

Aplicación del Código Procesal Penal Federal

Análisis de la prisión preventiva

Mariano H. Borinsky – Federico A. Borzi Cirilli
Liliana Bruto – Rodrigo Fernández Ríos
Enzo Finocchiaro – Juan M. Garay
Nicolás Grappasonno – Lucas Grenni
Laura F. Kvitko – Roberto Leo
Juan I. Pascual – Lucía del Pilar Raposeiras
Rodolfo J. Urtubey – Carolina A. Vanella

ERREIUS

LIBERTAD DEL IMPUTADO DURANTE EL PROCESO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL FEDERAL (LEY 27063)

FEDERICO A. BORZI CIRILLI¹

I - INTRODUCCIÓN

A través de la resolución 2/2019 de la “Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal Federal”, el 22 de noviembre de 2019 entraron en vigencia una serie de artículos del mentado cuerpo a regir en el orden nacional y federal; en lo que aquí interesa, los artículos 210, 221 y 222 relativos a la libertad del imputado durante el proceso penal.

De esta manera, el nuevo Código fija pautas concretas para regular las restricciones a la libertad ambulatoria, permitiéndolas solo en caso de que existan los peligros procesales de fuga o de entorpecimiento de la investigación.

Así, en el artículo 210 se establece el catálogo de medidas de coerción personal a las que se podrá recurrir para el aseguramiento del proceso, destacándose un grado de progresividad y jerarquía en ellas; mientras que en los artículos 221 y 222 se regula en forma precisa y concreta frente a qué circunstancias fácticas verificadas en el proceso se podría presumir la existencia de esos riesgos.

II - ÁMBITO DE APLICACIÓN

Aunque parezca baladí, coexistiendo actualmente cuatro códigos procesales penales en Buenos Aires –a saber, el Código Procesal

¹ Abogado (UBA, 2006), especialista en Derecho Penal (UBA, 2015), Estudio Ceballos & Ceballos (Derecho Penal Económico), autor de publicaciones en revistas especializadas sobre derecho penal y procesal penal

Penal de la Nación (CPPN - ley 23984), el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires (CPPBA - ley 11922), el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CPPCABA - ley 2303/2007) y el nuevo Código Procesal Penal Federal (CPPF - ley 27063), resulta necesario aclarar la jurisdicción en la que tanto territorial como materialmente tienen aplicación las disposiciones que se comentan.

Pues bien, sabemos que el CPPN se aplica a los delitos federales en todo el territorio nacional y a los delitos ordinarios en el ámbito de la Capital Federal, en la medida en que no hayan sido transferidos a la Ciudad de Buenos Aires, respecto de los que se aplica el CPPCABA; mientras que para los delitos ordinarios de la provincia de Buenos Aires rige el CPPBA.

Ahora bien, el nuevo CPPF viene a reemplazar al CPPN, de modo que las disposiciones en análisis rigen para los delitos ordinarios de la Capital Federal y para los delitos federales en todo el país, con la aclaración de que ya se encuentra vigente en el fuero federal de las provincias de Salta, Jujuy, y a partir de ahora también de Mendoza y Santa Fe.

De este modo, el objetivo final sería la vigencia de tres códigos procesales penales en Buenos Aires, reemplazando el CPPN por el CPPF, rigiendo este último para el fuero federal de todo el país.

III - ANÁLISIS DE LAS NORMAS EN ESTUDIO

Si bien la presente implementación incluye aspectos muy relevantes del proceso penal como la revisión de la sentencia definitiva –el derecho al recurso– (arts. 19, 21 y 54), la ampliación de los derechos para las víctimas de delitos (arts. 80 y 81) así como la regulación de criterios de oportunidad que hacen excepción al principio de oficialidad de la acción penal y medios alternativos de solución del conflicto –se destaca la conciliación entre estos últimos– (arts. 22, 31, 34), por razones de espacio nos ocuparemos aquí de lo relativo a las medidas de coerción personal.

a) El catálogo de medidas de coerción personal (art. 210)

Como adelantamos, en el primero de los artículos mencionados se establecen, gradualmente, es decir, desde las más leves hasta las más gravosas, todas las medidas que puede adoptar el juez, a requerimiento de parte, para conjurar los peligros procesales que existan en cabeza del imputado.

El nuevo texto reza (el subrayado es propio): "...El representante del Ministerio Público Fiscal o el querellante podrán solicitar al juez, en cualquier estado del proceso y con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación, la imposición, individual o combinada, de:

- a) La promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación;
- b) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen;
- c) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;
- d) La prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine;
- e) La retención de documentos de viaje;
- f) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones, de visitar ciertos lugares, de comunicarse o acercarse a determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;
- g) El abandono inmediato del domicilio, si se tratara de hechos de violencia doméstica y la víctima conviviera con el imputado;
- h) La prestación por sí o por un tercero de una caución real o personal adecuada, que podrá ser voluntariamente suplida por la contratación de un seguro de caución, a satisfacción del juez;
- i) La vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física;
- j) El arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga;
- k) La prisión preventiva, en caso de que las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los fines indicados.

El control sobre el cumplimiento de las medidas indicadas en los incisos a) a j) del presente artículo estará a cargo de la Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas, cuya creación, composición y funcionamiento será definida por una ley que se dicte a tal efecto."

Resaltan varios aspectos para centrar nuestro análisis.

El primero tiene que ver con la ampliación de facultades a la víctima ya que históricamente el único habilitado para requerir medidas de coerción personal era el Ministerio Público Fiscal a través del agente fiscal interviniente. Pues bien, ahora se establece expresamente que la víctima constituida en parte querellante en el proceso podrá requerirlas a la par del titular de la acción.

Este aspecto, en consonancia con los artículos 80 y 81 (derechos y asistencia técnica a las víctimas) que también entraron en vigencia recientemente, se inscribe en el nuevo paradigma de mayor intervención del damnificado por el delito, superando la otrora casi absoluta expropiación del conflicto por parte del Estado.

Otra de las novedades, que salta a la vista por cierto, es la variedad de medidas para conjurar los peligros procesales que tendrá el magistrado a su disposición, quizás con el fin de llevar finalmente a la práctica el principio de *ultima ratio* para la imposición de la prisión preventiva, ya que expresamente se aclara que esta última será procedente "...en caso de que las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los fines indicados". Si esta norma se aplica de acuerdo al sentido literal del texto, puede resultar un cambio bastante importante en la práctica tribunalicia.

No podemos dejar de observar que todas estas medidas que habitualmente se denominan "alternativas a la prisión preventiva", en mayor o menor medida, venían siendo utilizadas por los magistrados del fuero, aunque su regulación específica así como la gradualidad en ellas ordenadas desde la más leve, la simple promesa de someterse al proceso, hasta la más grave, la detención cautelar, sin dudas coadyuvarán a una aplicación más ordenada y uniforme de medidas que restringen un derecho tanpreciado como la libertad ambulatoria (seguridad jurídica).

En ese sentido, cabe recordar que el artículo 310 del CPPN (ley 23984) en cuanto regula el procesamiento sin prisión preventiva establece que (el subrayado es propio): "*Cuando se dicte auto de procesamiento sin prisión preventiva, por no reunirse los requisitos del artículo 312, se dejará o pondrá en libertad provisional al imputado y el juez podrá disponer que no se ausente de determinado lugar, que no concurra a determinado sitio o que se presente a determinada autoridad en las fechas periódicas que se le señalen. Si es aplicable al hecho alguna inhabilitación especial, podrá disponer también que se abstenga de esa actividad*". "En los procesos por alguno de los delitos previstos en el Libro II, Títulos I, II, III, V y VI, y Título V, Capítulo I del Código Penal cometidos dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuviese constituido por uniones de hecho, y las circunstancias del caso hicieren presumir fundadamente que pueden repetirse, el juez podrá disponer como medida cautelar la exclusión del hogar del procesado. Si el procesado tuviere deberes de asistencia familiar y la exclusión hiciere peligrar la subsistencia de los alimentados, se dará intervención al asesor de menores para que se promuevan las acciones que correspondan".

En él pueden observarse muchas de las medidas que ahora en el nuevo texto aparecen ordenadas y graduadas.

Por último, cabe resaltar el establecimiento de la flamante "Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas" en lugar del -ya desde su nombre, anticuado e ineficiente- Patronato de Liberados, aspecto que resulta trascendental por dos motivos: conferir eficacia a la aplicación de estas medidas alternativas a la prisión preventiva de modo que esta efectivamente se utilice como "último recurso"; y, consecuentemente, brindar confianza a los magistrados que las dispongan. A este respecto, cabe decir que tan poca era la confianza que se tenía en el Patronato de Liberados, que en la práctica la utilización de la prisión preventiva lucía como la única medida capaz de conjurar los peligros procesales que se consideraban existentes.

b) Peligro de fuga. Pautas (art. 221)

Ahora bien, como se sabe, para poder aplicar alguna de las medidas de coerción recién vistas, debe concurrir alguno de los dos, o ambos, peligros procesales de fuga y/o entorpecimiento probatorio.

La novedad, por decirlo de algún modo, que trae el nuevo texto es que indica al magistrado concretamente qué aspectos debe valorar para concluir, o no, en la existencia del peligro de fuga (el subrayado es propio):

"...Para decidir acerca del peligro de fuga se deberán tener en cuenta, entre otras, las siguientes pautas:

- a) 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;*
- b) Las circunstancias y naturaleza del hecho, la pena que se espera como resultado del procedimiento, la imposibilidad de condenación condicional, la constatación de detenciones previas, y la posibilidad de declaración de reincidencia por delitos dolosos;*
- c) El comportamiento del imputado durante el procedimiento en cuestión, otro anterior o que se encuentre en trámite; en particular, si incurrió en rebeldía o si ocultó o proporcionó falsa información sobre su identidad o domicilio, en la medida en que cualquiera de estas circunstancias permitan presumir que no se someterá a la persecución penal."*

Lo cierto es que el nuevo texto contiene muchas de las pautas del artículo 319 del CPPN (ley 23984), aunque con un enfoque diferente. En este último, estas pautas se consideraban a los fines de denegar la exención de prisión o excarcelación a modo de "restricciones" (el subrayado es propio): *"Podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación, respetándose el principio de inocencia y el artículo 2 de este Código, cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si este hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones"*.

Por el contrario, en el nuevo cuerpo normativo aparecen como pautas a valorar pero a los fines de determinar la existencia del peligro de fuga, es decir, que deben encontrarse presentes pero para disponer la medida de coerción personal, lo cual tiene correlato con el principio general de libertad durante el proceso penal y la prisión preventiva como excepción.

Cabe destacar también que estas pautas no se consideran taxativas, de modo que podrán utilizarse otros aspectos, aunque entiendo complementarios de estas y que no se contrapongan con el fin buscado.

c) Peligro de entorpecimiento. Pautas (art. 222)

Algo similar sucede respecto del otro peligro procesal por excelencia, ahora *"...se deberá tener 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) *Intentará asegurar el provecho del delito o la continuidad de su ejecución;*
- c) *Hostigará o amenazará a la víctima o a testigos;*
- d) *Influirá para que testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente;*
- e) *Inducirá o determinará a otros a realizar tales comportamientos, aunque no los realizaren."*

Como puede observarse, en este caso las pautas se dirigen a los medios de prueba, ya sean documentales, testimoniales, periciales, es decir, a la preservación de los elementos de convicción a utilizarse en el juicio oral en el caso.

Al respecto, no debe pasarse por alto del nuevo texto la necesidad de que exista una grave sospecha de la existencia de estas circuns-

tancias, lo cual interpretado razonablemente implica que se encuentre acreditado objetivamente el riesgo de afectación de elementos de prueba o influencia sobre testigos, no bastando una mera inferencia subjetiva del magistrado.

d) La doctrina de “Díaz Bessone”

Cabe efectuar una referencia, por su relevancia sobre el tema, al citadísimo plenario 13 de la Cámara Nacional de Casación Penal de 2008 en el que se decidiera, por mayoría, otorgar a los artículos 316 y 317 del CPPN una interpretación no automática, es decir, que las pautas establecidas por el legislador para analizar los peligros procesales operan como presunción *iuris tantum*. Así, el monto de pena amenazada en abstracto se consideró un parámetro no inflexible, cabiendo distinguir además si la gravedad se daba en el caso concreto. De este modo, cuando el máximo de la escala penal aplicable en abstracto no superaba los ocho años de pena privativa de libertad el legislador había presumido la “no fuga” del imputado. En cambio, cuando superaba tal monto, había presupuesto que se fugaría.

Sin embargo, ambas presunciones devenían rebatibles por prueba en contrario: para el primer caso (menos de ocho años), acudiendo a indicadores de riesgo procesal que existan en el caso concreto (fundado en la aplicación del art. 319 del CPPN); para el segundo caso (más de ocho años), a través de indicadores de “no fuga” y de “no entorpecimiento de la investigación” elementos valorativos concretos que permitían tener por desvirtuada tal presunción; que, vale destacar, requería mayor poder de convicción cuanto mayor era la gravedad de la pena en expectativa.

IV - CONCLUSIONES

Cabe presentar algunas conclusiones adicionales a las ya efectuadas en el desarrollo del texto.

Desde lo instrumental, no existen dudas, y surge de las propias consideraciones de la Comisión Bicameral, que el objetivo primordial que tiene la regulación en estudio es evitar situaciones de desigualdad entre los justiciables donde se aplica actualmente el nuevo Código Procesal Penal Federal (Salta y Jujuy) de aquellas en las que aún no se ha implementado integralmente (el resto del país); de modo de brindar criterios concretos y uniformes para todos los tribunales del

Poder Judicial de la Nación, así como pautas claras y previsibles para los ciudadanos y justiciables.

En lo atinente al fondo del tema, tampoco caben dudas de que la nueva regulación sobre medidas de coerción significa un avance clarificando aspectos y poniendo sobre la mesa otros:

- Que los únicos peligros procesales computables a los fines de disponer una medida de coerción personal son el peligro de fuga y el de entorpecimiento probatorio (excluyendo otras pautas, generalmente de orden sustantivo/punitivo, proscriptas por la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos).

Al respecto, la CIDH ha destacado reiteradamente que la privación de la libertad del imputado no puede residir en fines preventivos, sino que solo puede operar cuando el acusado impedirá el desarrollo del proceso o eludirá el accionar de la justicia (*"Barreto Leiva vs. Venezuela"* serie C, Nº 206, párr. 111; *"Uson Ramírez vs. Venezuela"* Rta. 20/11/2009 serie C, Nº 207, párr. 144; *"Tibi vs Ecuador"* Rta. 7/4/04, entre muchos otros).

Por su parte, en *"Argüelles vs. Argentina"* (2014) se sostuvo: *"Para que la prisión preventiva no se torne arbitraria y su finalidad sea compatible con la Convención debe sostenerse en asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia"* (Serie C, Nº 288, sent. de 20/11/2014, párr. 120).

- Que no pueden basarse las medidas de coerción únicamente en la pena en expectativa del delito imputado, sino que también deben valorarse las otras pautas expresamente indicadas por la ley.

Los citados organismos interamericanos vienen destacando a través de numerosos precedentes que la magnitud de la pena en expectativa no resulta por sí sola suficiente para dictar una medida de coerción personal. Así, en el informe 2/97, la CIDH afirmó: *"La expectativa de una pena severa, transcurrido un plazo prolongado de detención, es un criterio insuficiente para evaluar el riesgo de evasión del detenido. El efecto de amenaza que para el detenido representa la futura sentencia disminuye si la detención continúa, acrecentándose la convicción de aquel de haber servido ya una parte de la pena"* (párrafo 87).

- Que aun cuando la pena resulte elevada, de la valoración de las pautas establecidas podrá concluirse en la inexistencia de peligros y, por tanto, será improcedente la prisión preventiva. Restará aguardar qué efecto tiene la nueva normativa, por ejemplo, sobre la "Doctrina Irurzun" de notable efecto político, en virtud de la cual se dispuso y confirmó la prisión preventiva de numerosos ex funcionarios públicos con fundamento en los posibles vínculos funcionales remanentes. Analizándose en consonancia con la nueva normativa, la grave sospecha de entorpecimiento probatorio debería ser abastecida y acreditada con elementos concretos. Puede hablarse, en algunos aspectos, de la consagración legal de los postulados desarrollados en "Díaz Bessone", es decir, aun cuando la pena en expectativa supere los montos establecidos por la ley procesal para la procedencia de la excarcelación, si a partir de las pautas –ahora legalmente establecidas– se concluye en la inexistencia de peligro de fuga y/o entorpecimiento de la investigación, no podrá disponerse la prisión preventiva del imputado.
- Finalmente, y conectado con esto último, el que a mi juicio aparece como el aspecto más relevante del nuevo texto es el hecho de que ahora deberá demostrarse la ineficacia de medidas de coerción menos gravosas, y solo en tal caso procederá la prisión preventiva, prevaleciendo, como principio general, la libertad durante el proceso hasta tanto recaiga sentencia condenatoria firme.

Aplicación del Código Procesal Penal Federal

Análisis de la prisión preventiva

Mariano H. Borinsky – Federico A. Borzi Cirilli

Liliana Bruto – Rodrigo Fernández Ríos

Enzo Finocchiaro – Juan M. Garay

Nicolás Grappasonno – Lucas Grenni

Laura F. Kvitko – Roberto Leo

Juan I. Pascual – Lucía del Pilar Raposeiras

Rodolfo J. Urtubey – Carolina A. Vanella

ERREIUS