

Algunas consideraciones sobre las medidas cautelares en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación

Por *Vegezzi, Santiago*

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Principio de contradicción publicidad e intermediación. — III. Medidas de coerción y principio de excepcionalidad. — IV. Principio de provisionalidad y determinación del plazo de duración de las medidas cautelares. — V. Cese de la prisión preventiva.— VI. Prohibición de la aplicación de la prisión preventiva, principio de proporcionalidad y motivos de cese. — VII. La justificación de los peligros. — VIII. Conclusiones

I. Introducción

Parece ineludible que el comentario a una ley nueva, que reemplaza una anterior, aborde un ejercicio comparativo entre ambas (1). En este caso, la comparación entre la reglamentación de las medidas cautelares que propone el nuevo Código Procesal Penal de la Nación —en adelante Nuevo CPPN—, en mi opinión, supera ampliamente aquella que preveía la ley 23984 —en adelante Código recientemente derogado—. La importancia del prudente tratamiento de las medidas cautelares en materia procesal penal estriba, principalmente, en el severo problema de la prisión preventiva. La evolución jurisprudencial en la materia —basada en avanzada doctrina—, desde el año 2003 (2) en adelante, había puesto en crisis la presunción *iure et e iure* de peligros procesales, proponiendo que esa presunción admita prueba en contrario. Llevar adelante esta interpretación sin declarar la inconstitucionalidad del artículo 316, CPPN, no era tarea fácil y tampoco solucionaba radicalmente el problema.

No era tarea fácil porque aquel Código Procesal Penal era claro en sostener reglas rígidas que exigían el dictado de la prisión cautelar frente determinada expectativa de pena. A juzgar por la letra del Código, el legislador había entendido que si la expectativa de pena era de cumplimiento efectivo, se daban por acreditados los riesgos procesales, sin admitir prueba en contrario. De ahí que el esfuerzo interpretativo que realizara la bien intencionada jurisprudencia sobre la cuestión conllevaba una relectura de una norma procesal que, al fin, era clara, aunque arbitraria y, quizá, inconstitucional (3).

La opinión contraria, aquella que finalmente adoptó la jurisprudencia mayoritaria (4), tampoco era ajena a sus críticas: la presunción *iuris tantum* sólo invertía la carga de la prueba, sino que, además, lo hacía sobre un hecho negativo. En efecto, como apuntaba por aquellos tiempos Díaz Cantón (5), a partir de esta doctrina era el imputado quien se encontraba a cargo de acreditar que no existían riesgos procesales.

Más allá de estos avances, que requerían una lectura que excedía por mucho la letra de la ley, en mi opinión, el problema de la prisión cautelar, desde su aspecto epistemológico, es de imposible solución, porque la decisión cautelar de privar de libertad al imputado siempre es una decisión con base en la posibilidad de ocurrencia de una conducta humana futura. A lo sumo, puede tener base estadística, pero jamás existirá certeza alguna sobre aquello que el imputado decidirá durante el proceso. El juez sólo puede valorar determinadas circunstancias que lo lleven a motivar la existencia de un peligro procesal, pero nunca podrá probarse la conducta procesal futura de un imputado. De modo tal que esa motivación sobre la existencia de un peligro procesal no es más que la base de una declaración sobre el peligro de ocurrencia futura de una conducta procesal adversa (6).

En ese espinoso camino, naturalmente incierto por las razones apuntadas, el nuevo Código Procesal Penal propone un sistema cautelar progresivo, contradictorio y motivado, mediante el cual resulta obligatorio tener en consideración distintas circunstancias que podrían influir en la conducta procesal del imputado. Si no se pretende prescindir de la prisión preventiva —algo que sólo parece ilusorio, porque el proceso penal no es voluntario(7)—, éste es, en líneas generales, un camino posible. Sin embargo, y no es

una cuestión menor, la norma procesal que se comenta no adoptó una restricción temporal máxima de prisión preventiva.

II. Principio de contradicción publicidad e inmediación

En este contexto, y adentrándonos ya en el articulado del nuevo Código Procesal Penal, cabe comenzar mencionando que, luego de enunciar los principios generales, el artículo 177 prevé la imposición de medidas cautelares a pedido del Ministerio Público Fiscal o de la parte querellante. Este artículo se complementa con el 190, que prohíbe la aplicación de una medida de coerción sin expreso pedido del Ministerio Público Fiscal o del querellante.

Esta es toda una novedad en nuestro sistema procesal, que garantiza —como es sabido— el principio de imparcialidad en la decisión a adoptarse. El sistema que queda derogado a partir de la vigencia de este Código, si bien no impedía el requerimiento de la imposición de medidas cautelares por parte de los acusadores, no prohibía su imposición sin su intervención. En definitiva, el nuevo sistema sólo permite la imposición de medidas cautelares a pedido de parte, característica propia de los sistemas acusatorios, que coloca al juez en la situación de decidir sólo aquello que le es requerido y con los elementos probatorios que le acercan las partes(8).

Además, el procedimiento allí previsto establece una audiencia pública, con asistencia e intervención del imputado. Allí se prevé la posibilidad de que el imputado cuestione no sólo la imposición de las medidas cautelares, sino que además, en caso de que se trate de la imposición de la prisión preventiva, cuestione el lugar y las demás condiciones de detención.

Por su parte, los solicitantes deberán justificar el alcance, plazo y fundamentos de la medida cautelar que soliciten.

Las características señaladas imponen, por lo tanto, una suerte de juicio sobre un problema central del proceso, colocando sobre los acusadores la responsabilidad de justificar sus requerimientos y permitiendo a la defensa controvertir sus argumentos. Sólo a partir de ahí se habilita la jurisdicción del magistrado para decidir.

El avance, en este sentido, resulta innegable, en tanto el sistema derogado, al permitir la imposición de medidas cautelares sin requerimiento de parte alguno, también impedía —indirectamente— la facultad de controvertir los elementos que la fundan (9). De ello resultaba que el cuestionamiento sobre la imposición de medidas cautelares comenzaba recién a partir de la intervención de la alzada y sin efecto suspensivo (10), cuando la medida cautelar ya se había ejecutado o se estaba ejecutando(11). En cambio, el sistema actual resulta más respetuoso del derecho a ser oído, que, en rigor, sólo cobra su verdadera relevancia cuando puede ejercerse antes de la decisión judicial.

III. Medidas de coerción y principio de excepcionalidad

El artículo 177 contiene un listado de medidas coercitivas, sólo aplicables con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación. Éstas pueden aplicarse de modo individual o combinado. A través de los distintos incisos, dicho artículo menciona las medidas coercitivas que podrían aplicarse durante el proceso. El orden comienza por medidas de baja o nula intensidad —*la promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación*— y culmina con la prisión preventiva, sobre la cual se advierte que podría aplicarse "...en caso de que las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los fines indicados".

De este modo, el sistema cautelar coercitivo, además de reforzar el principio de excepcionalidad (12) ya dispuesto en el artículo 17 (13), establece el principio de extrema necesidad, donde la prisión preventiva sólo podrá aplicarse cuando ninguna otra medida cautelar —o *la combinación de ellas*— resulte suficiente. Ello en tanto "... la privación de libertad procesal sólo puede autorizarse cuando sea imprescindible, y por lo tanto, no sustituible por ninguna otra medida de similar eficacia pero menos gravosa"(14). Este principio, de toda lógica si se pretende evitar al máximo posible la imposición de prisiones cautelares, aunque había sido receptado por alguna jurisprudencia (15) e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (16), no se encontraba expresamente consagrado en el Código que fue derogado. Además, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, incorporado a nuestra Constitución, ya contenía ese enunciado (17). Por ello, en

mi opinión, el sistema que propone el nuevo Código Procesal Penal constituye, también, una razonable reglamentación de la normativa constitucional (18).

IV. Principio de provisionalidad y determinación del plazo de duración de las medidas cautelares

El artículo 190, dedicado al procedimiento relativo a la evaluación e imposición de medidas cautelares, en sus párrafos séptimo y octavo, establece lo siguiente:

"La resolución que imponga una medida de coerción o cautelar deberá individualizar al imputado, enunciar los hechos que se le atribuyan, su calificación legal, expresar las circunstancias que dan fundamento a la medida y fijar el plazo por el cual se establece".

"Vencido el plazo, previa audiencia en la cual oír a las partes, el juez decidirá si corresponde o no su extensión. Las partes podrán en cualquier momento solicitar la revisión de la medida de coerción ante el juez, por el mismo procedimiento".

El primero de los párrafos transcriptos, además de establecer el llamado mérito sustantivo (19) — exigencia que surgía ya del auto de procesamiento como requisito ineludible para la imposición de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal recientemente derogado (20)—, innova sensiblemente al exigir la fijación de un plazo.

Este requisito tiene una indiscutible relación con aquello que se sostiene en el párrafo siguiente, donde se expone que las partes podrán, en cualquier momento, solicitar la revisión de la medida de coerción. Se trata, como es sabido, del principio de provisionalidad, que, como se ha dicho, abarca la posibilidad de que las medidas cautelares sean revisadas a los efectos de evaluar si aquellos peligros procesales que las fundaron han desaparecido. Los acusadores, eventualmente, podrán solicitar el agravamiento de dichas medidas cautelares, siempre que acrediten que esos peligros se han agravado.

La determinación de un plazo de duración de las medidas cautelares que se impongan deberá ser interpretado como el plazo máximo que puede transcurrir entre el dictado de la medida y su revisión. En este sentido, cabe señalar que la revisión, como se expresó en el párrafo anterior, puede ocurrir también, a pedido de parte, antes de que transcurra ese plazo. Por lo tanto, si bien ambos principios tienen íntima relación, no debe confundirse la determinación del plazo de duración con la posibilidad de revisar las medidas cautelares durante su transcurso.

Sin embargo, el nuevo Código Procesal Penal no previó la revisión de oficio, que, por ejemplo, impone la legislación alemana cuando la prisión preventiva lleva una duración de tres meses sin que el afectado la haya cuestionado (21). En este sentido, si bien la nueva legislación mejora sensiblemente el control de la prisión preventiva, olvida el mecanismo obligatorio de revisión periódica (22).

V. Cese de la prisión preventiva

La prisión preventiva, como es sabido, tiene por objeto, principalmente, neutralizar el peligro de fuga para garantizar la eventual ejecutoriedad de la sentencia. En este sentido, se ha dicho, con razón, que cuando ese objeto se disipa, la prisión preventiva debe cesar, aun si subsistieran los peligros procesales (23). El concepto fue recogido por el artículo 191 del nuevo Código Procesal Penal, que establece el cese de la prisión preventiva frente a ciertos supuestos en los cuales ya no será necesario encarcelar al imputado. Si bien esos supuestos resultan similares a aquellos que preveía el artículo 317 del Código Procesal recientemente derogado para la concesión de la excarcelación, lo cierto es que entre ambos existen algunas diferencias. En primer lugar, la nueva ley procesal ordena el cese, cuando el Código derogado establecía la facultad de conceder la excarcelación. No sólo ahí estriba la diferencia entre ambos, pues la excarcelación no expresa la imposibilidad de volver a adoptarse la prisión provisional, lo cual sí ocurre cuando se habla del cese de la medida cautelar (24).

Esta imposibilidad no surge sólo del alcance del término "cese", sino también del último párrafo del citado artículo, el cual establece que "No podrá imponerse nuevamente la prisión preventiva en el mismo proceso si una anterior hubiese cesado por cualquiera de las razones enunciadas precedentemente; ello sin perjuicio de las facultades para hacer comparecer al imputado a los actos necesarios del proceso o de la aplicación de otras medidas de coerción".

Sin embargo, cabe señalar que en el nuevo Código Procesal Penal no se advierte ninguna regla destinada a contemplar el cese de la prisión preventiva por el cumplimiento de un límite temporal estricto (25). Este es, en mi opinión, un serio problema que la ley derogada ya contenía y que ésta no ha resuelto (26). En este sentido, la existencia de un plazo máximo de prisión preventiva cambia de manos el riesgo y, por lo tanto, pone en cabeza de los funcionarios judiciales la obligación de finalizar sus investigaciones antes de que finalicen los plazos de prisión preventiva, so riesgo de asumir que se concreten los peligros procesales que fundamentaron el dictado de la medida cautelar.

VI. Prohibición de la aplicación de la prisión preventiva, principio de proporcionalidad y motivos de cese.

El artículo 185 contempla tres supuestos en los cuales no procede la aplicación de la prisión preventiva. Como veremos, esta es una expresa incorporación del principio de proporcionalidad, cuyo contenido impide la aplicación de una medida cautelar más gravosa que la propia pena (27), aun si existieran riesgos procesales.

En efecto, los términos resultan categóricos, en tanto el segundo párrafo sostiene que "No procederá la prisión preventiva" en los supuestos que luego enumera. El primero de ellos sostiene lo siguiente: "Si por las características del hecho y las condiciones personales del imputado pudiere resultar de aplicación una condena condicional".

La conjunción entre "*las características del hecho*" y la posible aplicación de una condena condicional dejan a salvo cualquier interpretación contra reo que pudiere esbozarse. En este sentido, cabe destacar que el texto sostiene la prohibición de la prisión cautelar aun cuando *potencialmente* "pudiere resultar la aplicación de una condena condicional". Ello significa que no será posible la aplicación de la prisión preventiva cuando se investigue un hecho cuya calificación jurídica permita la posibilidad de condena de ejecución condicional, con independencia de los peligros procesales que pudieren existir.

La solución, que prescinde en favor del imputado de la óptica procesalista, ya era aplicada por los tribunales. Sin embargo, el artículo 319 del Código Procesal derogado permitía la procedencia de la prisión preventiva. Así por ejemplo, la "*presunción fundada*" en las "*condiciones personales del imputado*", de que intentará eludir de la justicia o entorpecer las investigaciones, podía operar como justificación de la prisión preventiva, aun cuando el delito imputado previera penas de ejecución condicional.

Los dos supuestos siguientes, en mi opinión, se encuentran abarcados por el que ya comentáramos. Ello en tanto los delitos de acción privada (inc. b) y los hechos cometidos en ejercicio de la libertad de expresión o como consecuencia de la crítica en cuestiones públicas (inc. c) no se encuentran reprimidos con penas que impidan la aplicación de condena condicional. Es por ello que su inclusión en el articulado luce sobreabundante.

VII. La justificación de los peligros

Sobre la justificación de la existencia de peligros procesales, el nuevo Código Procesal Penal contiene una serie de "pautas" que, "entre otras", "se deberán tener en cuenta"(28). De allí se deduce que las pautas expresadas en los distintos incisos deben tenerse en cuenta, pero, eventualmente, podrían tenerse en cuenta otras circunstancias. De modo tal que interpreto que el listado de dichas pautas adopta un sistema enunciativo.

El artículo 188 se dedica exclusivamente al peligro de fuga. La primera "pauta" a tener en cuenta para evaluar la procedencia de dicho peligro es el "arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto y demás cuestiones que influyan en el arraigo del imputado".

La enunciación parece enraizar en las posibilidades concretas del imputado de fugarse y no tanto en los motivos que podría tener para hacerlo. En mi opinión, sólo la casuística podrá revelar la verdadera operatividad y funcionamiento de la regla.

El inciso siguiente (b) incorpora "las circunstancias y naturaleza del hecho, la pena que se espera como resultado del procedimiento, la constatación de reincidencia por delitos dolosos". Este grupo de pautas se encuentran dirigidas más a los motivos que el imputado podría tener para fugarse, que a sus posibilidades de hacerlo. La expectativa de pena o de declaración de reincidencia son claras en este sentido. Cabe destacar que el nuevo sistema innova al no establecer presunciones sobre los peligros procesales basadas en la

pena en expectativa. A esta altura de la discusión sobre la prisión cautelar, la consideración —y no presunción— sobre la pena en expectativa parece ineludible (29).

Por último, este artículo incorporó el inciso (c) mediante al cual propone vislumbrar la "voluntad (del imputado) de someterse a la persecución penal" a través de la evaluación del imputado en el proceso en cuestión o en otros, anteriores o simultáneos. Por ejemplo, el inciso sostiene que deberá tenerse en consideración si el imputado proporcionó información falsa sobre su identidad o domicilio. En mi opinión, estas son incuestionables consideraciones a tener en cuenta sobre la existencia de peligro de fuga.

El artículo 189 se dedica exclusivamente al peligro de entorpecimiento. En este caso, deben tenerse en cuenta la existencia de indicios que justifiquen la grave sospecha de que el imputado "(a) destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; (b) influirá para que testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente o; (c) inducirá a otros a realizar tales comportamientos".

Sin embargo, los tres incisos del artículo sólo realizan una descripción del "entorpecimiento para la averiguación de la verdad", pues destruir, modificar, ocultar, suprimir prueba, influir sobre testigos o peritos o inducir a otros a tales comportamientos es obstruir la averiguación de la verdad. Pues entonces, los incisos del artículo no tienen un sentido muy claro, en tanto sólo describen posibles modos de obstrucción de la verdad, pero no explican cuáles son las circunstancias que deben tenerse en cuenta para advertir un peligro de que ello ocurra. Sin embargo, el problema principal sobre este riesgo procesal tiene relación con la evidente posibilidad de que sea el Estado quien garantice la averiguación de la verdad. A tono con las opiniones doctrinarias sobre la materia, cabe señalar que el Estado tiene la capacidad de proteger todo aquello que considere necesario para la investigación. En el peor de los casos, este riesgo procesal sólo podría justificar detenciones sumamente breves.

VIII. Conclusiones

Habiendo realizado un somero análisis sobre los aspectos más relevantes de la nueva legislación, es posible sostener que las restricciones y límites a la aplicación de las medidas cautelares allí previstas parecen superar ampliamente el sistema contenido en el Código recientemente derogado. Sin perjuicio de ello, no puede pasar por alto que se ha omitido la incorporación del límite temporal máximo y estricto de la prisión preventiva. Con ello se pierde una buena oportunidad. Con todo, la nueva legislación es superadora de la anterior, aunque el éxito de su implementación dependerá, en gran medida, de los operadores judiciales y su organización.

Cita: AP/DOC/801/2015