

Tal como se la ha estructurado, la exención de prisión pretende evitar que se prive de su libertad a una persona durante el proceso, cuando ésta la recuperaría poco después mediante la excarcelación. En la base la institución reside la idea de un solicitante materialmente en libertad (aunque pueda existir orden de detención en su contra).

Por tratar de evitar el encarcelamiento procesal, es una modalidad de la excarcelación. Además, ambas se someten a las mismas condiciones (arts. 316 y 318), restricciones (art. 319), cauciones (art. 20), trámite (art. 331), causales de revocación (art. 333) y recursos (art. 332).

La exención de prisión se distingue de la presentación espontánea (art. 279) en que ésta es realizada para "declarar", aunque nada impide el ejercicio simultáneo de ambos derechos (art.2).

Puede solicitarla "toda persona que se considere imputada en causa penal determinada" (art. 316), es decir, aquella que, sin haber sido detenida materialmente tenga orden de citación (art. 282) o detención (art. 283) en su contra o haya sido "indicada de cualquier forma como partícipe de un hecho delictuoso" (art.72).

El pedido debe ser planteado haciendo referencia a una "causa penal determinada". Se lo puede presentar "cualquiera sea el estado en que ésta se encuentre", pero con un límite: "hasta el momento de dictar la prisión preventiva" (art. 316). Lo expuesto puede indicar que el sumario puede estar radicado ante la policía aún (art. 186). Pero que si se halla en sede judicial, no es posible pedir la exención si se hubiere ordenado la prisión preventiva (art. 312). Este último aspecto dividió antes a la jurisprudencia.

Según el espíritu de la norma, el solicitante no debe ser privado de su libertad durante el trámite de su pedido. Sin embargo, si existiera orden de detención o probabilidad de que se la dicte, la práctica enseña que el pedido se hace por medio de terceros.

La ley autoriza a peticionar la exención de prisión "por sí o por terceros" (art. 316). Al no distinguirse a ninguno, cualquiera que invoque encargo del solicitante (abogado, amigo, pariente) legitimará la tramitación del incidente. Pero la posibilidad de recurrir el acto denegatorio se circunscribe al "defensor o al imputado" (art. 332), lo cual además de ser una incoherencia, genera problemas prácticos, sobre todo acerca de la designación de defensor, "por cualquier medio" (art. 104, in fine).

La petición debe ser presentada ante el juez que "entiende" en la causa (art. 316), lo cual excluye la posibilidad de plantearla directamente ante la autoridad administrativa que pueda estar a cargo de los trámites iniciales de prevención (art. 186). Si fuese desconocido para el solicitante, se podrá formular el pedido al juez de turno, quien determinará el juez interviniente y le "remitirá, si correspondiere, la solicitud" (art. 316).

Queda claro que aquel magistrado carece de atribuciones para resolver.

El juez que entiende en la causa, previa vista al ministerio fiscal (art. 331), calificará los hechos de que se trata (art. 316). Sobre este aspecto, ver punto n° 6, a.

"Cuando pudiere corresponderlo al imputado un máximo no superior a los ocho años de pena privativa de la libertad, o cuando estimare prima facie que procederá condena de ejecución condicional", podrá acordar la exención de prisión (art. 316). Este punto se desarrolla en el n° 3, A y B.

Pero, aún en tales supuestos, podrá denegar la exención si, con arreglo a las pautas establecidas, se pudiera presumir que el imputado "intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones (art. 319). Ver sobre el particular el n° 4.

La exención será concedida bajo caución (art. 320). La concesión o la denegatoria son apelables (art. 332), lo cual se trata en el n° 8. La exención de prisión es revocable y reformable (art. 333), aspecto que se menciona en el n°7.

La excarcelación: concepto y caracteres.

La excarcelación es el estado de libertad en que se halla el imputado cuando se evita o se hace cesar su detención o prisión preventiva. Así ocurrirá si, en el caso concreto, no fuese necesario mantenerlo preso para la consecución de los fines del proceso, bastando a estos propósitos la mera imposición de una caución, o bien la aplicación de algunas limitaciones a su libertad de menor intensidad. También se la denomina libertad bajo caución o libertad caucionada. En opinión de Cafferata, la exención de prisión es una modalidad de la excarcelación.

Es una manifestación del derecho a la libertad locomotiva (C.N., art. 14) durante el juicio previo (C.N., art.18). Fluye del principio de inocencia (C.N., art.18) y constituye una manifestación concreta del derecho del imputado a la coerción menos gravosa (C.N., art.18, última parte).Bajo la luz de estas afirmaciones se debe analizar la expresión "podrá" que usa el art. 317, para no derivar de ella la idea de que la excarcelación es una mera concesión del tribunal. Lo que en realidad significa es que la concurrencia de las situaciones previstas en el art. 317 no importará la automática concesión de la libertad caucionada, sino que habrá la posibilidad de restringirla si concurre alguna de las circunstancias del art. 319, pero sólo por estas circunstancias. Si se da alguna de las situaciones previstas en el art. 317 y no concurre ninguna de las del art. 319, la excarcelación "deberá" ser otorgada, no pudiendo ser restringida por la sola voluntad del juez fundada en criterios extralegales de conveniencia u oportunidad, o por otro motivo no previsto por la ley.

El derecho del imputado a la excarcelación no podrá ser restringido por aplicación extensiva o analógica de normas limitativas ajenas a su regulación (art. 2). Y en caso de dudas sobre cuestiones de hecho vinculadas a la posibilidad de libertad caucionada habrá que estar a lo más favorable al procesado (art. 3).

Supone un pronunciamiento jurisdiccional sobre el mérito de la causa, provisorio pero incriminador, relativo a un delito reprimido con una pena privativa de la libertad de cierto monto que autoriza a creer en la necesidad de asegurar el sometimiento del imputado al juicio y a la ejecución penal que se pretenda como posible. Pero supone también que, para satisfacer dicha necesidad, no hace falta encarcelar al encartado si éste suministra a cambio de su persona una garantía económica o su promesa jurada de permanecer a disposición del órgano judicial. Asimismo, en ciertos casos permite la imposición de obligaciones al liberado que aseguren su real sometimiento al proceso. En caso de que el imputado no cumpla con los compromisos asumidos, la excarcelación podrá ser revocada y podrá perder la fianza.

La excarcelación se regula mediante una especie de pinza legal. Por un lado se establecen las causales objetivas de procedencia. Pero, a la excarcelación que resulta procedente según estas pautas, todavía se permite (con el otro extremo de la pinza) restringirla por motivos relativos a la conducta precedente y personalidad del imputado.

Criterios de procedencia.

A este propósito cabe tomar en consideración las siguientes pautas: a) la escasa gravedad de la imputación; b) la posibilidad de condena condicional; c) la duración que puede haber tenido el encarcelamiento preventivo, expresada en diferentes hipótesis.

Gravedad de la imputación.

El C.P.P. adopta esta primera hipótesis al establecer que la excarcelación será procedente cuando "pudiere corresponderle al imputado un máximo no superior a los ocho años de pena privativa de la libertad" (art. 317, inc. 1, en función del art. 316).

La ley se refiere genéricamente a penas privativas de la libertad, sin distinguir si es reclusión, prisión o las dos a un mismo tiempo. Interesa solamente que el máximo de la pena de encierro prevista en abstracto por la ley en relación al delito que se imputa, no exceda de los ocho años. Habrá que reparar a estos fines que la escala penal puede registrar un aumento derivado del concurso real (cuando al imputado se le atribuya más de un delito), en cuyo caso el límite máximo y mínimo de la escala penal se va a regir por el art. 55 del Código Penal. También se agravará si de resultar condenado el imputado pudiese ser declarado reincidente (C.P., art. 50). Sufrirá disminuciones en el caso de imputación de un delito no consumado sino sólo tentado, o si a éste se le atribuye participación secundaria, circunstancias que atenúan la escala penal aplicable (C.P., arts. 42 y 46).

Para nada importa el mínimo de la escala penal, aun cuando sea superior a los tres años e impida, por tanto, la posibilidad de condena condicional. Es que la ley, en este supuesto, se desentiende de posibilidad de condena condicional. Incluso se pone en la hipótesis de que al imputado se le aplique efectivamente la pena; de que al imputado que entra en la sala de audiencias en libertad, salga condenado y preso en dirección a la cárcel. Lo que pasa es que la ley parte de una presunción: supone que cualquier imputado va a preferir enfrentar la amenaza que significa una pena de no mucha gravedad (pena incierta, porque puede vencer la prueba del juicio y salir absuelto), va a preferir comparecer, correr el riesgo y eventualmente sufrir efectivamente las consecuencias de la sentencia, antes que fugar del lugar en donde se asientan su familia, sus negocios, su núcleo social, sus afecciones, etc. En suma, en la hipótesis que aquí analizamos no es necesario, para que se conceda la excarcelación, que se pueda estimar que la condena será de ejecución condicional.

Condena condicional.

Otra causal que acepta el C.P.P. (art. 317, inc. 1, en función del 316) para otorgar la libertad caucionada, es la posibilidad de que el imputado, en caso de ser condenado por el delito (o los delitos) de que se trata, lo sea en forma de ejecución condicional (art. 26, C. Penal), cualquiera que sea el máximo de la pena que tenga conminada. Esta es la gran causal, que casi todas las legislaciones aceptan, fundada en general en la necesidad de evitar un contrasentido jurídico, pues sería absurdo mantener encarcelado a un sujeto mientras es inocente (conforme al art. 18 C.N.), para ponerlo en libertad justamente cuando el juez lo declare culpable (por vía de la ejecución condicional de la condena). Pero un análisis más detenido evidencia otras razones que justifican esta hipótesis excarcelatoria.

Al no haber una amenaza de sanción efectiva, el imputado difícilmente va a tener interés en obstaculizar los fines del proceso porque, a la postre, el perjuicio hipotético y futuro que pueda causarle una condena en suspenso, va a ser muy inferior al perjuicio real que le ocasionaría el tener que fugar del lugar de asiento de su familia, sus negocios y de sus relaciones sociales.

Si la condena condicional se aplica al hombre honesto que por casualidad, por desliz o un error, ha incurrido en el campo de un delito, pero que se puede suponer que por su personalidad moral no volverá a hacerlo, resulta razonable pensar que esta misma forma de ser la va a reflejar durante el proceso y no va a tratar de eludirlo, ni tampoco de obstaculizarlo. Quedan reducidos, pues, al mínimo los peligros para los fines del proceso, en virtud de la personalidad del imputado.

Existe, por último, una limitación que la ley penal le pone a la ley procesal. El Código Penal establece la "condena condicional", con una finalidad de política criminal: evitar los perjuicios de las penas cortas, pues normalmente someten al condenado a la promiscuidad de la cárcel, lo privan de una serie de bienes, relacionados a su personalidad, a su familia, a su actividad profesional o laboral, etc., y no le traen beneficios

en orden a su reinserción social. La ley procesal tiene que respetar esta finalidad de política criminal porque está al servicio de la ley penal y no puede destruir por adelantado, al disponer el encarcelamiento procesal, los beneficios efectos que se persiguen con la condena condicional (derivados de evitar el encarcelamiento como pena).

Duración del encarcelamiento preventivo.

La ley autoriza también la excarcelación cuando se estimare prima facie que al imputado no se lo privará de su libertad, en caso de condena, por un tiempo mayor al de encarcelamiento preventivo ya sufrido, porque éste es equivalente al máximo de la escala penal prevista, al máximo de la sanción probablemente aplicable, o al tiempo necesario para obtener la libertad condicional. Si el imputado ha sido privado de su libertad durante el proceso por un lapso igual al que le acarrearía la condena por el delito que se le atribuye, ya no tendrá nada que temer de la posible sentencia, pues ésta, si resulta condenatoria, no le podrá traer más perjuicios que los que ya ha vivido. La amenaza penal que se cernía sobre él habrá desaparecido (se habrá agotado) en virtud de la equivalencia dispuesta por el art. 24, C.P., entre el tiempo de prisión preventiva cumplido y el de la pena, a los fines del cómputo de esta última. En consecuencia, no tendrá ya un interés real de obstaculizar la consecución de los fines de un proceso cuyo resultado final no le ocasionará más daños que los ya sufridos. Desaparecerá así el basamento procesal (único admisible) del encarcelamiento preventivo. Éste deberá terminar por falta de fundamento cautelar, pues en el caso concreto su prolongación implicará exceder el límite de la probable amenaza penal.

El art. 317, inc. 2, prevé la excarcelación para el caso de que el "imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva el máximo de la pena prevista por el Código Penal para el o los delitos que se le atribuyan". La hipótesis prevista en la norma plantea un caso excepcional. Sin embargo, toda vez que el imputado haya agotado en encarcelamiento preventivo la pena máxima prevista para el delito que se le atribuye, deberá ser inmediatamente excarcelado. Esta hipótesis se relaciona con el art. 270 del C. Penal, y sostiene la doctrina que no puede subordinársela a ninguna otra condición, ni siquiera a la no concurrencia de las causales restrictivas del art. 319, salvo que exista la posibilidad de unificar la condena con otra anterior. El cómputo del encarcelamiento preventivo se hará según las equivalencias del art. 24 del C. Penal. Se considerará a tal fin todo el tiempo de privación de libertad durante el proceso (detención o prisión preventiva).

También se autoriza la excarcelación cuando el imputado "hubiere cumplido en detención o prisión preventiva la pena solicitada por el fiscal que a primera vista resultare adecuada" (art. 317, inc. 3). Esta disposición es prácticamente inaplicable en el sistema del Código, pues entre la solicitud de pena (art. 393) y la sentencia (art. 398) no hay solución de continuidad (art. 396), salvo el caso excepcionalísimo de reapertura del debate (art. 387). Pero como la norma requiere que el tribunal emita un juicio sobre el acierto de la sanción requerida, y a su resultado condicional el otorgamiento de la libertad, es posible interpretar que, aun sin el pedido fiscal, podrá conceder la excarcelación si, a su criterio, el imputado ha cumplido un tiempo de encarcelamiento preventivo equivalente al que le correspondería cumplir por efecto de la sentencia. Tal posición es acorde con el criterio general que inspira esta causal de libertad caucionada, y se armoniza con la hipótesis prevista en el inc. 5: si el tribunal puede por sí solo pronosticar un monto de pena probable, para de allí deducir el tiempo requerido para gozar de la libertad condicional y otorgar la excarcelación por la equivalencia de aquél con el lapso de encarcelamiento procesal sufrido, con más razón podrá adoptar el criterio que aquí se menciona. Quien puede lo más, puede los menos.

El mencionado inc. 5 del art. 317 admite la excarcelación "cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva un tiempo que, de haber existido condena, le habría permitido obtener la

libertad condicional, siempre que se hubieran observado los reglamentos carcelarios". Esta es otra hipótesis en que el imputado no será privado de libertad en caso de condena por un tiempo mayor al de prisión sufrida. Se parte de un juicio de probabilidad del magistrado acerca del monto de pena que se podrá imponer al procesado. Habrá luego que establecer, conforme al art. 13, C.P., cuál es el tiempo de encierro necesario para que el imputado pudiera obtener su libertad condicional si fuere condenado a cumplir la pena prevista como posible. Finalmente se cotejará este resultado con el lapso de encarcelamiento preventivo que esté soportando el procesado, computable según el art. 24, C.P., y si éste no fuere menor que aquél, procederá en principio la excarcelación. Como en todos estos casos, el encierro procesal computable a los fines del inciso no es sólo el rotulado como prisión preventiva, sino que se debe computar todo el tiempo que el imputado estuvo privado de libertad en el proceso de que se trata, cualquiera que sea el título del encarcelamiento; o sea, el término se computará desde el día en que comenzó la privación de libertad. Se requiere, además, que se acredite en autos que aquél ha observado regularmente los reglamentos carcelarios, lo que se comprende, pues también a esa exigencia se subordina la posibilidad de libertad condicional (art. 13, C.P.). Cuando la satisfacción de tal requisito no conste en autos, los informes pertinentes deberán ser solicitados antes de la resolución del incidente excarcelatorio. Pero si existiere la posibilidad de que el imputado sea declarado reincidente (si es condenado), no podrá ser excarcelado aun cuando se den las otras condiciones exigidas por éste inciso. Del texto del artículo surge que la ley subordina la excarcelación siempre a la hipótesis de libertad condicional, y ésta no se concederá a los reincidentes (art. 14, C.P.). No tendrá sentido excarcelario atendiendo a la posibilidad de que pueda obtener su libertad condicional, cuando evidentemente tal posibilidad no existe. Tampoco lo tendrá liberarlo por tal motivo, sabiendo que en caso de condena deberá ser recapturado. La última hipótesis excarcelatoria se relaciona con el imputado que "hubiere cumplido la pena impuesta por la sentencia no firme" (art 317, inc. 4). Se trata de una sentencia que no ha adquirido firmeza por estar transcurriendo el término para que se la recurra o que ha sido impugnada, lo que, por imperio del art. 442, C.P.P., no puede ser ejecutada. La ley se basa aquí en una presunción de acierto de la sentencia dictada y estima que cuando el encarcelamiento preventivo iguale el término de encierro que la condena acarreó al imputado, éste ya nada tendrá que temer del proceso. Presume, en su favor, que la sentencia de alzada no podrá inferirle más daño que el ya sufrido, razón por la cual no cabría pensar que tratará de obstaculizar su dictado. No habrá necesidad de restricción de la libertad, y por ello deberá ya cesar el encarcelamiento preventivo. No habrá ya peligro que cautelar. El cómputo del encarcelamiento preventivo se hará según las equivalencias del art. 24 del C. Penal, desde que comenzó la privación de libertad por razón del proceso.

Restricciones.

Si la excarcelación no puede ser concedida a la luz de las pautas de procedencia del art. 317, será denegada. Pero, en caso contrario, restará todavía otra tarea: verificar si no concurre alguna de las causales de restricción previstas por la ley, en el art. 319. Estas circunstancias restrictivas tienen una característica fundamental: se vinculan a la personalidad del imputado, la cual se deduce o se desprende del comportamiento que ha tenido antes del proceso, que se toma como base para realizar un pronóstico sobre la actividad futura, es decir, sobre el daño que pueda en adelante inferirle si fuese dejado en libertad.

Se podrá restringir la excarcelación que fuera objetivamente procedente a la luz del art. 317, solamente por dos motivos: a) cuando se suponga que el imputado intentará eludir la acción de la justicia; b) o cuando se presuma que intentará entorpecer las investigaciones (art. 319). Rige el principio de taxatividad: sólo por estas razones se podrá restringir una excarcelación objetivamente procedente (art. 2). En realidad se trata de una causal única. Es que desde una perspectiva institucional, la acción de la justicia no puede perseguir otra cosa que lo que se persigue con el proceso: la investigación de la verdad y la actuación de la ley penal en el

caso concreto. La primera puede afectarse cuando se pretenda entorpecer la actividad probatoria; la segunda puede eludirse mediante la rebeldía del imputado que paraliza el juicio, o su fuga, luego de condenado, que frustra la ejecución de la pena.

La ley proporciona, taxativamente, determinadas pautas o circunstancias que pueden ser indicios de que el imputado va a eludir la acción de la justicia, o va a entorpecer las investigaciones. Pero aquéllas no siempre van a indicar, por su simple existencia, que estos peligros pueden concretarse: deben hacerlo "presumir fundadamente" (art. 319). Lo importante es que la invocación de la concurrencia de alguna causal restrictiva sólo puede fundarse en las siguientes situaciones: la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado, o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores (art. 319).

La ley recuerda que en las restricciones excarcelatorias se debe respetar el principio de inocencia (art. 1) y la interpretación restrictiva (art. 2). Quizá se podrá argumentar que no hacía falta el recordatorio porque ambos deben presidir todo lo relacionado con la coerción personal, pero la práctica en esta materia ha demostrado que lo que abunda no daña.

El comportamiento futuro, disvalioso para el proceso, debe ser inferido, según la ley, de hechos o circunstancias anteriores a su iniciación y que se relacionan con la persona del imputado.

Las características del hecho podrán evidenciar la peligrosidad de su presunto autor, condición personal que puede llevarlo a abusar de su libertad adoptando comportamientos que comprometan los fines del proceso (dándose a la fuga, amenazando o sobornando testigos, concertando declaraciones, etc.) Pero debe quedar claro que no se trata de "sancionar" la peligrosidad mediante la denegatoria de la excarcelación. Se trata de evitar que aquélla se proyecte negativamente sobre la acción de la justicia o la investigación, entorpeciéndolas. La posible declaración de reincidencia es también un índice de peligrosidad, que puede volcarse en perjuicio del proceso, por lo que le cabe lo señalado en el párrafo anterior. Significa, además, un sensible agravante de la amenaza penal que se cierne sobre el imputado (no habrá posibilidad de condena ni de libertad condicional, por ejemplo) que puede operar como un estímulo adicional para un comportamiento en procura de la impunidad. Tampoco se trata en este caso de "castigar" anticipadamente la reincidencia posible, sino de evaluar –con sentido cautelar de los fines del proceso- su eventual incidencia en el comportamiento del aspirante a la excarcelación. La existencia de imputaciones anteriores por las que el imputado obtuvo una o varias excarcelaciones, puede ser útil para evaluar su personalidad y la eventual influencia de ésta en orden a la elusión u obstaculización del accionar de la justicia. Cabe también aquí considerar su actitud en las excarcelaciones anteriores porque, por ejemplo, si fue declarado rebelde (art. 288) no sería ilógico suponer, en principio, que si es puesto en libertad nuevamente, reiterará conductas merecedoras de aquel calificativo (no comparecer a la citación judicial; ausentarse sin permiso del lugar asignado para su residencia; fugar del lugar de detención -art. 288-). Genéricamente, la ley permite inferir un comportamiento procesalmente disvalioso de las "condiciones personales" del imputado. Se puede pensar en la falta de residencia (no habrá un lugar donde citarlo ni donde buscarlo para forzar su comparendo), o en calidades o vínculos profesionales o funcionales que, en relación con las características del hecho imputado, revelen una mayor peligrosidad que pueda manifestarse en conductas atentatorias contra los fines del proceso.

Se deberá tomar especialmente en cuenta que a la relación entre estas circunstancias y el posible entorpecimiento de la acción de la justicia o las investigaciones, se la deberá fundar, y no sólo enunciar, como ocurre en la inmensa mayoría de las resoluciones judiciales (que parecen tratar con presunciones iure et de iure).

Oportunidad y trámite.

La excarcelación podrá ser otorgada en cualquier estado del proceso (art. 318). Mientras no exista una condena a pena privativa de libertad impuesta por sentencia firme, el encarcelamiento que puede sufrir el imputado será preventivo y, por ende, pasible de su eliminación por excarcelación. Ésta podrá ser concedida, entonces, durante la instrucción y los actos preliminares del juicio (arts. 354 y ss.) (aun en el reenvío) (art. 471) o en el de revisión (art. 484). Algunos fallos recientes dejan abierta la posibilidad de considerar su procedencia mientras se tramita el recurso de ocasión.

Según Cafferata, la excarcelación será concedida de oficio cuando el imputado hubiera comparecido espontáneamente o al ser citado (art.318). Pero también se deberá considerar de oficio la procedencia de la libertad caucionada (y en su caso otorgarla) si el imputado ha sido detenido indebidamente (argumento de los arts.284, inc. 3, y 286).

Si el imputado hubiere sido detenido debidamente, su excarcelación demandará un incidente que deberá provocar él mismo o su defensor. La solicitud de excarcelación se pasará en vista al ministerio fiscal, el cual deberá expedirse inmediatamente, salvo que en atención a la dificultad del caso, el juez le conceda un término que no pueda ser mayor de 24 horas. El juez resolverá inmediatamente (art. 331).

Calificación legal.

Cuando el pedido fuese formulado antes del auto de procesamiento, el juez tendrá en cuenta la calificación legal del hecho que se atribuya o aparezca cometido (art. 318).

En esta hipótesis la determinación del núcleo fáctico atribuido se obtendrá por remisión al contenido en el requerimiento fiscal de instrucción (art. 188, inc. 2), en la comunicación policial (art.186, 1er párrafo) o en el acta de prevención policial (art. 186, 2do párrafo); será el hecho que "se atribuye". Pero el juez deberá apartarse de él cuando de la investigación practicada hasta el momento hayan surgido circunstancias que lo califiquen. En esta hipótesis deberá fijar el hecho como "aparezca cometido", es decir, completo con los nuevos aspectos que lo agraven o atenúen.

Calificar el núcleo fáctico así fijado importará precisar: 1) su encaje en alguna (o algunas) figura delictual; 2) si el delito que resulte (o los delitos) fue consumado o sólo tentado (C. P., art. 42); 3) si hay concurso real o ideal, aparente de leyes o delito continuado (C.P., arts. 54 y 55); 4) el grado de participación en él que le cupo al imputado (autor, coautor, cómplice necesario o secundario o instigador) (C.P., arts. 45 y 46).

El encuadramiento legal efectuado en los primeros momentos del proceso, se hará lógicamente en forma provisoria, sin perjuicio de revocarlo o modificarlo al resolver la situación legal del imputado (art. 318) cuando se dicte el procesamiento (art. 306).

Cuando la posibilidad de excarcelación deba ser estudiada después de dictado el procesamiento, el hecho que se atribuya al imputado a los fines de su libertad caucionada, será el someramente enunciado (art. 308) en aquella resolución, o el que pueda quedar fijado con motivo de su eventual reforma posterior (art. 311).

Cuando varíe el encuadramiento legal del hecho a dictarse el auto de elevación a juicio (art. 351), se podrá replantear el problema de la excarcelación conforme a la nueva calificación.

En los actos preliminares del juicio, el tribunal tendrá libertad para admitir una calificación legal del hecho que se atribuye al imputado, distinta de la contenida en el requerimiento fiscal o en el auto de elevación, a los fines de excarcelación. Es que si esta facultado por la ley para cambiar el encuadramiento jurídico del hecho, cuando se trata de dictar sentencia (art.401), no puede pretender que carece de tal facultad al resolver una cuestión incidental: quien puede lo más debe poder lo menos.

Revocación.

El carácter de provisional que ostenta toda resolución sobre la libertad personal del imputado, justifica que sea revocable de oficio durante el proceso (art. 333). Y si puede ser revocada, con mayor razón podrá ser reformada en beneficio del imputado, o en su perjuicio, para evitar la revocación.

Reforma es toda alteración en las condiciones bajo las cuales se otorgó la excarcelación, que no importe la revocación de ésta. Las modificaciones pueden ser a favor o en contra del imputado. Lo primero ocurrirá, por ejemplo, cuando una nueva calificación, más benigna, permita disminuir el monto de la fianza impuesta. Lo segundo, si se aumenta la caución, se la sustituye por otra más gravosa o se imponen nuevas condiciones cuándo, siguiendo con el ejemplo, se aplica una calificación legal más grave (318, in fine) o cuando el imputado no haya observado fielmente alguna obligación de las impuestas y su falta pueda ser corregida, sin necesidad de revocar el beneficio. Si el juez en tal caso puede revocar, bien podrá reformar el auto de excarcelación.

Se deberá revocar la excarcelación (art. 333):

cuando el imputado no cumpla (voluntariamente) con las obligaciones que le hayan sido efectivamente impuestas, tanto las genéricas del art. 320 como las específicas del art. 321, pues la infracción demostrará una conducta incompatible con la presunción de acatamiento a la autoridad judicial (que es una de las bases de la libertad otorgada).

cuando no comparezca al llamamiento del juez sin excusa bastante, pues evidenciará una actitud de rebeldía capaz de frustrar la efectiva aplicación de la ley penal.

cuando realice preparativos reales de fuga, pues ellos harán ver la inexactitud de la estimación de que no eludirá la acción de la justicia.

cuando nuevas circunstancias exijan la detención. Entre ellas cabe mencionar la imputación de otro delito; el cambio de calificación legal que permitió la excarcelación, por otra más grave cuya pena la haga improcedente; la actitud del imputado tendiente a obstaculizar la investigación; y la necesidad de asegurar la realización del juicio (art. 366).

Pero es preciso enfatizar que toda hipótesis de reforma o revocación presupone algún cambio de circunstancias. Manteniéndose la situación que se valora al conceder la excarcelación, ésta no podrá ser alterada ni siquiera por diferencia de criterio entre los jueces que se sucedan en el proceso.

Recurso.

El auto que conceda o niegue la excarcelación será apelable por el ministerio fiscal y el imputado o su defensor, sólo cuando hubiese sido dictado por el juez de instrucción (art. 332). No será recurrible, en cambio, el dictado por el tribunal de juicio durante los actos preliminares.

La concesión de la libertad caucionada podrá ser apelada por el ministerio fiscal (por estimarla improcedente) o por el imputado(v.gr., respecto de la caución impuesta).

La denegatoria será impugnada por el imputado, e inclusive por el ministerio fiscal, que puede recurrir a favor de aquél (art. 433). Excepcionalmente la C.S.N. ha admitido el recurso extraordinario en materia de excarcelación. Como el recurso es concedido sin efecto suspensivo (art 332), la libertad del imputado será otorgada inmediatamente.

Caución; breve noción conceptual y fines.

En el sistema del C.P.P. sólo se autoriza la excarcelación bajo alguna de las cauciones que regula: juratoria, personal y real (art 320). Éstas reemplazan la seguridad extrema que proporciona el encarcelamiento durante el proceso cuando para cautelar sus fines se pueda sustituir eficazmente la privación de libertad por estas garantías personales o económicas. La caución tiene por objeto exclusivo garantizar que el liberado comparecerá al ser llamado por el juez, tanto para cumplir actos procesales, como para someterse a la ejecución de la pena que se le imponga. También asegura el cumplimiento de las obligaciones impuestas (art.320). Pero no tiene por finalidad la de obrar como un freno para que el liberado no cometa nuevos hechos ilícitos hasta el momento del juicio, ni asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el delito, ni el pago de costas, ni la eventual pena de multa que se pudiera aplicar. Estos últimos objetivos pueden ser resguardados mediante el embargo y el secuestro.

