

por Ramón Díaz

Justicia y democracia

artículo 27, sin embargo, está tomado de una tradición antiliberal, que heredamos de la Colonia. Ya que digo esto, quiero apresurarme a dejar constancia de que en la Madre Patria las cosas han cambiado. El artículo 24 apartado 3 de la Constitución española de 1978 garantiza a toda persona imputada de un delito el derecho a "un proceso público sin dilaciones indebidas". Con esta norma como punto de partida es posible encontrar al problema de la libertad anticipada una solución aceptable. Sin ella, sólo puede tratarse de mejoras relativas, dentro de una situación general insatisfactoria.

En los ejemplos que hasta ahora nos sirvieron los procesados negaban la autoría de los hechos que se les imputaban. Es mucho más frecuente que las personas que en nuestro medio son sometidas a causa criminal hayan confesado. En esos casos parece más fácil aceptar que una persona que todavía no ha sido sentenciada pase largos años en la cárcel. Después de todo, ¿cómo va a presumirse inocente si él mismo se confiesa culpable? En esos casos el hecho de que la condena se cumpla antes de dictada no choca tanto. El proceso asume entonces la apariencia de un mero trámite, una larga cadena de actos rituales, cumplidos sólo para llenar las formas. De hecho, se sabe desde un principio que el procesado es culpable, y se tiene una idea bastante aproximada de cuál será la pena que habrá de imponerse. Cuando el tiempo de ésta se haya cumplido, aun sin terminarse el proceso, el juez puede conceder al procesado la excarcelación. En la gran mayoría de las causas penales, las cosas funcionan así.

El juicio que tal situación deba merecer depende de manera crucial, naturalmente, de la valoración que cada cual haga acerca de la confesión como medio de averiguar la verdad. En la Edad Media se la consideró la prueba ideal, y de ahí todos los instrumentos de tor-

(pasa a pág. 38)

jueces quienes deben dar fianza, aunque triste que nuestra ley fundamental esté tan mal escrita. En fin, ese no es el tema. ¿Qué dice el texto sobre la libertad, o la prisión, de los encausados? Autoriza a los magistrados a conceder la libertad provisional a condición de que, a su juicio, el procesado no haya de ser condenado en definitiva a pena de penitenciaría (dos años o más de cárcel).

Supongamos que un juez encuentra pruebas "semiplenas" de que X ha cometido un homicidio, y en base a ello decreta su procesamiento y su prisión. Supongamos, por el momento, que X niega su culpabilidad. Como la pena mínima del homicidio es de veinte meses, el defensor de X puede concebiblemente pedir enseguida la excarcelación de su cliente. Lo natural sería que se dirigiera al juez diciendo: "mi defendido es inocente. Los indicios en que se ha basado usted para procesarlo son engañosos. Por tanto, manteniéndolo en reclusión se estará cometiendo una gran injusticia. Libérela usted, por lo tanto. Reconozca que en definitiva no ha de recaer pena de penitenciaría, ni ninguna otra, sino sentencia absolutoria, y decrete la libertad bajo fianza conforme a la Constitución". Sin embargo, esto no es humanamente posible. Si el juez ha considerado que **prima facie** X es culpable, no puede por el momento concederle la libertad en base a la hipótesis de que sea inocente. Entonces el defensor queda reducido a argumentar que, **aunque fuera culpable**, le sería adjudicada una pena leve. Por ejemplo: "oportunamente quedará probado que mi defendido es inocente, pero, aun cuando fuera declarado culpable, debe tenerse en cuenta de que tiene sólo veinte años, carece de antecedentes penales, y la víctima estaba armada y presuntamente pereció como resulta-

do de un duelo criollo, todo lo que hace verosímil un tratamiento benévolo hacia mi cliente, aun en el caso de que sea condenado".

De hecho, para el magistrado que dispuso la formación de causa penal el procesado tiene que ser culpable mientras no se pruebe que es inocente, y necesariamente entra a examinar su responsabilidad a partir de ese supuesto a los fines de considerar su excarcelación.

Y no se puede negar que la Constitución le sirve de apoyo. (Lo que sí puede negarse es que el artículo 27 de la Constitución esté dentro de la tradición liberal de Occidente). Entonces, hay casos en que las posibilidades del defensor de procurar la libertad de su defendido se cierran por completo. Supongamos que Z, delincuente habitual, con los peores antecedentes, es imputado de un homicidio en que el móvil del robo es transparente. Z se declara inocente, pero su defensor no puede invocar en su favor ninguna circunstancia atenuante. El culpable ha cometido un crimen atroz. Sobre la hipótesis de su culpabilidad, debe presumirse que le tocarán a Z no menos de quince años de penitenciaría. Consiguientemente es inexcusable por más que todavía no separamos si es culpable. Recién dentro de seis o siete años, o más, tendremos sentencia definitiva. Sólo ésta habrá podido declarar su culpabilidad. Si es que la declara, naturalmente. Hasta entonces debe presumirse inocente. Pero nuestro sistema lo mantiene mientras tanto preso. Cinco, seis, siete, ocho años... A un presunto inocente. Es para parar los pelos de punta.

Los proyectos a estudio del Senado procuran reducir, como decía el peligro de prisión preventiva injusta. Lo hacen por medio de varias reformas de interés sobre todo técnico. Y lo hacen de manera limitada, por-

que se escollan contra el artículo 27 de la Constitución y contra el procedimiento notablemente burocrático e increíblemente lento de nuestra justicia penal. Ninguna solución adecuada es alcanzable con esas restricciones.

La solución que estimo adecuada, vigente en una diversidad de países, se apoya en dos principios. El primero consiste en que la afirmación por un magistrado, **prima facie**, sobre la responsabilidad de una persona respecto de un delito, que inevitablemente debe preceder la formación de causa, no afecta la presunción de inocencia. Por tanto, la regla debe ser el otorgamiento de la libertad provisional a los sometidos a proceso, en condiciones no demasiado gravosas. El segundo principio es que la libertad provisional puede denegarse en ciertos casos —sobre todo si hay razones para temer que el sospechoso pueda intentar sustraerse a la jurisdicción del tribunal— pero que, entonces, la contrapartida consiste en que el juicio debe desarrollarse en un lapso muy breve. En Australia, por ejemplo, si se deniega a un procesado la libertad bajo fianza, la vista de la causa debe iniciarse dentro de los sesenta días siguientes al arresto. Y como la vista de la causa es un acto continuo, que insume uno o más días, pero que no se interrumpe, y sólo cesa con el veredicto y sentencia, quiere decir que, **grosso modo**, nadie puede estar preso ni tres meses en Australia sin que la sociedad haya emitido a su respecto un pronunciamiento que le declare culpable.

Cuando el artículo 12 de la Constitución establece que: "Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal", está adhiriéndose precisamente a principios como el de presunción de inocencia, y del debido proceso, tomados de la misma filosofía y tradición liberales. El

El Senado tiene en sus carpetas cuatro proyectos que conciernen al tema de la justicia. Dos se refieren a la situación de los procesados en cuanto a su libertad física durante el proceso; los otros dos regulan el derecho de las personas indaga- das por un delito a contar con la asistencia de defensor en el transcurso de la investigación. Los dos primeros fueron presentados por un grupo de senadores del Partido Nacional, y por el senador Dardo Ortiz (que naturalmente no participó de la primera iniciativa); los dos segundos pertenecen al Poder Ejecutivo y, nuevamente, al senador Dardo Ortiz.

No me propongo comentar sobre estos proyectos por considerarme a mí mismo calificado para realizar su juicio crítico. Quiero solamente destacar su importancia, y realizar a la vista de los lectores los valores que ponen en juego. Quiero asimismo usarlos para reclamar de los poderes del Estado una prioridad para este orden de temas que no parece estar siéndole asignada.

Los dos primeros proyectos se proponen reducir el peligro de prisión injusta por parte de personas sometidas a proceso. Naturalmente, la privación de libertad injusta por antonomasia es la que se impone al inocente. Sin embargo, en un caso en que el juez en definitiva vaya a suspender la ejecución de la pena, o a imponer una pena que no entrañe privación de libertad, toda la prisión preventiva que hubiera sufrido el procesado vendría a resultar incongruente, superflua y por tanto injusta.

Conviene que nos ocupemos un instante de la situación actual, partiendo de la norma constitucional pertinente. Esta es el artículo 27, que dice así:

"En cualquier estado de una causa criminal de que no haya de resultar pena de penitenciaría, los jueces podrán poner al acusado en libertad, dando fianza según la ley".

Es gracioso que la Constitución parezca decir que son los

Justicia y democracia

(viene de pág. 2)

tura que se desarrollaron para persuadir a los indagados de la conveniencia de "decir la verdad". Con el tiempo, las cosas fueron cambiando. Más y más gente comprendió que la credibilidad de la confesión, apoyada por lo general sobre la falta de inclinación de los hombres a afirmar hechos contrarios a sus intereses, reposa además de manera decisiva sobre las circunstancias que la rodean. No sólo la tortura física, sino además la mental, que incluye todas las formas de intimidación, inclusive el mero deseo de poner fin a un interrogatorio en sí mismo intolerable para muchas personas, invalidan la confesión. Las promesas de clemencia, condicionada a la firma de la confesión — rara vez se trata de otra cosa — por oposición a la severidad draconiana en caso contrario, sin duda pertenecen a la clase de circunstancias que restan a la confesión

auténtica credibilidad. Que esa clase de promesas son moneda corriente en nuestra práctica judicial y policial será más fácil de aceptar al lector felizmente alejado de su sombrío ámbito si tiene presente que la misma ley, el Código Penal, enumera entre las circunstancias atenuantes de responsabilidad — en una de las disposiciones moralmente más deplorables de nuestro derecho positivo — la confesión del inculpa-

Será éticamente positivo confesar el propio crimen, si es verdad que quien lo confiesa lo cometió. Pero siempre es condenable arriesgarse a obtener una confesión falsa prometiendo, como hace nuestro Código Penal, benignidad para el que admite una culpa que con ello queda definitivamente sellada, al menos en la enorme mayoría de los casos.

Hay algunas excepciones, por lo general fruto de extrañí-

simas coincidencias. Los lectores de **Búsqueda** conocen bien el caso de Arnoldo Torres procesado confeso de homicidio, aunque aún no convicto, tras cuatro años largos de prisión preventiva cuya inocencia fue revelada por la confesión de (suponemos) el verdadero culpable. En el último par de años hubo en nuestro medio una inusual secuencia de otros casos, que también mostraron la invalidez de confesiones o proyectaron profundas sombras sobre su credibilidad, involucrando en todos los casos la legitimidad de privaciones plurianuales de libertad.

Hemos traído a colación el tema de la confesión a propósito de la prisión preventiva, porque sólo el hecho casi universal de la confesión puede volver inteligible que un pueblo compuesto de seres dotados de condiciones de inteligencia y humanidad normales se avenga a tener presos largamente a

personas que todavía no ha juzgado, y ello como cosa normal.

Debe ser evidente que si se tiene, respecto de la confesión, una actitud adecuadamente crítica, la situación se percibe como insostenible, y exige una reforma sin dilaciones.

Al mismo tiempo, la misma actitud crítica sobre la fe que las confesiones merezcan conduce al mismo tiempo al imperativo de una profunda y drástica renovación del proceso penal.

Dentro de tal actitud de inconformismo se inscriben las dos iniciativas que mencioné en segundo lugar en el comienzo, que se dirigen a reconocer a personas que son objeto de indagaciones el derecho a ser asistidas por un abogado.

En la actualidad ese derecho se reconoce sólo al procesado desde el momento de su declaración previa al decreto judicial de encausamiento. Es decir, demasiado tarde; cuando,

en la enorme mayoría de los casos, ya ha confesado, y su suerte procesal está echada.

La iniciativa es realmente radical, porque hasta ahora todo el procedimiento indagatorio está dirigido, no a averiguar genéricamente la verdad, sino específicamente a conseguir confesiones. Naturalmente, darle al indagado un defensor en el momento crítico en que le lleva al local policial para culminar el esfuerzo enderezado hacia lograr una confesión, representa un cambio revolucionario.

Si una de estas iniciativas, o alguna que las combine, resulta aprobada, la República habrá dado un paso fundamental hacia sanear las bases éticas de su convivencia. El aire uruguayo será mucho más respirable. El espectáculo de una democracia enamorada de sí misma que canta loas a su propia belleza, y permanece ciega a sus peores deformidades, ha-

brá dejado el lugar a la imagen de un pueblo que toma conciencia de que, en la edificación del estado de derecho, está aún por plantear la cimentación.

Y si vemos al Parlamento Nacional ocuparse de estas cuestiones dejando que en su ámbito suene al fin la voz de la razón, sentiremos que hemos conquistado el derecho a la esperanza.

Lo que no significa, con todo, que estas iniciativas relacionadas con la asistencia de abogado en las etapas previas al juicio aseguren a los ciudadanos la clase de garantías que son norma en los verdaderos estados de derecho. Esas garantías se asientan fundamentalmente sobre el derecho de toda persona a rehusarse a declarar en todos los casos en que pueda temer que se trata de incriminarle, y a ese punto, que yo sepa, las iniciativas aún no se han acercado.