. 86/2019, el Tribunal aplica el artículo 273.5 del CPP a un condenado por rapiña. Considera que el proceso abreviado es «un acuerdo de voluntades en su base y un fallo jurisdiccional como resultado final» al que se le aplican «muchos principios generales del derecho civil referidos a las obligaciones y los contratos». Y más adelante concluye: «Por esa razón una vez que el juez constató y validó el consentimiento otorgado tal situación incluye la norma del art. 273.5», como si se tratara de un contrato de adhesión. Llama la atención que esta interpretación le impone al acuerdo una cláusula cuya redacción estaría dada por la propia ley, se trataría de la única hipótesis de cláusulas de tipo legal en un acuerdo de proceso abreviado que, como bien señala el TAP, requiere la necesaria intervención judicial; esta propuesta interpretativa se presenta, al menos, como ligeramente forzada.

La tesis del Tribunal es que el contenido del artículo 273.5 del CPP pasa a formar el acuerdo de voluntades, a regularlo, una vez que el acuerdo de proceso abreviado se perfeccionó en sentencia judicial. Aquí el Tribunal introduce una distinción relevante: hay acuerdos de voluntades que no requieren la intervención judicial (derecho contractual) y otros que la requieren como el caso del proceso abreviado. La razón de la intervención judicial y del control del consentimiento del acusado radica en que «se trata de la parte más débil del acuerdo».

En una formulación gramatical no del todo precisa, el Tribunal reconoce:

No se trata de que dicho consentimiento implique una renuncia anticipada a derechos otorgados por la ley [...] por la sencilla razón de que no es un acuerdo entre particulares que eventualmente pudiera contravenir normas de orden público sino un acuerdo donde la intervención judicial hizo posible su materialización». Antes de la intervención judicial el acuerdo de proceso abreviado podría vulnerar normas de or-

den público «pero luego ello se modifica parcialmente por la regulación legal en cuanto a su viabilidad en el marco de disposiciones de orden público y, por tanto, a ello se debe estar (TAP 2, Sent. 314/2022).

Tenemos dos momentos de análisis del proceso abreviado: el acuerdo, que podría calificarse como contrario al orden público, y la sentencia que recoge el acuerdo, la que inmunizaría al acuerdo de posibles vulneraciones al orden público. No podría predicarse de la sentencia lo mismo que se puede predicar del acuerdo, mientras el último puede ser contrario al orden público, la primera no puede serlo y si el acuerdo lo era, deviene inmunizado por efecto de la intervención judicial.

Este consentimiento extrajudicial, al ser imprescindiblemente ratificado judicialmente no hace más que confirmar que fue brindado con todas las garantías que le confiere la ley al justiciable, entre ellas el debido asesoramiento por parte de su letrado patrocinan, que como se indicó, asegura también que comprendió la situación en que se encontraba lo que habilitó ratificar el convenio y con ello su propia sentencia de condena sin ventilar un juicio (TAP 2, Sent. 314/2022).

El Tribunal considera que la debilidad del acusado frente al proceso penal, especialmente en el marco del proceso abreviado, es contrarrestada por el control judicial y la garantía del derecho a la defensa técnica.⁽⁵⁾

A diferencia de la jurisprudencia del TAP 1 que dio lugar a especulaciones, como dijimos con cita de CAMAÑO, en el caso del TAP 2 esas especulaciones serían injustificadas porque el Tribunal parece afiliarse a la tesis del *piso mínimo* del régimen legal respecto de la autonomía de la voluntad de las partes del acuerdo de proceso abreviado:

Perfectamente allí pudo reclamar la Defensa que en la pena privativa de libertad se aceptara por la Fiscalía General la aplicación de institutos liberatorios, porque ello nada lo impide, ya que lo que impone la ley es el cumplimiento efectivo de lo acordado que es cosa diferente (2020).

Entonces, nos preguntamos cuál es la interpretación que el TAP 2 estipula para el sintagma nominal “cumplimiento efectivo”. En la sentencia citada el Tribunal establece que no existe ambigüedad en la cláusula legal porque: «no hay palabras ambiguas o expresiones confusas, simplemente el condenado debe cumplir íntegramente la pena que se le impone porque así lo acordó con la Fiscalía General [...] no hay necesidad alguna en el sentido natural de las palabras [...] no se observa necesidad de interpretación». A

(5) Estas afirmaciones dogmáticas resultan cuestionadas por la reciente investigación del Observatorio del Sistema de Justicia y Legislación de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República: “Los acuerdos en el proceso abreviado, desde el punto de vista técnico y desde la perspectiva de las personas condenadas”.

continuación y luego de afirmar que la interpretación es innecesaria, la Sala estipula: «cumplir de manera efectiva no es otra cosa que eso, agotar la condena en la forma prevista en el acuerdo [...] se debe cumplir íntegramente en la forma convenida entre las partes».

El Tribunal presenta una interpretación que se evidencia principalmente a partir del uso de dos sintagmas que ofrece como alternativos: “agotar la condena”, “cumplimiento íntegro”. El cuerpo de disposiciones que se utiliza como soporte de la interpretación son los artículos 18, 1291 y 1304 del Código Civil, en el marco de un esquema negocial de comprensión del proceso penal.

El Tribunal brinda una interpretación finalista del proceso abreviado a partir de la regla creada por las partes y recogida en la sentencia: «lo que no resulta racional ni lógico es que sobre las penas privativas de libertad se pueda (sic) después aplicar otros institutos liberatorios porque ello es desvirtuar lo convenido y, en consecuencia, la razón de ser del proceso abreviado». ¿Por qué no es “racional ni lógico»? ¿Cuál es la razón de ser del proceso abreviado? A esta altura no parecen quedar dudas en que para el Tribunal la razón de ser del proceso abreviado es el cumplimiento total de la pena acordada.

Sin embargo, la interpretación de la sentencia deja espacio para más preguntas. En un pasaje se afirma: «allí pudo reclamar la Defensa que en la pena privativa de libertad se aceptara por la Fiscalía General la aplicación de institutos liberatorios, porque ello nada lo impide», contrariamente a lo afirmado previamente cuando califica de irracional y lógica la aplicación de institutos liberatorios. Finalmente, la sentencia establece: «Tácitamente lo que hizo la ley fue derogar estos institutos para el proceso abreviado, salvo que el propio acuerdo estableciera lo contrario, por lo cual los convenios deben partir de esa base al momento de la negociación de la cantidad de la pena».

En definitiva, la interpretación que entendemos más plausible se funda en la consideración de la última cita como síntesis de la tesis del Tribunal. En tal sentido, para el caso del proceso abreviado la regla es la aplicación estricta del acuerdo. Las partes pueden pactar la aplicación de institutos liberatorios pero si no lo hacen, por principio no se aplican. Permitir que la persona penada goce de institutos liberatorios, a falta de acuerdo de partes, es -para el TAP- desnaturalizar el proceso abreviado. Así, la razón de ser del proceso abreviado es el cumplimiento efectivo (íntegro, total, agotado) de lo acordado, el acuerdo/sentencia es la ley de las partes. El modelo de interpretación negocial del proceso abreviado se puede resumir en el aforismo latino *pacta sunt servanda*.

Para el TAP 2, que la persona penada intente ser excarcelada por libertad anticipada representa un fraude a la ley al contradecir el orden públi-

co recogido en el artículo 273.5 del CPP. ¿Por qué es una cuestión de orden público el aseguramiento del condenado? ¿No es una cuestión de orden público la resocialización de las personas penadas? El Tribunal no problematiza las cuestiones valorativas e ideológicas que están detrás de la opción que efectúa y que no transparente, perfectamente podrían entenderse como una reacción punitivista a favor del aseguramiento en detrimento de la resocialización (para limitarnos a la tensión que recoge el artículo 26 de la Constitución).

Según el Tribunal la ley restringió la libertad anticipada para el proceso abreviado a través del artículo 273.5 del CPP, antes de las modificaciones introducidas por la Ley de Urgente Consideración nro. 19.889. Una vez en vigencia la LUC: «Lo que hizo la ley no es ni más ni menos que restringir aún más(6) el beneficio de la libertad anticipada, excluyendo también a los condenados por determinados delitos a partir de su vigencia en el juicio oral».

La diferencia central entre el proceso abreviado y el juicio oral, para seguir en la comparación del Tribunal, estaría dada en la posibilidad de lograr un acuerdo. La persona que está dispuesta a un acuerdo de proceso abreviado puede lograr que se le apliquen los institutos liberatorios si pacta algo diverso a lo establecido en el artículo 273.5 del CPP; sin embargo, quien no puede optar por el proceso abreviado o decide ampararse en la garantía del juicio oral y público debe enfrentarse a un diseño legal que le impide acceder o le ofrece un esquema reducido de institutos liberatorios.

El diseño del sistema penal, a la luz de la interpretación del Tribunal, supone un esquema de juicio oral con consecuencias gravosas para los acusados respecto del proceso abreviado(7). Sin embargo, no se aprecia en la práctica de nuestros tribunales una tendencia a mejorar el *piso legal* a favor de los acusados. Por lo que, la posibilidad de la Defensa de pujar en pro de la aplicación de institutos liberatorios en el proceso abreviado se reduce a una

(6) Está supuesto un incremento en las restricciones; esta hipótesis quedaría descartada si el Tribunal se tomara en serio que la regulación legal del proceso abreviado es un *piso mínimo*, por ejemplo.

(7) ¿Cuál es el fundamento moral de limitar los derechos de los acusados en el marco del juicio oral cuando el sistema acusatorio debería articularse a partir de la centralidad del juicio? El acceso al juicio oral es un derecho y no parece adecuado al diseño democrático y republicano del sistema acusatorio que existan restricciones para acceder al juicio oral. Si bien uno podría cuestionar la existencia de incentivos para lograr acuerdos de abreviados, si nos posicionáramos en una perspectiva muy garantista; por otro lado, es claro que las restricciones de derechos a los condenados en juicio oral es una política pública contraria a un sistema de garantías. El juicio oral debería ser un derecho frente al poder, una garantía superior como ocurre en el sistema norteamericano. Sin embargo, el éxito del proceso abreviado ha desarticulado la lectura de principio que debe hacerse del sistema adversarial a partir de la centralidad del juicio.

estrategia retórica de la decisión judicial. En ese sentido, el sistema se cierra en un esquema punitivista que limita el acceso a los institutos que atienden a la resocialización y, por la vía de los hechos y de la construcción judicial del derecho, se decanta por el punitivismo.

La conclusión a la que arriba la Sala, la amplificación de restricciones a la libertad anticipada debería matizarse con la consideración de que esa limitación en el proceso abreviado es por defecto, al asumir que de principio es la libertad de contratación, la autonomía de la voluntad. Entendemos que la ausencia de esa salvedad demuestra la lectura punitivista que mueve al discurso judicial.

En el ámbito doctrinario, LONG formula un planteo crítico de esta postura restrictiva:

Entender que solamente con la expresión “efectiva”, puede retacearse derechos consagrados en otras normas en forma expresa es, por lo menos, cuestionable [...] una norma poco clara no puede ser sustento suficiente para limitar derechos [...] En una legislación confusa y contradictoria, como la que venimos de analizar, la actividad interpretativa del juez puede terminar siendo una actividad creadora, que viola la división de poderes y las garantías con las que debe ejercer su rol, especialmente en materia penal (2019, 328).

El Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo turno, en sentencia nro. 385/2022 de fecha 21/06/2022, confirmó la sentencia de primera instancia que negó el derecho a la libertad anticipada a un penado por el delito de rapiña especialmente agravado en grado de tentativa. El Tribunal no centra su estrategia argumentativa en la interpretación del artículo 301, sino en su lectura del artículo 273.5 del CPP.

Como dijimos, el Tribunal considera que en todos los procesos abreviados la regla es la inaplicabilidad de la libertad anticipada y de la redención de pena. Asimismo, el canon interpretativo es el literal en su versión más formalista: «no hay hesitación alguna en el sentido natural de las palabras: “...debe cumplir de manera efectiva y en todos sus términos...”», por lo cual no se observa necesidad de interpretación, mucho menos se puede pensar en que las expresiones sean especiales como para que la ley quisiera darles un sentido particular. Cumplir de manera efectiva no es otra cosa que eso, agotar la condena en la forma prevista en el acuerdo, situación que fue luego individualizada en la sentencia”. El énfasis en el canon literal se corresponde inversamente con la ausencia de análisis de la historia fidedigna de la sanción, argumento en el que se funda el Tribunal de Apelaciones de Primer Turno para descartar la pretendida claridad del texto legal.

El Tribunal establece una continuidad semántica entre el sintagma nominal “cumplimiento efectivo” (nominalización del sintagma verbal

“cumplir de manera efectiva”) y el sintagma verbal “cumplir en su integridad”, que podríamos nominalizar como “cumplimiento íntegro”. El Tribunal equipara cumplimiento efectivo y cumplimiento íntegro, a este último sintagma lo presente como una lectura del primero, como un sinónimo. La dogmática debería interesarse por estas categorías jurisprudenciales y por la inestabilidad que generan. Desde un punto de vista teórico podría recomendarse evitar la duplicación de las entidades lingüísticas con las que trabajamos, ya que no estamos ante un caso de deficiencia de los materiales normativos sino de construcción de soluciones a partir de los textos. Es posible que sea necesario atender a la navaja de Ockham y hacerla aplicable a este plano.⁽⁸⁾

El buen condenado: ¿acaso un oxímoron pragmático?

Hay un argumento moral que está incluido en la sentencia que tiene relación directa con el estatuto del imputado, sus obligaciones y su conducta procesal. Ese argumento cuenta con el apoyo del Tribunal pero ingresa a la sentencia a partir de una cita del voto de uno de los ministros firmantes. Podemos postular que este argumento moral es el centro de la decisión y que, en definitiva, la referencia al canon literal pasa a ser un argumento complementario para brindarle mayor juridicidad a lo decidido, para acercarla a una justificación más aceptada en la comunidad jurídica. Si bien el argumento moral parecería ser el más fuerte en el plano del contexto de descubrimiento, por ejemplo, el argumento literal es el más plausible, por eso es el que cuenta con mayor desarrollo en la sentencia.

Podríamos reconstruir algunas de las premisas del argumento moral: 1. *pacta sunt servanda*: debemos cumplir los acuerdos de buena fe, verbigracia, debemos cumplir de buena fe las obligaciones de fuente convencional; 2. Cumplir un acuerdo de buena fe supone no utilizar otros mecanismos jurídicos para obtener beneficios no acordados; 3. El buen imputado cumple los acuerdos de buena fe; 4. Ser un buen imputado implica no buscar obtener beneficios no acordados.

Detrás de la argumentación hay un argumento no explícito que supone la bondad del cumplimiento íntegro de la sentencia judicial. Parecería que la bondad de ese cumplimiento íntegro puede estar focalizada en el desequilibrio que supone el beneficio espurio que obtendría el condenado al salir en libertad antes del cumplimiento íntegro de la pena. Ese beneficio es considerado un desequilibrio que genera una injusticia. Señala la sentencia en la cita al voto que:

(8) Cabe recordar el célebre pasaje de “Tlön, Uqbar, Orbis tertius”: «los espejos y la cópula son abominables, porque multiplican el número de los hombres» (BORGES, 2014).

No puede pretender acortar su pena privativa de libertad utilizando otros institutos (...), pues entonces está violentando la buena fe con que se realizó el acuerdo con la contraparte, ya que no hace otra cosa que utilizar una estratagema para beneficiarse de lo positivo del convenio con la Fiscalía y desconocer lo negativo del mismo (TAP 2, Sent. 314/2022).

Pero más allá de ese desequilibrio en el sinalagma contractual (véase que detrás de esta interpretación del Tribunal hay una interpretación civilista del acuerdo de proceso abreviado), el Tribunal desliza que hay un interés moral en el cumplimiento efectivo o íntegro de las sentencias judiciales acordadas, con independencia del fin resocializador al que apelan los institutos de la redención de pena y de la libertad anticipada.

Si pretendiéramos hacer una reconstrucción del sistema desde la lógica del Tribunal debiéramos preguntarnos cuáles son las diferencias en términos de justicia del cumplimiento íntegro de una pena acordada respecto de una pena no acordada. Parecería que si lo justo es que las penas se cumplan en forma íntegra, no deberían existir posibilidades de no cumplirlas con independencia de la estructura procesal que haya determinado la condena. Asimismo, uno podría estar tentado a considerar que si lo justo es la resocialización de las personas condenadas, entonces no tendría sentido hacer diferencias en cuanto a la forma por la que fueron condenadas (abreviado, simplificado o juicio oral). Es más, alguien podría plantear que si una persona fue condenada en proceso abreviado, aceptó libremente su responsabilidad penal en un proceso judicial, entonces tiene al menos un signo de resocialización que un condenado en juicio oral (que ni siquiera declaró en juicio, por ejemplo) que nunca asumió su responsabilidad.

Uno de los valores morales de la democracia republicana, del Estado de derecho, es el cumplimiento de las sentencias judiciales. Está directamente vinculado con la separación de poderes y con el diseño institucional de la democracia, así como el rol del Poder Judicial. No obstante, señalar este valor por sí solo no significa, es necesario especificarlo y desarrollarlo, así como identificar materiales normativos que puedan permitir una lectura moral, si es que se pretende ingresar en ese resbaladizo terreno.

Cabe señalar la distorsión que genera la utilización de un campo semántico de derecho contractual para la comprensión y aplicación del derecho penal. La desnaturalización, a través del estándar de la buena fe, de la conducta típica de los condenados a luchar por su libertad parece una consecuencia muy atendible de estas retóricas contractualistas. ¿Acaso debería existir como agravante para la autoevasión el hecho de haber sido condenado en un proceso abreviado? ¿Acaso el penado por proceso abreviado, ante un descuido de la autoridad, debería quedarse dentro del Establecimiento

y no salir al exterior si la oportunidad se le presenta? Lo absurdo de la pregunta deja en evidencia la dificultad e inconveniencia en trasladar conceptos y categorías contractuales al ámbito penal y procesal penal (al respecto véase CAMAÑO, 2020). A los jueces, quizás, no debería asombrarles que los condenados utilicen todas las herramientas jurídicas a su disposición para obtener la libertad; aunque acordada, la condena nunca es ontológicamente querida y el instinto, incluso alguna forma de ejercicio de la razón, pujarán siempre a favor de la libertad. Tampoco debería tratarse de un motivo legítimo de reproche.

Entendemos que la interpretación del TAP 2 que hace de esta disposición un esquema de buena fe y lealtad negocial, incluso procesal, supone una ficcionalización del proceso penal que no resiste ni siquiera su configuración estructural. En primer lugar, porque el Estado para hacer cumplir las sentencias penales no necesita de la aquiescencia ni de la buena fe de las personas condenadas, aunque se trate de una pena acordada la respuesta penal nunca es querida por sus destinatarios (penados); el esquema de justicia penal es de resistencia frente al poder estatal, no de colaboración. En segundo lugar, el aparato del Estado es lo suficientemente autosuficiente y autosustentable para no necesitar la voluntad del penado sino para imponerse por la fuerza, para ejercer la violencia más extrema en el marco del Estado de Derecho.

Es una lectura distorsionada del sistema penal postular que el acusado tiene un deber de buena fe, que utiliza “estratagemas” para conseguir la libertad, aunque haya consentido en su condena parecería más razonable entender que lo hizo para evitar un mal mayor y no como un ejercicio de virtud cívica, al que tampoco estaría obligado. Ni siquiera tiene la obligación de declarar o de decir la verdad, menos aún de actuar de buena fe; si declara, si confiesa y si acuerda un abreviado hay que entenderlo como la estrategia del débil frente al poder exorbitante.

En síntesis, el argumento moral planteado en la sentencia nos deja en el corazón de la cuestión de la libertad anticipada y el cumplimiento efectivo de sentencias que tiene que ver con las funciones de la pena y el ánimo resocializador plasmado en el artículo 26 de la Constitución.

Saltarse el cerco del litigio: ¿activismo judicial?

El criterio punitivista que entendemos plasmado en las sentencias del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo Turno se confirma por una decisión que se puede leer como un caso de activismo judicial suave. En una lógica adversarial y acusatoria, que el Tribunal tome posición frente a un punto que no fue objeto de debate por las partes supone saltarse el cerco

del litigio.(9) En la sentencia nro. 544/2022 de 17/08/2022 llega al Tribunal el debate sobre el mérito de la libertad anticipada de un penado por un delito de violencia doméstica agravado. No estaba dentro del debate la aplicación del artículo 273.5 ni del 301 del CPP, sino el pronóstico de resocialización de la persona penada.

El Tribunal no tiene reparos en confesar que decidirá la cuestión por fuera del debate procesal:

Las partes controvierten si se dan los requisitos para otorgar la libertad anticipada, pero resulta que antes de ese aspecto lo que hay que determinar es si cabe apartarse de lo la ley establece en cuanto al cumplimiento de las sentencias cuando se trata de procesos abreviados (TAP 2, Sent. 544/2022).

Si bien no se alega el *iura novia curia*, podría entenderse como una variante que es disfuncional al sistema adversarial y pertenece a lógicas inquisitoriales.

Es cierto que el Tribunal tenía posición sobre el punto pero las partes no discutieron al respecto y tampoco era esperable que lo hicieran porque la interpretación que realiza el TAP 2 del artículo 273.5 del CPP no es unánime en la jurisprudencia, todos los demás Tribunales la contradicen. Resulta difícil de sostener resolver una cuestión litigiosa por fuera del debate, con una interpretación minoritaria del texto legal solo para mantener la línea jurisprudencial del Tribunal que, como dijimos, tiende al punitivismo.

El *piso mínimo*: el orden público a favor del acusado

El Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Tercer turno contradice en su jurisprudencia la lectura del artículo 273.5 del CPP que es seguida por el TAP 2; asimismo, se distancia del TAP 1 por cuanto no considera posible la renuncia anticipada a los institutos liberatorios en un acuerdo de proceso abreviado.

En sentencia 219/2022 de 08/04/2022, el Tribunal, al remitir a una decisión anterior, expresó:

(9) Entendemos de aplicación a todas las etapas del proceso penal la siguiente observación de Alberto BINDER: «el juez debe tomar la decisión sobre la exclusiva base de lo que pudo observar y escuchar en esa sala de audiencia y sobre la base de los argumentos y peticiones de las partes. Finalmente, decimos, que todo esto se debe realizar de un modo público y transparente para que, por más que la decisión final siempre va a dejar a alguien descontento, todos puedan aprobar que las reglas de juego fueron respetadas y no hubo nada arbitrario» (2018, 29).

Lo acordado nada dice a propósito del cumplimiento efectivo y ello no obsta a que a través de la aplicación de un instituto liberatorio expresamente previsto en el propio cuerpo normativo, parte de la misma se cumpla extramuros porque con este instituto lo que solamente se modifica es la forma de cumplimiento de la pena impuesta, en tanto que el monto de la pena determinada en la sentencia de condena permanecerá inmutable. Por ende, el aval de la Fiscalía da cuenta que no se estipuló en el acuerdo la renuncia a peticionar la libertad anticipada, lo que evidentemente nunca podría pactarse so riesgo de conculcar un beneficio para el penado (art. 298 CPP) cuya renuncia no hace más que desnaturalizar una garantía.⁽¹⁰⁾

El Tribunal realiza una lectura del artículo 273.5 del CPP que reconoce en la disposición una consecuencia que ya se podía derivar del sistema antes de su sanción: «que todos los puntos acordados y que estén dentro de los parámetros legales establecidos deben ser cumplidos por el encausado». ¿Acaso se trata de una obviedad dentro del sistema penal? Desde una lógica acusatoria y garantista, parecería que lo más plausible es considerarla una obviedad porque la consecuencia a la que arriba la versión punitivista de esta cláusula es contraria al proceso legislativo y a criterios hermenéuticos específicos del proceso penal como los recogidos en el artículo 14 del CPP.

Un esquema de derechos irrenunciables del condenado

El Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Cuarto turno se pronuncia contra la interpretación del TAP 2 sobre el artículo 273.5 del CPP. La clave de lectura del TAP 4 hace foco en el orden público pero a favor del fin resocializador de la pena y en contra de la versión punitivista que la reduce al aseguramiento, a la defensa social.

En sentencia nro. 111/2022 el TAP 4 refirió:

El art. 273.5 no excluye por sí la tramitación de la solicitud de libertad anticipada. El acuerdo entre la Fiscalía y el Imputado debidamente asistido, base del proceso abreviado, no es (sic) obsta a la aplicación de los institutos liberatorios. La expresión “de manera efectiva y en todos sus términos” consagrada en la norma mencionada, refiere exclusivamente a privación de libertad ambulatoria, nada dice respecto al régimen legal de ejecución de la pena. En consecuencia, no es posible disponer anticipadamente, por acuerdo de partes a la facultad de solicitar la libertad anticipada cuando se relevan los requisitos para ello. Promover el beneficio de la libertad anticipada está consagrado en el

(10) En el mismo sentido la sentencia nro. 355/2022 de 09/06/2022 y la nro. 552/2022 de 29/08/2022.

ordenamiento jurídico y es de orden público; por lo tanto, no es válida su renuncia anticipada (...) No es legalmente posible disponer anticipadamente por acuerdo de partes de una facultad legal de orden público, concedida al penado.(11)

Criterios jurisprudenciales de aplicación del artículo 301 del CPP

- Interpretación amplia de las restricciones legales

En sentencia nro. 591/2022 de fecha 07/09/2022, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Tercer turno confirma la decisión de primera instancia que negó el derecho a la libertad anticipada a un penado por un delito de rapiña agravado en grado de tentativa. El argumento utilizado es la versión más formalista del canon literal que podemos expresar a través del brocardo *in claris non fit interpretatio*(12).

El Tribunal señala:

Lo que el propio legislador expresamente excluyó de la aplicación de tal beneficio fue aquellos casos en que se cometió un delito de Rapiña no señalando distinción alguna en cuanto al proceso ejecutivo de ese delito -iter criminis-. Por ende, el hecho de haber sido condenado (...) por la comisión de un delito de Rapiña aunque lo sea en grado de tentativa, lo excluye de la posibilidad de acceder a tal beneficio (...) no se trata de interpretar en perjuicio del reo sino simplemente atender al claro texto de la ley (TAP 3, Sent. 591/2022).

También en sentencia nro. 552/2022 el Tribunal niega la libertad anticipada a un condenado por rapiña agravada en grado de tentativa y utiliza la misma argumentación.

- Interpretación estricta de las restricciones a un “derecho fundamental”

En Sentencia nro. 511/2022 el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Primer Turno declaró la admisibilidad de la libertad anticipada respecto de un condenado por un delito de rapiña especialmente agravado en grado de tentativa, contra la decisión de primera instancia que había considerado que el caso estaba alcanzado por lo establecido el artículo 301 bis del Código del Proceso Penal.

El Tribunal argumentó que la interpretación de los artículos 301 bis y 301 ter debe ser estricta porque tornan inaplicable un instituto que con-

(11) En el mismo sentido la sentencia nro. 256/2022 de 21/04/2022 y nro. 271/2022 de 28/04/2022.

(12) Sobre la interpretación literal y las decisiones judiciales puede verse: BARDAZANO, G. 2012.

templa el derecho a la libertad, el que es considerado un «derecho fundamental». El Tribunal construye esta premisa a partir de la regla de interpretación prevista en el artículo 14.2 del CPP y el reenvío a la Constitución, específicamente, a la configuración del derecho a la libertad y su estatuto de protección (artículos 7 y 15).

De esta forma, la Sala «concluye que cuando el legislador en los arts. 301 bis y 301 ter del CGP [rectius: CPP] establece que es inaplicable el beneficio de la libertad anticipada por la comisión de ciertos delitos que enuncia taxativamente y no incluye el grado tentado de los mismos, no corresponde efectuar una interpretación extensiva o amplificadora y abarcar el grado de conato, cuando ello claramente va en perjuicio del penado y vulnera principios que rigen nuestro derecho penal y procesal penal: aplicación de la norma más favorable al imputado o penado, interpretación estricta de las mismas e “in dubio pro reo”».

El siguiente recurso argumentativo tiene relación con el canon sistemático y la reconstrucción del dogma del legislador racional. Consiste en considerar que, en otras oportunidades, el legislador ha limitado expresamente el acceso a los derechos para los partícipes, a cualquier título, y para diversos grados de consumación. Si existen casos para los cuales el legislador ha establecido la salvedad y ha excluido, por ejemplo del instituto de la libertad a prueba, a delitos tentados y consumados. Entonces, el Tribunal supone que en este caso al no haber previsto las diferentes formas de participación o consumación, entonces el legislador ha querido limitar el acceso a la libertad anticipada solo a los casos típicos de delito penal (autoría y consumación, por ejemplo). Con esa hipótesis, aunada al criterio interpretativo restrictivo, el Tribunal concluye que para el caso (arts. 301 bis y 301 ter del CPP) ante la falta de previsión expresa de la limitación del derecho para delitos tentados, por ejemplo, no existe una restricción legal de acceso al derecho a la libertad anticipada.

La sentencia refiere: «cuando el legislador quiere que un beneficio sea inaplicable para delitos tentados y consumados lo dice expresamente. Así, el art. 31 de la ley 19.889 que consagra la “libertad a prueba” (en sustitución de la libertad vigilada), establece que es inaplicable dicho beneficio “cuando se trate de alguno de los delitos que se enuncian a continuación ya sea tentado o consumado y cualquiera sea la forma de participación del penado (art. 295 bis del CPP agregado por la ley 19.889)».

La consideración de la libertad como “derecho fundamental” es utilizada como un slogan. El Tribunal no tematiza ni justifica las razones por las que considera que la libertad ingresa en esa categoría teórica. Lo que tiende a delinear es el diseño constitucional de los derechos que están enumerados en el artículo 7 de la Constitución y el llamado principio de reserva

legal en cuanto a su afectación. Este aspecto no es novedoso y no aporta a la solución del caso porque la afectación a la libertad se encuentra prevista en una ley (CPP y sus modificativas).

Sin embargo, el Tribunal insiste en la categoría de derecho fundamental de la libertad para afirmar que «toda norma que prive o limite ese derecho debe interpretarse en forma estricta y de acuerdo con los principios generales del derecho y específicos de la materia penal».

Podemos detectar un ingreso de la retórica presente en la teoría de la argumentación de Robert ALEXY y en el movimiento neoconstitucionalista con su marcado énfasis en la idea de derechos fundamentales. No obstante, el Tribunal no realiza un desarrollo teórico en consonancia con el neoconstitucionalismo sino que lo utiliza como un slogan, un recurso retórico que vincula su decisión con un campo de referencias vinculado directamente con el discurso de los derechos humanos. El Tribunal podía evitar ese desvío, que al carecer de argumentación más densa queda reservado al ámbito del slogan, y centrarse en la parte final del artículo 14.2 del Código del Proceso Penal que establece: «Están vedadas la solución analógica y la interpretación extensiva perjudiciales al interés del imputado».

Cabe señalar que la referencia a la libertad como derecho fundamental tampoco cumple una función de descarga (ALEXY) porque ni siquiera hay un desarrollo mínimo que habilite una remisión al menos clara a algún campo dogmático o teórico definido, con excepción de lo ya establecido respecto del canon neoconstitucional pero, a sabiendas de su heterogeneidad, marcada justamente como una de sus posibles debilidades teóricas.

La pregunta teórica podría formularse a partir de las razones por las cuales un Tribunal, que decide principalmente según los cánones literal y sistemático desde el paradigma legalista, igualmente utiliza como slogan la noción de “derechos fundamentales” y deja fuera de consideración la solución legal que le permitía construir el argumento dentro de los materiales normativos disponibles (art. 14.2 del CPP en su parte final).

Asimismo, la tentación está dada por investigar el rol de la idea de derechos fundamentales en los contextos de descubrimiento y de justificación. En el contexto de justificación parecería presentarse como un “juguete vistoso”, en su sentido más literal, ya que ni siquiera existe un esfuerzo por definir cuáles son las razones para considerar que la libertad es un derecho fundamental y cuáles son los efectos prácticos de esa consideración.

Cierto descuido en la utilización de categorías teóricas tan densas como la de “derechos fundamentales” debería llamarnos a la reflexión sobre las prácticas argumentativas de los órganos judiciales y la construcción de retóricas que apelan a tendencias que son aceptadas por la comunidad. A par-

tir de ahí, reflexionar sobre las prácticas de identificación del derecho por parte de nuestros tribunales. Puede sorprender que se prefiera un mínimo esfuerzo argumentativo y un slogan rimbombante, en lugar de resolver el caso a partir del material normativo que estaba disponible (art. 14.2 parte final) y cuya interpretación generaba menos dificultades que un estándar tan impreciso como la categoría de “derecho fundamental”.

- Interpretación estricta del texto legal

En cuanto a la aplicación del artículo 301 del CPP, en sentencia nro. 111/2022 el TAP 4 no aplica la restricción legal al autor de dos homicidios tentados y explica:

Si bien el literal “g” del art. 301 bis de la ley 19.653 prevé los delitos de Homicidio estos deben ser agravados y consumados, lo que no se releva en el caso (no se consumaron y no se relevaron agravantes). En su mérito el penado es un primario que no está comprendido en los supuestos que lo excluyen de la posibilidad de acceder al beneficio.

En el caso de un reincidente condenado en proceso abreviado por rapiña consumada, el TAP 4 aplica el artículo 301 en sentencia nro. 113/2022. La justificación del fallo establece que la reincidencia o reiteración no deben ser específicas («contra el mismo bien jurídico tutelado en el ilícito precedente y menos aún que sea el mismo tipo penal») ni que el delito que configura el concurso deba haberse cometido con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la ley nro. 19.653 (17/08/2018).

En sentencias nro. 256/2022 de 21/04/2022 y nro. 271/2022 de 28/04/2022 el TAP 4 no aplica el artículo 301 del CPP por tratarse de primarios absolutos y por no aparecer los delitos en las listas legales.

En sentencia nro. 329/2022 de fecha 19/05/2022, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Cuarto Turno admite el derecho a la libertad anticipada de un penado por un delito de rapiña especialmente agravado en grado de tentativa.

Con especial referencia al artículo 14 del Código del Proceso Penal, sigue una argumentación similar a la propuesta por el TAP 1, sin la referencia a los “derechos fundamentales”. En efecto, establece:

No es posible extender restricciones a situaciones que no han sido previstas expresamente y los artículos en cuestión aluden en un caso a la comisión de ciertos delitos y en el otro a la reiteración o reincidencia en determinados ilícitos (...) debe tratarse del delito consumado. Ello porque en ninguno de los artículos mencionados se hace referencia al conato, lo que implica que cuando el delito no se consumó no rige la excepción consagrada». Acude al argumento sistemático, brinda ejemplos legales (leyes nos.

19.831 -libertad vigilada- y 19.889 -libertad a prueba-) y concluye: «cuando el legislador quiso excluir determinados institutos liberatorios a los autores de delitos tentados, lo dijo expresamente, lo que no ocurre en el caso (TAP 1, Sent. 329/2022).

Reflexiones finales

Las posiciones jurisprudenciales de los Tribunales de segunda instancias nos demuestran la fidelidad de la metáfora del juego de dados que tomamos a partir de las reflexiones de Diego CAMAÑO.

En cuanto a la aplicación de los institutos liberatorios (redención de pena y libertad anticipada) al proceso abreviado y a la interpretación del artículo 273.5 del CPP el abanico jurisprudencial recorre las siguientes alternativas (dos posiciones extremas y dos posiciones moderadas):

- a. la libertad de negociación sin restricciones, librada a las posiciones estratégicas de las partes (TAP 1);
- b. los institutos liberatorios no son aplicables al proceso abreviado (TAP 2);
- c. el diseño legal de los institutos liberatorios como un *piso mínimo* que las partes no pueden negociar en perjuicio del acusado (TAP 3);
- d. los institutos liberatorios como un esquema de derechos irrenunciables del acusado que no son derogados por el art. 273.5 del CPP (TAP 4).

Por su parte, al analizar el alcance de las limitaciones a la libertad anticipada introducidas por los artículos 301 bis y 301 ter del CPP, las alternativas son las siguientes:

- a. Inaplicabilidad: los institutos liberatorios no se aplican al proceso abreviado y en caso de debate sustantivo de las partes sobre su procedencia no corresponde el análisis judicial; la premisa general de inaplicabilidad debe relevarse de oficio (TAP 2);
- b. Interpretación amplia: las limitaciones a la libertad anticipada comprenden todos los grados de participación criminal y de ejecución delictual de los delitos previstos en el artículo 301 del CPP (TAP 3);
- c. Interpretación estricta: las limitaciones a la libertad anticipada alcanzan exclusivamente al grado de autoría y a la consumación delictual de los delitos del art. 301 del CPP (TAP 1 y TAP 4).

Las decisiones judiciales transitan por tensiones ideológicas, entre ellas: autonomía de la voluntad vs. orden público; disposición de derechos vs. le-

galidad; derechos de las personas imputadas vs. estrategias de litigación; poder estatal vs. derechos individuales; aseguramiento vs. resocialización. Todas pueden ser resumidas en la Escila y Caribdis del poder penal: garantismo vs. punitivismo.

Desde una perspectiva teórica resulta necesario señalar las enormes dificultades que representa una jurisprudencia tan dividida y con puntos de vista que se presentan como irreconciliables sobre uno de los aspectos centrales del Estado de Derecho: el cumplimiento y la ejecución de las penas.

La uniformidad no representa un valor en sí misma, a veces es la menos deseable de las alternativas. Sin embargo, es necesario resignificar su valía en áreas tan sensibles como los derechos de las personas que sufren la mayor violencia que está habilitado a ejercer el Estado. La litigación estratégica pierde calidad si las reglas no están claras y el nuevo sistema procesal corre el riesgo de desconfigurarse en sus inicios a partir de la excepción y así peligrar toda su estructura justo donde debería ponerse a prueba sus mayores fortalezas: la claridad y previsibilidad en la forma de ejecución de las penas. El sistema debería plantearse el tránsito desde el actual juego de dados a la precisión bicolor de un tablero de ajedrez.

Referencias bibliográficas

- BARDAZANO, G. (2008). *Literalidad y decisión*. Montevideo. Carlos Álvarez Editor.
- BINDER, A. (2018). El cambio de la justicia penal hacia el sistema adversarial. Significado y dificultades. PEREIRA CAMPOS, S. et. al (Coord.) *Código del Proceso Penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay*. Montevideo. Universidad de Montevideo.
- BORGES, J.L. (2014). *Cuentos Completos*. Barcelona. DeBolsillo.
- CAMAÑO, D. (2020). Redención de pena y libertad anticipada en el proceso abreviado. *Revista de Derecho Penal*, 28, 251-264.
- COURTIS, C. (Ed.). (2016). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid. Editorial Trotta.
- DURÁN, S. (2021). La libertad anticipada y la ley de urgente consideración. Análisis de las modificaciones al art. 301 bis del Código del Proceso Penal. En MONTANO, P. et. al. (Comps.) *Incidencias de la LUC en el Derecho Penal*. (pp. 577-598). Montevideo. Universidad de Montevideo.
- ISLAS, F. et. al. (2017). Nueva lectura de las alternativas de cumplimiento o ejecución de las penas en el proceso abreviado. En AA.VV. *Estudios sobre*

el nuevo proceso penal. Implementación y puesta en práctica. Montevideo. FCU.

LONG, L. (2019). El funcionamiento del abreviado en la etapa de ejecución: libertad anticipada y redención de pena. En AA.VV. *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal en homenaje al Profesor Gonzalo Uriarte Audi.* Montevideo. FCU.

ŽIŽEK, S. (Comp.). (2008). *Ideología: un mapa de la cuestión.* Trad.: Cecilia Beltrame. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica.