

# Un punto de tensión entre garantismo y efficientismo: las medidas cautelares en el NCPP.

**Alfredo Enrique Kronawetter**

## 1. **LA CONSTITUCIÓN DE 1992 Y EL DISEÑO CAUTELAR DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LIBERTAD PERSONAL DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCESO PENAL.**

Atendiendo a nuestro diseño constitucional que pretende reflejar el funcionamiento de un sistema político fundado en la democracia republicana y participativa, el proceso penal se erige en la primera garantía para el imputado en cuanto a su eventual enjuiciamiento, por lo que deberá responder a reglas racionales que propenden defender su persona frente a las desviaciones del poder punitivo que ejerce el Estado y que, repetitivamente acontecen en el escenario de nuestra realidad, produciendo un conflicto entre “eficiencia punitiva” y “garantías del debido proceso penal”.

Lo que se busca es la obtención de unas reglas que sean compatibles con las dos ideas básicas que sustenta la *Constitución de 1992* en el sentido de que ***NADIE PODRÁ SER PRIVADO DE LIBERTAD SI ES QUE, PREVIAMENTE NO EXISTE UNA SENTENCIA QUE DECLARE LA CULPABILIDAD DEL IMPUTADO EN VIRTUD DE UN JUICIO REALIZADO CONFORME A REGLAS DICTADAS POR AUTORIDADES COMPETENTES CON ANTERIORIDAD AL HECHO QUE MOTIVA EL PROCESO;*** o sea, la estructuración de los principios cardinales de todo proceso penal de corte acusatorio y que se resumen en los presupuestos para el ***JUICIO PREVIO*** y la ***PRESUNCIÓN DE INOCENCIA***, respectivamente.

**EL ARTÍCULO 17.3 DE LA CRP ESTABLECE QUE TODA PERSONA TIENE DERECHO A UN JUICIO PREVIO, FUNDADO EN UNA LEY ANTERIOR DEL HECHO DEL PROCESO, LO QUE SIGNIFICA QUE SOLAMENTE EXISTIRÁ CULPABILIDAD MEDIANTE SENTENCIA QUE ASÍ LO DECLARE SOBRE LA BASE DE UNOS ACTOS PROCESALES SECUENCIALES QUE RECIBEN EL NOMBRE EXTENSIVO DE JUICIO PREVIO; COMO CORRELATO DE LA IDEA DEL JUICIO PREVIO, DEBE AÑADIRSE NECESARIAMENTE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 17.1 DE LA CRP, DE CUYO CONCURSO SE PUEDE OBTENER UNA VISIÓN GENERAL ACERCA DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN UN PROCESO PENAL A TENOR DEL DISEÑO CONSTITUCIONAL PRECEDENTEMENTE EXPUESTO Y QUE SE TRADUCIRÍA EN LA SIGUIENTE POSICIÓN: LA PERCEPCIÓN APRIORÍSTICA QUE POR VIRTUD DE LAS DOS IDEAS BÁSICAS ESBOZADAS SURGE ES QUE, RESULTARÍA IMPOSIBLE APLICAR LA FUERZA PUNITIVA ESTATAL DURANTE EL PROCESO PENAL, O SEA, LA INVIABILIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA PERSONAS IMPUTADAS MIENTRAS NO EXISTA UNA SENTENCIA CONDENATORIA PROVENIENTE DE LA CULMINACIÓN DEL JUICIO PREVIO.**

**EMPERO, ESTA CONCLUSIÓN INICIAL NO GUARDA RELACIÓN CON LA PREVISIÓN DEL ARTÍCULO 19 DE LA CRP QUE ADMITE LA POSIBILIDAD DE APLICAR MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LIBERTAD DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO PENAL, EN PARTICULAR CON LA PRISIÓN PREVENTIVA, SIEMPRE QUE SE REÚNAN LOS REQUISITOS DE INDISPENSABILIDAD Y CONSECUENTE EXCEPCIONALIDAD, YA QUE LA REGLA ES LA LIBERTAD DE LAS PERSONAS DURANTE EL PROCESO Y LA EXCEPCIÓN SU PRIVACIÓN.**

**ES POR ESO, QUE LA PRISIÓN PREVENTIVA DEBE SER DISEÑADA JURÍDICAMENTE COMO UN INSTITUTO CAUTELAR CON CLARAS LIMITACIONES PARA SU IMPLEMENTACIÓN, PORQUE EXISTEN DIFICULTADES MATERIALES QUE DIFICULTAN UNA ADECUADA JUSTIFICACIÓN DE LA MEDIDA, YA QUE ORDINARIAMENTE APARECE COMO UNA CLARA LIMITACIÓN AL PRINCIPIO DE INOCENCIA Y LA CONSECUENTE VULNERACIÓN DEL JUICIO PREVIO, LO QUE DE POR SÍ ES SUFICIENTE PARA ABRIGARLA CON LAS MAYORES GARANTÍAS, SEGURIDADES Y CONSECUENTES RESTRICCIONES EN CUANTO A SU APLICACIÓN O INTERPRETACIÓN.**

**ESTE PROBLEMA SE HA DADO EN FORMA REITERADA, CUANDO LA PRISIÓN PREVENTIVA Y DEMÁS MEDIDAS CAUTELARES SON TRATADAS EN LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO, COMO INSTITUTOS FUNDADOS EN LA SUPUESTA CULPABILIDAD –SOBRE LA BASE DE INDICIOS CONSIDERADOS SUBJETIVAMENTE POR EL JUEZ- DEL IMPUTADO Y NUNCA EN LA APLICACIÓN RAZONABLE COMO VERDADERO MEDIO CAUTELAR QUE SERÍA LA ÚNICA ARGUMENTACIÓN QUE CONSTITUCIONALMENTE PERMITA PRIVAR DE LIBERTAD A LAS PERSONAS SOMETIDAS AL PROCESO PENAL.**

**LO QUE SE ACABA EXPONER AÚN SIGUE LATENTE POR LA PERSISTENCIA DE UNA CULTURA INQUISITIVA QUE DESDIBUJA LA CENTRALIDAD DEL JUICIO PREVIO Y CON ELLO, EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD DEL IMPUTADO ANTES DE LA EMISIÓN DE UNA SENTENCIA CONDENATORIA.**

## **2. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL JUICIO PREVIO.**

Escuchando los lineamientos básicos de la **REFORMA PROCESAL PENAL EN AMÉRICA LATINA** expresados por el **PROFESOR ALBERTO BINDER**, aportando ideas novedosas especialmente en el ámbito que hace a la institución de la **PRISIÓN PREVENTIVA**, he podido encontrar un fundamento bastante sustancioso para enfrentar cualquier discusión respecto a los nuevos lineamientos. Es por eso que me remito a ellos:

"...EN PRIMER LUGAR, NO SE PUEDE APLICAR LA PRISIÓN PREVENTIVA SI NO EXISTE UN MÍNIMO DE INFORMACIÓN QUE FUNDAMENTE UNA SOSPECHA BASTANTE IMPORTANTE ACERCA DE LA EXISTENCIA DEL HECHO Y DE LA PARTICIPACIÓN DEL IMPUTADO EN ÉL. ÉSTE ES UN LÍMITE SUSTANCIAL Y ABSOLUTO: SI NO EXISTE SIQUIERA UNA SOSPECHA RACIONAL Y FUNDADA ACERCA DE QUE UNA PERSONA PUEDE SER AUTOR DE UN HECHO PUNIBLE, DE NINGUNA MANERA ES ADMISIBLE LA PRISIÓN PREVENTIVA...".

"...PERO NO BASTA, SIN EMBARGO, CON ESTE REQUISITO. POR MÁS QUE SE TENGA UNA SOSPECHA FUNDADA, TAMPOCO SERÍA ADMISIBLE CONSTITUCIONALMENTE LA PRISIÓN PREVENTIVA SI NO

SE DAN OTROS REQUISITOS: LOS LLAMADOS "REQUISITOS PROCESALES".

“ESTOS REQUISITOS SE FUNDAN EN EL HECHO DE QUE ESE ENCARCELAMIENTO PREVENTIVO SEA DIRECTA Y CLARAMENTE NECESARIO PARA ASEGURAR LA REALIZACIÓN DEL JUICIO O PARA ASEGURAR LA IMPOSICIÓN DE LA PENA. POR LO GENERAL, LOS AUTORES DISTINGUEN DOS MOTIVOS, ENTRE LOS CITADOS REQUISITOS PROCESALES QUE SE DEBEN AGREGAR AL REQUISITO SUSTANCIAL DEL GRADO SUFICIENTE DE SOSPECHA. EL PRIMERO ES EL PELIGRO DE FUGA, Y EL SEGUNDO, EL PELIGRO DE ENTORPECIMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN...” (BINDER, ALBERTO, obra citada, Página 198).

En esta tesis que expone la doctrina de los más prestigiosos juristas de la materia y que exigen un cambio de *cultura* respecto a la aplicación de las MEDIDAS CAUTELARES, es que el ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DEBE INTERPRETARSE bajo criterios de **RESTRICTIVIDAD, PROPORCIONALIDAD Y EXCEPCIONALIDAD**. Si el artículo 19 de la Carta Fundamental reclama que la PRISIÓN PREVENTIVA SERÁ DICTADA SÓLO EN CASOS INDISPENSABLES O NECESARIOS, significa esto que los contenidos objetivos de tal INDISPENSABILIDAD O NECESARIEDAD se guarecen en los elementos de convicción que la DOCTRINA MODERNA abastece al instituto, cual es, su sentido CAUTELAR y no PREVENTIVO DE UNA PENA EXPECTADA.

Podemos concluir, formulando una doctrina constitucional del instituto cautelar a la luz de los lineamientos del debido proceso penal formulado en el mismo texto fundamental, diciendo:

- ➤ **EN PRINCIPIO, NO SE PODRÍA APLICAR MEDIDA CAUTELAR ALGUNA DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO PENAL, SI ATENDEMOS LO QUE PREVÉN LAS NORMAS CONSTITUCIONALES QUE PRESERVAN LA LIBERTAD DEL IMPUTADO DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DEL TRÁMITE;**
- ➤ **POR VIRTUD DEL ARTÍCULO 17.1 DE LA CONSTITUCIÓN QUE SEÑALA QUE TODA PERSONA CONTRA LA CUAL SE ALZA UNA IMPUTACIÓN, TIENE DERECHO A QUE SEA PRESUMIDA SU INOCENCIA, MIENTRAS NO EXISTA UNA SENTENCIA CONDENATORIA QUE ASÍ LO DECLARE;**
- ➤ **EN LA MISMA LÍNEA IDEOLÓGICA, POR VIRTUD DEL ARTÍCULO 17.3, LA SENTENCIA CONDENATORIA SÓLO PUEDE PROVENIR DE UN JUICIO PREVIO Y CUYA DECISIÓN ES EL ACTO TRASCENDENTAL Y FINAL DE LOS DIVERSOS ACTOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL;**
- ➤ **SIN EMBARGO, EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN ESTABLECE QUE LA PRISIÓN PREVENTIVA PUEDE APLICARSE EN LOS CASOS NECESARIOS, LO CUAL, DETERMINA DOS CONSECUENCIAS JURÍDICAS;**
- ➤ **QUE CONSTITUCIONALMENTE SE ADMITE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DURANTE EL PROCESO PENAL, Y;**
- ➤ **QUE ESA PRIVACIÓN DEBE SER FUNDAMENTADA EN RAZONES EXCEPCIONALES.**

### 3. LOS PRINCIPIOS PROCESALES O EL “BAREMO” DE LAS MEDIDAS

#### CAUTELARES.

##### PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD.

Dicho principio se plasma en el NCPP a través de diversos mecanismos jurídicos que permiten discernir su naturaleza EXCEPCIONAL o de IMPRESCINDIBILIDAD para aplicar en las diversas circunstancias que podría encontrarse la persona del imputado. En un primer sentido, TODAS LAS MEDIDAS CAUTELARES exigen la concurrencia de ciertos REQUISITOS ESENCIALES sin cuyo concurso, las mismas tendrían que ser revocadas o dejadas sin efecto, en la instancia que se encuentre el trámite procesal; ahora bien, es importante entresacar los distintos requisitos que formalmente exige el NCPP en concordancia con los mandatos constitucionales relativos a la privación de libertad al inicio o durante el proceso penal abierto contra la persona del imputado, entre los cuales se pueden citar los siguientes:

##### **QUE LA MISMA PROVENGA DE UNA ORDEN DE AUTORIDAD COMPETENTE.**

Los artículos 11 y 12 de la CRP prescriben dos exigencias formales elementales: a) la restricción de las causales que pueden mover a la restricción de la libertad física de las personas, y; b) que esa restricción debe principiar en una orden escrita de autoridad competente, salvo los casos de flagrancia de la comisión de un delito que merezca pena corporal.

Los mandatos constitucionales se concatenan, a su vez, con las prescripciones de los artículos 234 y 235.2 del NCPP que genéricamente describen el carácter excepcional de las medidas cautelares, las enumera taxativamente y establece la necesidad de que las mismas cuenten con orden escrita de autoridad competente, a través de una resolución judicial FUNDADA.

Una gran discusión que surgía de la ausencia de un marco regulador específico en el derogado CPP de 1890, se ceñía al alcance de la **orden de autoridad competente** el que incluía -por una deficiente interpretación judicial propia del sistema inquisitivo imperante- a las autoridades administrativas, ya que bastaba que exista la decisión de un órgano policial, por ejemplo, para dar cumplimiento a la exigencia constitucional; empero, esta determinación fue abordada por el NCPP y se estableció con un criterio restrictivo que la ORDEN DE AUTORIDAD COMPETENTE corresponda siempre a la órbita del PODER JUDICIAL. De esta manera, el arresto administrativo que implica restricción a la libertad personal del afectado, resultaría ilegal y, por ende, INCONSTITUCIONAL, susceptible del ejercicio de una garantía procesal como el HÁBEAS CORPUS PREVENTIVO O REPARADOR, según el estado de inejecución o ejecución de la medida.

Obvio es que nos referimos a las potestades de la policía en función disciplinaria que en cumplimiento de ciertos edictos pueda arrestar a las personas, decisiones que a la luz del vetusto CPP de 1890 no encontraban óbice para ser atacados de ilegal o inconstitucional, como a *contrariu sensu* lo prevé la CRP de 1992 y su correlato imbricado en las normas del NCPP.

Otro aspecto que devela el carácter EXCEPCIONAL de las medidas cautelares al momento de su aplicación, surge de la definición TAXATIVA de los alcances de la EXCEPCIÓN a la regla jurídica general que reza: “**NADIE SERÁ DETENIDO NI ARRESTADO SIN ORDEN ESCRITA DE AUTORIDAD COMPETENTE, SALVO CASO DE SER SORPRENDIDA EN FLAGRANTE COMISIÓN DE DELITO QUE MERECIERE PENA CORPORAL...**” (artículo 12 de la CRP).

El artículo 239 del NCPP establece el alcance de la FLAGRANCIA cuando dice: “**...se entenderá que existe flagrancia cuando el autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo, o inmediatamente después, o mientras es perseguido por la fuerza policial, por la víctima o por un grupo de personas...**”. De esta manera, resulta evidente que fuera de los CASOS CONTEMPLADOS EN LA NORMA PRECITADA, JAMÁS SE PODRÁ APREHENDER A LAS PERSONAS, independientemente que exista una ORDEN ESCRITA DE AUTORIDAD COMPETENTE, ya que el órgano autorizado, en este caso concreto, es la POLICÍA NACIONAL sin necesidad de contar con la ORDEN ESCRITA RESPECTIVA, porque se trata de casos de urgencia y, por ende, EXCEPCIONALES.

### **LA ENUNCIACIÓN TAXATIVA EN LOS CASOS DE APREHENSIÓN, DETENCIÓN Y PRISIÓN PREVENTIVA.**

Por este principio se determina que fuera de los casos previstos expresamente en la ley procesal penal en materia de medidas cautelares mal se pueden articular otras figuras restrictivas, todo esto por aplicación de los preceptos establecidos en los artículos 10 y 11 del NCPP al permitir la APLICACIÓN ANALÓGICA Y EXTENSIVA DE LAS NORMAS PROCESALES CUANDO FAVOREZCAN LA LIBERTAD DEL IMPUTADO y la APLICACIÓN RETROACTIVA DE LAS NORMAS PROCESALES CUANDO FAVOREZCAN AL IMPUTADO, respectivamente.

La APREHENSIÓN es una medida urgente que permita actuar con rapidez y evitar la fuga de las personas que aparecen imputadas de la comisión del delito de un modo contundente y directo (FLAGRANCIA) o, cuando se trate de una persona RENUENTE A LOS MANDATOS DE LA JUSTICIA (FUGA DE PRESOS O DESOBEDIENCIA A LOS MANDATOS JUDICIALES POR PARTE DEL IMPUTADO SOMETIDO A UN PROCESO) o, cuando existiendo datos concretos acerca de la razonable participación de una persona en el hecho perpetrado no se identifique en un primer momento a los mismos de los testigos, o los mismos se puedan ocultar o fugar o, en los primeros momentos de la investigación sea imposible la individualización y a más de ello es trascendente para el resultado de aquélla impedir que los presentes se alejen, obstruyan o alteren la situación de las cosas y del lugar de los hechos y, finalmente, alguna persona convocada a prestar declaración se muestre renuente al citatorio judicial o fiscal.

En todos los casos (artículos 239 y 240 del NCPP) no se requerirá orden escrita de autoridad judicial, aunque el inciso 2 del artículo 240 del NCPP sería conveniente que se aplique –de ser posible– con la presencia del FISCAL DE LA CAUSA, ya que dentro de las SEIS HORAS (puede ser un tiempo mínimo de acuerdo al lugar en que se produzca el hecho) se estima que mayores cambios del hecho no tendrían que verificarse, máxime cuando exista constituida una POLICÍA JUDICIAL que podría prevenir en los trabajos, inmediatamente, hasta la llegada del FISCAL o funcionario al lugar del hecho. También puede ocurrir que algún TESTIGO sea convocado por el Juzgado y por razones de urgencia, el FISCAL EMITA LA ORDEN POR CUALQUIER MEDIO IDÓNEO y la POLICÍA NACIONAL cumpla **inmediatamente** la orden de captura impartida, con cargo de complementarse aquélla, posteriormente, con la adjunción de la orden escrita del fiscal. En esta situación, es evidente

que por razones de celeridad y economía que exigen poner un máximo de esfuerzo en la pesquisa, es indudable que la orden de detención se podría efectivizar inmediatamente, sin la existencia previa de la decisión escrita; evidentemente esta fórmula encontrará mayor flexibilidad en la medida que exista una fluida comunicación entre los funcionarios fiscales y policiales, respectivamente.

Producida la APREHENSIÓN DEL IMPUTADO o TESTIGO en los términos del artículo 239 del NCPP, la autoridad administrativa PROCEDERÁ A COMUNICAR TAL SITUACIÓN AL FISCAL Y AL JUEZ (A AMBOS) EN EL PLAZO DE **SEIS HORAS** que se computará desde la producción del evento, utilizando cualquier medio eficaz para efectivizar la comunicación.

En cuanto a la DETENCIÓN PREVENTIVA, los presupuestos para su admisión son casi los mismos que señalaban el artículo 333 del derogado CPP de 1890, con el siguiente agregado: que la adopción de este temperamento debe surgir de una RESOLUCIÓN JUDICIAL FUNDADA DEL FISCAL INTERVINIENTE en la investigación y nunca de autoridad policial o administrativa.

Cabe aquí la siguiente interrogación que nos permitimos responder a continuación: **¿CUÁL ES EL ALCANCE DE UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL FUNDADA QUE EXIGE EL NCPP?**. Necesariamente, deberán adherirse los requisitos exigidos por el artículo 240 del NCPP que reza: “...La orden de detención deberá contener los DATOS PERSONALES DEL IMPUTADO QUE SIRVAN PARA SU CORRECTA INDIVIDUALIZACIÓN, la DESCRIPCIÓN SUCINTA DEL HECHO QUE LA MOTIVA Y LA IDENTIFICACIÓN DE LA AUTORIDAD QUE DISPUSO SU DETENCIÓN...”.

Como se leyó, no se prevén las exigencias de una comprobación del hecho imputado, sino el señalamiento concreto de la adecuación de las causales de los incisos previstos en el mismo artículo 240, lo que exige, a su vez, el señalamiento del imputado conforme a una razonable hipótesis que lo sindeque como autor o partícipe.

Es importante acotar que el sostenimiento razonable no exige una presunción de culpabilidad como impropriamente lo requería el derogado CPP de 1890 en su artículo 6, sino la sindicación de la persona imputada como autor o partícipe en los primeros momentos de la investigación, reservándose la información más profusa sobre el grado o nivel de participación del imputado, para la adopción de otra medida cautelar más grave como indudablemente constituye la PRISIÓN PREVENTIVA.

En cuanto a la duración de la DETENCIÓN PREVENTIVA, la misma no podrá exceder de las 48 HORAS que se computara del siguiente modo:

- ➤ Las primeras 24 horas exige que el fiscal que decretó la detención, debe ser puesta a disposición del JUEZ, y;
- ➤ Una vez puesto a disposición la persona del imputado –dentro del plazo de 24 horas-, dispone de idéntico plazo de 24 HORAS para que el JUEZ resuelva sobre la PROCEDENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA o, en su defecto, SUSTITUYA LA MEDIDA CAUTELAR (RECHAZANDO LA PRISIÓN PREVENTIVA, PREVIAMENTE EN LA MISMA RESOLUCIÓN) por OTRAS QUE NUNCA EQUIVALDRÁN AL RIGOR DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN RECINTOS ESPECIALMENTE SEÑALADOS EN EL SISTEMA PENITENCIARIO DE LA REPÚBLICA.

De lo contrario, si es que CONSIDERA PRESCINDIBLE CUALQUIER RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DEL IMPUTADO, resolverá DECRETANDO LA LIBERTAD DE AQUÉL PARA QUE PERMANEZCA A DISPOSICIÓN DEL JUEZ CON

TODO EL DERECHO AMBULATORIO QUE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA LE GARANTIZA POR VIRTUD DE SU PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Es evidente que la obtención de un mínimo de información que fundamente la sospecha razonable acerca de la EXISTENCIA DE UN HECHO PUNIBLE que merezca PENA CORPORAL (PRIVACIÓN DE LIBERTAD) y la correspondencia de este extremo con cierto grado razonable de considerar autor o partícipe al imputado en el hecho, es una tarea propia de la INVESTIGACIÓN A CARGO DEL FISCAL, de cuyo resultado, puede frustrarse el progreso de aquélla por una PRESCINDENCIA DEL IMPUTADO EN SOMETERSE A LOS MANDATOS DE LA JUSTICIA o, lo que es más grave aún, por un ENTORPECIMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN EN LO QUE SE REFIERE A UN ACTO O VARIOS ACTOS CONCRETOS DE LA PESQUISA A CARGO DEL FISCAL. En casos como el señalado, se puede aplicar la MEDIDA CAUTELAR **MÁS GRAVE** que recibe el nombre de **PRISIÓN PREVENTIVA**, cuyos requisitos procesales y sustanciales son más restrictivos que los exigidos para las anteriores figuras cautelares, todo ello, en la realización del principio de TAXATIVIDAD que estamos abordando.

La **PRISIÓN PREVENTIVA** requiere, como se anticipó, la concurrencia (en forma conjunta) de diversos presupuestos que podríamos denominar SUSTANCIALES y de FORMA, respectivamente.

Los **SUSTANCIALES** se nutren de un mínimo de información que fundamente la SOSPECHA ACERCA DE LA EXISTENCIA DEL HECHO REPUTADO CRIMINOSO y la consecuente atribución en ese hecho a la persona del IMPUTADO en grado de autoría o participación en las diversas modalidades señaladas por el CP (ver artículo 242.1 y 242.2 del NCPP). Desde la perspectiva de la aplicación de la PRISIÓN PREVENTIVA como PENA ANTICIPADA o fundada en la PRESUNTA CULPABILIDAD DEL IMPUTADO POR LA INFORMACIÓN INGRESADA A LA INVESTIGACIÓN, parecería que esta concurrencia es bastante para fundar la restricción de libertad en este nivel del proceso.

Empero, abarcando el real sentido de MEDIDA CAUTELAR corresponde integrarlo a la exigencia de los PRESUPUESTOS **FORMALES o PROCESALES** que describen el derrotero de verdadera MEDIDA CAUTELAR que se funda en el respeto irrestricto a los principios de PRESUNCIÓN DE INOCENCIA y del JUICIO PREVIO, respectivamente y que son: EL PELIGRO DE FUGA o de OSTACULIZACIÓN u OBSTRUCCIÓN DE UN ACTO CONCRETO DE INVESTIGACIÓN que podría llevar adelante el imputado durante la pesquisa.

Dicho de otra manera, solamente cuando concurren los presupuestos SUSTANCIALES (acreditación razonable de la perpetración de un hecho y la consecuente atribución a la persona del imputado por aquél) y PROCESALES (que exista un peligro de fuga u ocultación del imputado durante el proceso o de obstaculizar un acto concreto de investigación) en forma CONJUNTA –aspectos que deberán consignarse especialmente en la RESOLUCIÓN JUDICIAL FUNDADA- se podrá alegar que la PRISIÓN PREVENTIVA reúne los atributos típicos de una MEDIDA CAUTELAR y no de una PENA ANTICIPADA como en el sistema inquisitivo se usaba en forma indiscriminada, como un elemento de *tortura procesal*, a manera de reminiscencia del principal elemento *disuasivo* que la inquisición mantenía sobre el imputado para que confiese su *culpabilidad*.

Esta exigencia de reunión *conjunta* de los presupuestos sustanciales y procesales surge del ARTÍCULO 242 DEL NCPP que se concatena con los ARTÍCULOS 243 y 244 DEL NCPP en cuanto a los alcances específicos del **PELIGRO DE FUGA** y del **PELIGRO DE OBSTRUCCIÓN**. Muchas discusiones se han forjado en torno a la *interpretación* judicial que se brinda a estas figuras novedosas, ya que se ha tergiversado su finalidad en cuanto a la admisión de las MEDIDAS SUSTITUTIVAS y/o ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN



PREVENTIVA O DEMÁS MEDIDAS CAUTELARES cuando el imputado tenga suficiente ARRAIGO en BIENES RAÍCES u otros MEDIOS PATRIMONIALES que consolide su avenimiento a los mandatos judiciales, con lo cual, las personas imputadas de escasos recursos JAMÁS OBTENDRÍAN ESTE BENEFICIO DE LITIGAR SIN PRIVACIÓN DE LIBERTAD por la carencia de recursos que justifiquen su *arraigo*.

La distorsión surge de un simple examen, principalmente, del artículo 243 que en su inciso 1) expresa de un modo claro que NO SÓLO DEBE COTEJARSE LA PRESENCIA DE BIENES QUE DISPONE EL ENCARTADO, SINO LAS FACILIDADES QUE DISPONDRÍA HIPOTÉTICAMENTE EL IMPUTADO PARA ABANDONAR DEFINITIVAMENTE EL PAÍS O MANTENERSE *OCULTO*. No escapa al mínimo análisis racional que las personas involucradas en hechos graves de **defraudaciones** o involucradas en los vaciamientos generadores de las graves crisis financieras acaecidas en el país, se han ocultado o se han fugado y que, a contrario de la posición superficial que han ensayado algunos magistrados para otorgar medidas sustitutivas o alternativas por la supuesta **ausencia del peligro de fuga**, es un imperativo tomar la prudencia y el análisis informativo del hecho en su contexto particular –caso por caso- para adoptar un temperamento.

La norma procesal de referencia, privilegia un trato igualitario que no permite discernir graciosamente que los más pudientes evadirán la justicia, mientras que las personas que no posean suficiente poder económico o carezcan mínimamente de ella, responderán personalmente (a manera de prenda) sacrificando su libertad para enfrentar la coyuntura de una imputación; en consecuencia, las reglas del peligro de fuga deben interpretarse conforme a las realidades del caso, ya que le otorga al Juez una facultad que debe ejercerla con miras a potenciar la continuidad de los procesos de IMPUTADOS SOBRE QUIENES PESAN GRAVES ACUSACIONES DE HABER AFECTADO DE UN MODO COLECTIVO EL PATRIMONIO DE AHORRISTAS O DE CIUDADANOS QUE DEPOSITARON SU CONFIANZA EN LA BANCA NACIONAL.

### **SINTETIZANDO LO ABORDADO HASTA AQUÍ:**

LA PRISIÓN PREVENTIVA SÓLO ES PERMITIDA EN EL NCPP EXCEPCIONALMENTE, SOBRE LA BASE DE ERIGIRSE EN UNA MEDIDA CAUTELAR QUE ESPECIALMENTE PERMITA LA REALIZACIÓN DEL JUICIO PREVIO A TRAVÉS DE LA PRESENCIA DEL IMPUTADO, RESPETANDO SU INOCENCIA Y CUYA APLICACIÓN DESCANSA SOBRE NORMAS QUE TAXATIVAMENTE PERMITEN SU VIABILIDAD EN DETERMINADAS CIRCUNSTANCIAS, LAS CUALES DEBERÁN EXPRESARSE ACABADAMENTE EN UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL. FUERA DE TALES EXTREMOS, LA REGLA ES LA LIBERTAD.

### **PRINCIPIO TAXATIVO O DE RESTRICTIVIDAD.**

Dentro de los criterios excepcionales de la PRISIÓN PREVENTIVA, se evita la aplicación **-PROHIBICIÓN MEDIANTE-** de la misma aunque puedan concurrir los PRESUPUESTOS ORDINARIOS para su procedencia y que son de carácter SUSTANCIAL Y PROCESAL como ya se consignó. Tales restricciones para aplicar la prisión preventiva se fundan en dos razones fundamentales, a saber:

- ✓ ✓ En decisiones eminentemente de política-criminal que tienden a evitar el uso de este instituto, asegurando su vigencia a los hechos más graves y como medida de última ratio, y;
- ✓ ✓ En aspectos personales que puedan investir determinados imputados.



El **artículo 237 del NCPP** señala los casos de **PROHIBICIONES** fundada en el derecho penal **mínimo** y que se refieren a los **HECHOS PUNIBLES DE ACCIÓN PRIVADA, HECHOS PUNIBLES QUE NO ADMITAN SANCIONES PRIVATIVAS DE LIBERTAD y LAS QUE ADMITIENDO SANCIONES PRIVATIVAS DE LIBERTAD NO EXCEDA A UN AÑO.**

En la misma línea, el **artículo 238 del NCPP** señala los casos de **PROHIBICIONES** para imponer la **PRISIÓN PREVENTIVA** fundada en **razones de ORDEN PERSONAL** que reviste el imputado y que más bien pretenden garantizar la condición humana de la persona, independientemente de la gravedad del hecho que se le atribuye. Así tenemos que **NUNCA SE PODRÁ APLICAR LA CAUTELAR MÁS GRAVE EN EL PROCESO** a las personas **QUE TENGAN MÁS DE 70 (SETENTA AÑOS), A LAS MUJERES EN ESTADO DE LACTANCIA O EN LOS ÚLTIMOS MESES DEL EMBARAZO Y LOS ENFERMOS TERMINALES.**

En el hipotético caso que proceda una medida cautelar, se podrá disponer el **ARRESTO DOMICILIARIO DEL IMPUTADO**, que puede ser en su residencia habitual, en el domicilio que señale el Juez o, en el caso de los enfermos terminales, en un establecimiento médico a los efectos de recibir el tratamiento correspondiente. Asimismo y siempre dentro del rigor del último caso (los imputados aquejados de una enfermedad de efectos irreversibles o terminales), se exigirá alguna constancia médica que justifique tal situación o, en su defecto, **POR RESPETO A LA DIGNIDAD DEL ENFERMO** y a solicitud de los familiares –si es que el afectado no sabe la **realidad** del trance que le afecta-, el juez o el fiscal, en su caso, podrá recibir u ordenar la inspección del enfermo y mantener en reserva dicha información, salvo que lo soliciten sus parientes, **PERO NUNCA EL QUERELLANTE PARTICULAR O LA VÍCTIMA**, porque es una cuestión que atañe al afectado solamente.

#### **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.**

Una de las objeciones más fuertes que se ha venido sosteniendo respecto a la naturaleza de pena anticipada de la prisión preventiva y demás medidas cautelares, ha sido el relativo a su funcionamiento y consecuente duración en el tiempo. De ordinario, el sistema inquisitivo se encargó de **quitarle** una limitación temporal en cuanto a su duración ya que dicho esquema de procedimiento escrito coincidía con la **eternización** de la investigación del caso (sumario), mientras no se lograba la **confesión** del imputado o aceptación de los hechos en forma directa o indirecta por aquél, siendo la principal herramienta para la cristalización de este objetivo, la **PRISIÓN PREVENTIVA COMO COACCIÓN (RESTRICCIÓN DE LIBERTAD, MEDIANTE) PARA QUE SE RESUELVAN LOS HECHOS, CUANDO ESTE ADMITA O DESVIRTUE LOS HECHOS, PROBANDO SU INOCENCIA.**

De esta manera, siendo la **PRISIÓN PREVENTIVA** una **MEDIDA CAUTELAR** la misma debe ceñirse a los presupuestos conminados por el **ARTÍCULO 236 DEL NCPP** que prevé una **REGLA GENERAL** (limitación del plazo máximo de duración de la **PRISIÓN PREVENTIVA**) con tres circunstancias hipotéticas perfectamente definidas que desarrollan la **BASE CONGLOBANTE**:

- ➤ **QUE DICHO PLAZO MÁXIMO DE DURACIÓN JAMÁS PUEDE EXCEDER LOS 2 (DOS) AÑOS, CON UN AGREGADO DE 3 (TRES) MESES MÁS PARA EL CASO DE QUE EXISTA SENTENCIA CONDENATORIA Y SE TRAMITEN Y RESUELVAN LOS RECURSOS PERTINENTES;**
- ➤ **SI ES QUE EL HECHO POR EL CUAL UNA PERSONA ES IMPUTADA, LA PRISIÓN PREVENTIVA NUNCA PODRÁ DURAR MÁS DEL**

MÍNIMO DE LA PENA HIPOTÉTICA QUE PODRÍA APLICARSE A AQUÉL. Respecto a este extremo, es importante señalar que tratándose de DELITOS, la pena mínima esperada es de 6 (SEIS) MESES y, consecuentemente, este será el marco **mínimo** que puede privarse de libertad al imputado, mientras que en el caso de CRÍMENES cuya base punitiva es de CINCO AÑOS, exige la aplicación del PLAZO MÁXIMO DE DURACIÓN que siempre será de DOS AÑOS, según explicamos en el primer supuesto, y;

- ➤ Finalmente, la prisión preventiva NUNCA PODRÁ EXCEDER EL PLAZO MÁXIMO FIJADO QUE FIJA EL NCPP PARA EL PROCESO, o sea, los TRES AÑOS. Esta última hipótesis parecería una contradicción con el principio general que dice que LA PRISIÓN PREVENTIVA NO PUEDE EXCEDER LOS DOS AÑOS, pero lo que realmente traduce la norma –en concomitancia con el principio de EXCEPCIONALIDAD- es que si la PRISIÓN se dicta durante el transcurso del proceso (causas complejas, principalmente) y el remanente del plazo es inferior a los DOS AÑOS, aquélla no podrá superar el señalado para la terminación del proceso penal. Ejemplo: en el año y medio de duración del proceso, se decide aplicar la prisión preventiva contra un imputado. El plazo máximo de duración no será –en este caso- de DOS AÑOS, sino el restante año y medio para completar el MÁXIMO PERMITIDO PARA LA DURACIÓN DEL PROCESO PENAL.

En concordancia con las tres hipótesis señaladas por el ARTÍCULO 236 merecen destacarse las normas de los ARTÍCULOS 141, 249, 250, 251 DEL NCPP que complementan el principio de PROPORCIONALIDAD o DURACIÓN TEMPORAL LIMITADA de la PRISIÓN PREVENTIVA, para lo cual señalaremos la mecánica en forma ilustrada:

LA APREHENSIÓN DEBERÁ SER COMUNICADA POR LA POLICÍA NACIONAL A MÁS TARDAR DENTRO DE LAS 6 HORAS ——— La comunicación la debe efectuar al MINISTERIO PÚBLICO y al JUEZ PENAL.

Si no lo comunica en el plazo legal, contrae RESPONSABILIDAD PENAL.

Si existe comunicación, el MINISTERIO PÚBLICO puede DECRETAR LA DETENCIÓN PREVENTIVA, en cuyo caso, la misma no puede durar más de 48 HORAS.

Dentro de las 24 horas debe poner al imputado a disposición del JUEZ PENAL.

Si el MINISTERIO PÚBLICO estima que no existen elementos para imputar, puede DISPONER LA LIBERTAD DEL IMPUTADO, bastando una simple comunicación a la POLICÍA (en cualquier forma).

**ATENCIÓN:** ANTES DE DECRETARSE ALGUNA MEDIDA CAUTELAR O AÚN, DECRETADA QUE FUERE Y SI LA MISMA TODAVIA NO SE EJECUTÓ (NO SE CUMPLIÓ EFECTIVAMENTE), EL IMPUTADO O SU APODERADO, PUEDE SOLICITAR LA EXIMICIÓN (POR ESCRITO U ORALMENTE), LA QUE SERÁ RESUELTA INMEDIATAMENTE SI ES QUE PROCEDE.

SI NO CONSIDERA PROCEDENTE, EXIGIRÁ EL CUMPLIMIENTO DE LA MEDIDA DECRETADA POR RESOLUCIÓN FUNDADA.

CON LA IMPUTACIÓN DEL FISCAL, PUEDE SOLICITAR QUE SE APLIQUE LA PRISIÓN PREVENTIVA, con el derecho de ser oído previamente, o;

En su defecto, que se apliquen MEDIDAS SUSTITUTIVAS en los términos del artículo 245 del NCPP (las MEDIDAS CESAN DE PLEN0 DERECHO A LOS 2 AÑOS DE DICTADAS,

SI EN DICHO LAPSO NO HUBIESE COMENZADO LA AUDIENCIA DEL JUICIO ORAL

**SI EL JUEZ CONCEDE LA EXIMICIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ( DEJANDO SIN EFECTO LA DETENCIÓN O LA PRISIÓN PREVENTIVA), PUEDE ACTUAR DE DOS MANERAS:**

- ✓ ✓ Otorgando MEDIDAS ALTERNATIVAS según los términos del ART. 245 (DANDO ESPECIAL TRASCENDENCIA A LA CAUCIÓN JURATORIA DEL IMPUTADO, COMO REGLA ALTERNATIVA O SUSTITUTIVA), o;
- ✓ ✓ CONVOCANDO AL IMPUTADO A PRESTAR DECLARACIÓN, SI ES QUE LO DESEA, LUEGO DEL CUAL DEBERÁ DISPONER SU LIBERTAD O, EN SU DEFECTO, APLICAR LA PRISIÓN PREVENTIVA POR RESOLUCIÓN FUNDADA.

#### **PRINCIPIO CAUTELAR EMINENTE.**

Conocido también como PRINCIPIO DE EVITACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO PENA ANTICIPADA. A este respecto, el **ARTÍCULO 254 DEL NCPP** establece que toda persona prevenida con la prisión debe ser TRATADA COMO INOCENTE (como correlato del principio de presunción de inocencia constitucionalmente consagrado), para lo cual exige que el prevenido debe:

- ✓ ✓ CUMPLIR LA MEDIDA EN LUGARES ESPECIALES Y DIFERENTES A LOS DESTINADOS A LOS CONDENADOS;
- ✓ ✓ SU MOVIMIENTO INTERNO ESTARÁ SUJETO A LAS MODALIDADES DE LAS REGLAS ADMINISTRATIVAS PENITENCIARIAS, PERO NUNCA CONSTITUIRÁ UNA ASIMILACIÓN AL TRATO DISPENSADO A LOS CONDENADOS;
- ✓ ✓ PODRÁ DISPONER DE CIERTAS COMODIDADES QUE PERSONALMENTE PUEDA ACCEDER, SIEMPRE QUE ESTO NO CONSTITUYA UN MENOSCABO DE LOS OTROS PREVENIDOS, YA QUE EL ESTÁ PREVENIDO AL SÓLO EFECTO DE ASEGURAR SU COMPARECENCIA AL JUICIO;
- ✓ ✓ CUALQUIER DISTORSIÓN DE ESTA NATURALEZA CAUTELAR, PODRÍA GENERAR UNA SOLICITUD DEL JUEZ PENAL (ENCARGADO DE VELAR EL CUMPLIMIENTO FEHACIENTE DE ESTAS FORMAS) LA REVOCATORIA O EXCARCELACIÓN DEL MISMO ----- para lo cual el JUEZ TENDRÁ UN PLAZO MÁXIMO DE 24 HORAS PARA RESOLVER, CASO CONTRARIO SE APLICA LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 141 DEL NCPP.

#### **EN CONCLUSIÓN:**

***SI BIEN ES POSIBLE IMPLEMENTAR LA FUERZA PENAL ESTATAL DURANTE LA TRAMITACIÓN DE UN PROCESO, DICHA FUERZA SÓLO SERÁ CONSTITUCIONALMENTE JUSTIFICABLE, SI ES PROPORCIONAL A LA VIOLENCIA PROPIA DE LA PENA ESPECTADA, SI SU APLICACIÓN ES RESTRINGIDA A CASOS EXCEPCIONALES, CIÑÉNDOSE, PARA ELLO, A REQUISITOS SUSTANCIALES (MÍNIMA SOSPECHA RAZONABLE DE SU PARTICIPACIÓN EN UN HECHO PUNIBLE) Y PROCESALES (ANTE LA SOSPECHA DE FUGA,***

**OCULTACIÓN U OBSTRUCCIÓN DE UN ACTO CONCRETO DE INVESTIGACIÓN POR PARTE DEL IMPUTADO); TODO ELLO, SIEMPRE QUE LA MEDIDA TENGA UNA DURACIÓN PRECISAMENTE LIMITADA EN EL TIEMPO Y SI SE LA EJECUTA, TENIENDO EN CUENTA SU DIFERENCIA ELEMENTAL CON LA SANCIÓN QUE SOLAMENTE ES PERMITIDA CUANDO EXISTA UNA SENTENCIA CONDENATORIA Y QUE DICHAS CIRCUNSTANCIAS, SIEMPRE, PRECEDAN EN UNA RESOLUCIÓN FUNDADA.**

Atendiendo a los principios enunciados, las demás figuras que coadyuvan con el buen funcionamiento de las MEDIDAS CAUTELARES DE ORDEN PERSONAL en el proceso penal, también se ciñen a los mismos parámetros antes indicados. Así tenemos que cuando sea NECESARIO **ALLANAR RECINTOS PRIVADOS** para cumplir con la orden restrictiva de libertad, también deberá constar esta autorización en la orden de autoridad competente.

Es indudable que la gran discusión que se trasunta respecto al tema es cuando existe la URGENCIA DEL CASO para posibilitar el éxito de la aprehensión, detención o prisión preventiva; en circunstancias como éstas, EXCEPCIONALMENTE, los **ARTÍCULOS 187 y 188 DEL NCPP** permiten *prescindir* de esta exigencia legal, porque se trata de personas que son perseguidas o que se ocultan en un recinto privado, o, como ordinariamente ocurre, se procede al allanamiento para evitar la comisión de un hecho o porque existen voces de auxilio que reclaman la presencia de autoridades para evitar daños a la persona o bienes del ocupante.

## **ASPECTOS CONFLICTIVOS QUE SE OBSERVAN AL INTERPRETAR LAS NORMAS QUE REGULAN LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL.**

### **1. LA EXIMICIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y SU DISEÑO NOVEDOSO QUE DIFIERE DE LA DEROGADA LEY N° 122/91.**

La eximición es un instituto que se funda en la voluntaria adhesión del imputado al procedimiento, guarda estrecha vinculación con la espontaneidad de su presentación antes de que se aplique una medida cautelar contra su persona, claro está, siempre que se reúnan las condiciones procesales y sustanciales que justifiquen su implementación.

A los efectos de abordar con mayor especificidad y facilidad este instituto, nos formularemos varias interrogantes y trataremos de exponerlas a modo de respuesta, todo esto, con la finalidad de discernir adecuadamente el espíritu de las normas procesales de referencia.

#### **¿Eximir y excarcelar son la misma cosa?.**

Precisamente los institutos difieren en cuanto al momento y las circunstancias particulares que enfrenta el imputado ante el decreto de una medida cautelar personal.

La eximición es un instituto previsto para los primeros momentos de la imputación o, al menos, la existencia de una imputación genérica que surge de algún acto de coerción inicial en la investigación desplegada por el fiscal *v. gr. allanamiento con determinación del titular del recinto como probable partícipe del hecho en cualquiera de los grados que señala el Código Penal*, mientras que la excarcelación es un instituto que se ejerce con posterioridad al decreto y ejecución de la medida cautelar más fuerte en la clasificación prevista en el CPP (la prisión preventiva).

Profundizando un poco más, diríamos que la eximición presenta al imputado frente a una situación en la que todavía no se ejecuta la medida cautelar o existe una inminencia de su decreto contra su persona y en este último caso, equivaldría en una suerte de paralelismo con el “hábeas corpus preventivo” ya que la solicitud se ejerce bajo cualquier forma ante el magistrado a los efectos de que examine su situación procesal y pueda discernir que el mismo no obstaculizará la investigación o con su conducta de avenimiento disipe las dudas acerca de su probable ocultamiento o fuga; si es que el juez considera justificados los extremos para una eximición, la otorga inmediatamente y este, de oficio a pedido del mismo solicitante, aplica medidas alternativas a la prisión preventiva, en caso contrario, al desestimar la eximición por resolución fundada deberá señalar los motivos que permiten discernir que el mismo merece la medida más gravosa, decretando así la prisión preventiva.

La **excarcelación** exige como situación preexistente, el cumplimiento efectivo de la medida cautelar, la ejecución de la medida, y es por eso que su trámite se sujeta a un procedimiento señalado en el artículo 250 del CPP.

En consecuencia, **eximir** es el acto de beneficiar al imputado de la ejecución de una medida cautelar decretada o que podría decretarse, mediante el avenimiento voluntario del mismo a las resultas del procedimiento, pudiendo para tal efecto ofrecer salidas alternativas (la caución juratoria, por preferencia como lo indica el mismo NCPP) que mitiguen cualquier restricción más grave de su libertad como acontecería con el decreto de la prisión preventiva; mientras que **excarcelar** es un derecho procesal del imputado privado de su libertad para que se revise –de oficio cada tres meses o cuando lo solicite el interesado- su situación restrictiva de libertad y si las circunstancias gravosas de su prisión se disiparon por efecto de actos posteriores al decreto, se le sustituya por medidas alternativas.

#### **¿Es apelable la eximición?**

Siguiendo el criterio del artículo 253, es apelable ya que la denegación de la eximición constituye una confirmación de la orden de privación libertad (detención preventiva, fundamentalmente).

Ahora bien, si nos encontramos frente a un imputado que todavía no soporta una medida cautelar, pero a raíz de informaciones que por cualquier conducto perciba se pueda sostener la inminente aplicación de una restricción, no estaríamos ingresando dentro de los supuestos del artículo 253.

Aún así, tal extremo no es suficiente para concluir con una restricción del imputado de recurrir las medidas cautelares que le afectan, por lo que cotejando el artículo 253 con el artículo 10 del mismo cuerpo legal, por interpretación extensiva, entenderíamos que la desestimación de la eximición puede causar agravio y cobra predicamento el derecho recursivo frente a la situación analizada.

#### **¿Qué requisitos debe reunir la eximición para formularla al juez?**

El CPP no señala requisito formal alguno, solamente pondera que la petición deberá formularse por sí o por apoderado, en forma verbal o escrita, por lo que resulta prioritario señalar aquí que la presentación deberá estar fundamentada a fin que el magistrado pueda expedirse conforme a dichos argumentos, cotejando la pertinencia o no del planteamiento.

No es obligación del magistrado que entiende en la eximición oír previamente a las demás partes, si es que las hay, porque es un derecho específico para el imputado, sin perjuicio que el Fiscal pueda recurrir la admisión de la eximición siempre dentro de los alcances del artículo 253 (ya que en los hechos se rechaza la aplicación efectiva de la medida decretada por el agente fiscal).

**¿Si el juez no se expide inmediatamente, cuál es el sentido que se puede brindar a la omisión de resolución judicial?**

La obligación de expedirse inmediatamente es cuando proceda la eximición, lo que en los hechos no ocurre. Lo que cabe aquí aplicar es el siguiente esquema: si no hay plazo, por remisión al artículo 133 que exige un plazo de tres días a los jueces para resolver los requerimientos provenientes de las partes, si en dicho lapso no se expide, el interesado deberá urgir pronto despacho y si aún así impera la mora, se puede aplicar –y esto por estricto ajustamiento a los artículos 5, 10, 249 y 141 del NCPP- la *resolución ficta* en el sentido que se entenderá por admitida la eximición sobre la base del planteamiento del interesado. Esta postura se sustenta en la normativa que regula todos los institutos cautelares, ya que todo lo que concierne a dicha materia proviene de un tratamiento especializado con el agregado del capítulo de control de duración del procedimiento que permite resoluciones fictas.

Nuevamente cobra plena vigencia el principio de interpretación analógica en materia de medidas cautelares, inserto en el artículo 10 y en estricto correlato de los artículos 17.1 de la Constitución Nacional y 5 del CPP.

## 2. LA DETENCIÓN PREVENTIVA EMANADA DEL FISCAL: ¿COLISIONA CON LOS PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES PARA PRIVAR LA LIBERTAD LOCOMOTIVA DE LAS PERSONAS?.

He leído en algunos trabajos y obras que un punto aparentemente de cuestionamiento – hasta con cierta severidad que supuestamente orillarí­a con el escándalo legal- es el relativo a la potestad conferida a los fiscales para decretar detenciones preventivas mediante resolución, fundándose la objeción en que el CPP establece criterios restrictivos para la interpretación de las medidas cautelares y que en su Libro, más precisamente en el **artículo 234** se expresa lo siguiente: “...Las medidas cautelares sólo serán impuestas, excepcionalmente, siempre mediante resolución judicial fundada...”.

Esta norma impediría -al menos en un análisis poco exhaustivo- que los fiscales se arroguen funciones jurisdiccionales, confundiendo las expresiones “judicial” con lo “jurisdiccional”, misma caracterización que se pretendió sostener para señalar que el Ministerio Público no forma parte del Poder Judicial, a pesar que en el propio TÍTULO DEL PODER JUDICIAL, la Constitución ubica al Ministerio Público como uno de sus órganos componentes.

A estos efectos, me parece oportuno señalar lo que alguna vez se esbozó para fundamentar el carácter **judicialista** que embebe el **Ministerio Público**, sin que por ello se colisione con el **principio exclusivo de jurisdicción conferido a los jueces y tribunales de la República**.

“...El sistema tripartito de funciones que las constituciones de corte republicano-democrático determinan al Estado conduce a la asignación especializada de actividades a oficinas o entidades orgánicas para la satisfacción de las necesidades propias a cada quehacer; entre las funciones esenciales del Estado se destaca la **jurisdiccional** avocada al conocimiento de los asuntos contenciosos producidos por el incumplimiento de una norma que integra el ordenamiento jurídico estatal.

En otras palabras, se le confiere una parcela de la soberanía estatal interna para "administrar" justicia conforme a los valores constitucionales; esa función llamada **judicial** -sinónima de jurisdiccional- llevó a confusiones doctrinarias para saber exactamente si la palabra “jurisdicción” congloba la expresión "judicial" o viceversa.





CUYA PRESENCIA NO EXISTIRÍA UNO DE LOS SOPORTES DE LA INDEPENDENCIA DE LA FUNCIÓN DE LOS JUECES, CUAL ES, LA IMPARCIALIDAD.

En otras palabras, SIN MINISTERIO PÚBLICO LA FUNCIÓN REQUERENTE NO EXISTIRÍA Y ESTO, A SU VEZ, IMPLICARÍA QUE LOS JUECES SE SUBROGUEN TAL MENESTER –COMO OCURRÍA EN EL MODELO INQUISITIVO- Y CON ELLO MENGUAR O ASFIXIAR LA IMPARCIALIDAD DE AQUELLOS COMO ATRIBUTO INESCINDIBLE DE UN DEBIDO PROCESO PENAL REPUBLICANO.

Esa función atribuida en exclusividad por la Constitución al Ministerio Público se la conoce bajo la denominación de poder “**REQUERENTE**”, es decir, el de provocar el funcionamiento de la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción penal pública para lograr la actuación de la ley (sustantiva y adjetiva) para que se haga justicia mediante la acumulación de información probatoria, que será discernida por el tribunal competente, el cual emitirá una declaración con carácter definitivo acerca de la voluntad de la ley que debe expresarse en sentido positivo o negativo, claro está, en el caso concreto sometido a su consideración.

El Ministerio Público, entonces, cumple una función judicial sujeta a principios de "oficialidad", "objetividad" y "legalidad", pero en parte alguna puede traducirse como comprendida en la "actividad jurisdiccional", que, repetimos, pertenece exclusivamente al juez o tribunal. Esta **inserción judicial del Ministerio Público** quedaría depreciada si es que no se le adosa el ingrediente de la **AUTONOMÍA**. En tal sentido, **AUTONOMÍA Y JUDICIALIDAD** son conceptos auto-adheridos, porque de nada sirve el carácter **judicial** del Ministerio Público si luego él queda subordinado a otro de los órganos del Poder Judicial como podría ser la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de la Magistratura, ya que –como se ha dicho- una simple injerencia o dependencia, siquiera mínima del **MINISTERIO PÚBLICO**, **NO LO HACE MENOS DEPENDIENTE** “...sino, antes bien, *dependiente* de una autoridad distinta de la tradicional: el Poder Ejecutivo” (**MAXIMILIANO RUSCONI: "Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del Ministerio Público", Doctrina Penal, Año 13, No. 99, p. 52). DEBE QUEDAR CLARO, PUES, QUE EL MINISTERIO PÚBLICO INTEGRA EL PODER JUDICIAL, NO DEPENDE DE ÉL.**

En conclusión y debemos ser reiterativos en que la decisión básica de la **Constitución de 1992** ha sido que el **MINISTERIO PÚBLICO NO DEPENDE DE OTRO ÓRGANO DEL ESTADO Y PARA GARANTIZAR ESA INDEPENDENCIA SE LO HA INTEGRADO AL PODER JUDICIAL, NO SE LO HA HECHO DEPENDER DE NINGÚN ÓRGANO DE ESE PODER...**<sup>1[1]</sup>

Conforme a la explicación que antecede es imprescindible para responder a esta aparente contradicción, efectuar un paralelismo entre Constitución Nacional y Código Procesal Penal para ubicarnos en una dimensión lo más cercana posible a la ideología trasuntada en el cuerpo ritual de corte medianamente acusatorio.

El **artículo 11 de la CN** señala que “*Nadie será privado de su libertad física o procesado, sino mediando las causas y en las condiciones fijadas por esta Constitución y las leyes*”, lo que no hace otra cosa que ratificar dos presupuestos: a) motivación del acto restrictivo de la libertad (fundamento preciso y detallado de las razones que mueven al órgano judicial aplicar una medida

restrictiva), y; b) las condiciones de procedibilidad para decretar la medida (conurrencia de ciertos presupuestos, órganos habilitados expresamente para ello y limitaciones precisas porque se pone en riesgo la libertad personal).

Y sigue la Ley Fundamental diciendo en el siguiente precepto –**el artículo 12-** lo siguiente: **“Nadie será DETENIDO ni arrestado sin ORDEN ESCRITA DE AUTORIDAD COMPETENTE, salvo caso de ser sorprendido en flagrante comisión de delito que mereciese pena corporal...”**, con lo cual se colman los dos presupuestos constitucionales antes indicados, vale decir, que exista una orden (resolución judicial) escrita con mención de las causas (fundamentos) y que la norma secundaria reglamente cuál orden escrita será la válida, diciendo que es aquella proveniente de una autoridad competente.

La pregunta que uno se formula, es la siguiente: **¿cuál es la autoridad competente para dictar una orden de detención?**

La norma secundaria señala que el órgano autorizado es el Ministerio Público que emite una resolución judicial únicamente para este caso, ya que siendo el Ministerio Público un componente (órgano) del Poder Judicial, carece de jurisdicción (para resolver los asuntos de carácter contencioso como lo estipula la Constitución) más no de poder coercitivo para el cumplimiento de sus funciones que, precisamente, están discriminadas en el texto secundario, o sea, el Código Procesal Penal.

Lo de **resolución judicial** es una expresión *lata* para este caso, una atribución para el Ministerio Público, conforme a las causas expresamente señaladas en el artículo 240 del NCPP. La interpretación de las potestades resolutorias del Ministerio Público no deben ir más allá de lo que se reglamenta conforme lo permite el **artículo 11 y 12 de la Constitución Nacional**.

No ingresaré por aspectos relativos al rigorismo de “prurito académico”, porque el texto procesal penal se sustenta en un modelo de enjuiciamiento mucho más garantista que cualquier otro texto de la misma materia, sin desmerecer los puntos conflictivos que lógicamente se producen en un ámbito en el que perfectamente entran en su punto de máxima tensión los fundamentos mismos del sistema: “garantía” versus “eficiencia”.

Lo que debe quedar claro que la discusión no se puede llevar al plano de un déficit constitucional, porque dicho texto impone unas pautas que se han reglado convenientemente en el título de las medidas cautelares.

Es por eso que cuando se usa la expresión “resolución judicial” en el ámbito de las medidas cautelares, estrictamente, es un término que abarca las clases de medidas, con sus presupuestos y órganos encargados de aplicarlas.

Ni más, ni menos, porque la interpretación de estas medidas debe consolidarse con un criterio restrictivo pero en lo que se refiere a los motivos que taxativamente se señalan en el texto ritual.

En consecuencia, no existe tampoco una **superposición de facultades resolutivas entre órganos jurisdiccionales y demás órganos de la función judicial (inclúyase el Ministerio Público)**, porque la nomenclatura es **“genérica”** y las **“especificaciones”** se dan para cada situación procesal; **es evidente que los jueces resolverán todos los asuntos sometidos a su conocimiento y en su función de dirimir conflictos, expidiéndose por las tres formas antes indicadas**, pero tampoco se debe desconocer que el CPP regula como **potestades de emitir resoluciones (artículo 55) a los fiscales en los casos expresamente señalados, y uno de esos casos, es el de decretar detenciones preventivas con unas limitaciones que para nada se asemejan a las facultades amplias que disponían los jueces inquisitivos del viejo modelo**.

Después de todo, la discusión gira en torno a la supuesta prepotencia y abuso que los fiscales hacen de dicha facultad y acaso el problema no es siempre el mismo: cambian las

prerrogativas y funciones orgánicas, pero tales vicios se originan precisamente en el *mandonerismo* que se impregna en el carácter de nuestros funcionarios y en la *permisividad* del sistema de selección de magistrados que contiene los mismos vicios que criticamos del "status quo" anterior; sin una modificación sustancial de estos patrones seguiremos mirando el "arbusto" y no el "bosque", porque el problema es **estructural, con incendios crónicos y lo que se está haciendo, de vez en cuando, con la denuncia de un sector de la opinión pública, es apagar incendios coyunturales, sin analizar las causas que la originan con la gravedad crónica.**

### 3. LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS O SUSTITUTIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Las medidas cautelares de orden personal previstas en el Código Procesal Penal han planteado una serie de discusiones en el ámbito académico, forense y trasladadas al ámbito de los medios de comunicación con la consecuente formación de una opinión pública desfavorable acerca de su "eficacia" como herramienta válida en la lucha contra la delincuencia cada vez más enquistada en el seno de nuestra conflictiva sociedad. Mucho se le achaca al instituto cautelar de privación de libertad y de una manera muy superficial se considera que es la causante del "auge" de la criminalidad enseñoreada en nuestra nación, pero si auscultamos el contenido de las normas y su correspondiente aplicación a cargo de los jueces y tribunales, notaremos que el problema radica -cuando no- en la falta de una coherencia doctrinaria e ideológica que conlleva cada institución que pretende cautelar derechos de factura constitucional.

En efecto, el "punto neurálgico" de la discusión se concentra en la aplicación de las denominadas MEDIDAS ALTERNATIVAS O SUSTITUTIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA que, como bien sabemos, es una forma novedosa que permite que la persona imputada en la perpetración de un hecho punible pueda seguir sometida al proceso penal sin la efectiva privación de libertad, permitiéndosele recibir, como contrapartida, algunas restricciones que precisamente no se concentran en su reclusión en un establecimiento penitenciario que, por cierto, es una entidad reservada para los condenados.

No podemos negar que la Constitución Nacional de 1992 es el principal instrumento que habilita la inclusión de tales instituciones que minimizan el rigor de una privación de libertad durante el proceso, todo esto, a la luz de tres preceptos concretos: los artículos 17. 1 , 17.3 y 19 respectivamente.

Los enunciados de los preceptos en cuestión preservan la presunción de inocencia de las personas hasta que no exista una sentencia condenatoria firme y ejecutoriada emanada de un juicio previo que, a su vez, se funde en una ley anterior; aunque, permite la privación de la libertad del prevenido durante la sustanciación del proceso para casos indispensables y estrictamente necesarios.

De esta manera, postular la "inviabilidad procesal" de medidas que atenúen el rigor de la prisión preventiva -*artículo 19 de la Constitución Nacional*- sería un contrasentido y aún más, una directa colisión con postulados constitucionales consolidados, a más de su contradicción con el derecho internacional vigente, *v. gr. el Pacto de San José de Costa Rica*.

En consecuencia, las voces disuasivas acerca de la "reforma parcial" del Código Procesal Penal en lo concerniente a las medidas alternativas o sustitutivas tendrían que dirigir sus requerimientos de "cambio" hacia una Constituyente y no hacia el accionar del poder constituido.

Empero, no se puede desconocer la realidad socio-política la que a su vez "acorrala" a los operadores de la reforma del sistema penal, ya que las "distorsiones" que se produjeron a la luz de la mala praxis de estos institutos, no es producto de una deficiente o complaciente redacción de las normas de referencia, sino por la notoriedad de muchos casos en los que se presume que ciertos magistrados otorgaron a "imputados" de "portento económico o político", dichas medidas que, a lo mejor -y esto cae en el campo de la especulación- en circunstancias absolutamente transparentes, jamás hubieran merecido semejante beneficio procesal.

La eternización de estos problemas que tienen su explicación en una historia judicial plagada de arbitrariedades, sometimientos al poder político y una galopante corrupción, como

tales, no pueden desconocerse, aunque no por ello se deba admitir sin tapujos la propuesta de la contrarreforma que aún así, es superficial; ya que mientras no se adopten correcciones profundas en el accionar de los magistrados sospechados de prevaricar cualquier propuesta legislativa carecerá de soporte con nuestra realidad política.

Estas son las razones por las que considero oportuno abordar, con cierta repetición, las medidas cautelares de orden personal concentrándome en la mecánica y procedimiento que se confieren a las medidas alternativas y sustitutivas a la prisión preventiva.

El primer problema que confrontamos a la luz de diversos fallos emanados de Tribunales de Apelación, es la falta de precisión conceptual de las MEDIDAS ALTERNATIVAS y SUSTITUTIVAS, lo que se agrava más si consideramos que realizan una "interpretación pretoriana" en cuanto al significado terminológico, sin parar mientes que la discusión se resolvería con una simple lectura del DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA en la cual se pueden escudriñar, con una precisión estimulante, los alcances de ambos términos.

Así tenemos que ALTERNATIVA es la *"acción o derecho que tiene cualquier persona o comunidad para ejecutar alguna cosa o gozar de ella, alternando con otra... 3. OPCIÓN ENTRE DOS COSAS O MAS (...)"*, por lo que se puede deducir con meridiana claridad que la ALTERNATIVA no es más que toda situación que permite a una persona hacer valer su derecho, mediante una petición concreta (ejerciéndolo) de optar entre dos o más cosas o circunstancias.

En sentido distinto se tiene que la expresión SUSTITUCIÓN no es más que *"poner a una persona o COSA en lugar de otra"*, lo que permite discernir sin mayores profundizaciones que la hipótesis de una sustitución implica una situación preexistente que puede cambiar por otra distinta más o menos gravosa que la anterior.

De las locuciones analizadas en su verdadero significado podemos colegir que la ALTERNATIVA es un derecho de opción entre dos situaciones o más que implica la inexistencia de un estado anterior respecto a la materia que se pone a consideración optativa del elector (llámese persona que debe tomar la decisión o ejercer una solicitud en tal sentido); mientras que la SUSTITUCIÓN parte de una situación concreta preexistente que se pretende abandonar mediante la opción de alterarla significativamente con mayor o menor gravedad, ofreciendo una cosa, persona o situación a cambio de la soportada.

La simple lectura de estos significados idiomáticos se traslada con la misma envergadura y sentido al léxico jurídico, ya que el artículo 245 del CPP dispone: "MEDIDAS ALTERNATIVAS o SUSTITUTIVAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. Siempre que el peligro de fuga o de obstrucción pueda ser evitado por la APLICACIÓN DE OTRA MEDIDA MENOS GRAVOSA PARA LA LIBERTAD DEL IMPUTADO, el Juez, de oficio, PREFERIRÁ IMPONERLE EN LUGAR DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, alguna de las alternativas siguientes (...)"

Nótese que la expresión PREFERIRÁ IMPONERLE EN LUGAR DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, ya trasluce la verdadera naturaleza de las MEDIDAS ALTERNATIVAS a la PRISIÓN PREVENTIVA, convirtiéndose así en la **NOMENCLATURA GENÉRICA**, ya que es lógico que ANTES DE IMPONER O DECRETAR la PRISIÓN PREVENTIVA, el Juez Penal "de oficio" podrá IMPONER (DECRETAR) varias alternativas que minimicen el rigor extremo de una privación efectiva de la libertad.

Estamos hablando de una fase en la que el IMPUTADO TODAVÍA NO ESTÁ PRIVADO EFECTIVAMENTE DE SU LIBERTAD por el instituto de la PRISIÓN PREVENTIVA, sino que podría encontrarse en una de estas hipótesis posibles: a) fue

detenido preventivamente por el Fiscal; b) fue aprehendido por la Policía Nacional, o; c) no padece restricción alguna de su libertad locomotiva.

En cualquiera de las situaciones se tiene que LA PRISIÓN PREVENTIVA NO HA SIDO DECRETADA O IMPUESTÁLE por lo que sería redundante que el JUEZ PENAL deba DECRETARLA previamente -ya que el texto legal es demasiado claro cuando dice "...PREFERIRA IMPONERLE EN LUGAR DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, ALGUNA DE LAS ALTERNATIVAS SIGUIENTES: (...)" -antes de proceder a la concesión de las ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA-.

La "**especie**" que denominamos aquí MEDIDAS SUSTITUTIVAS en el contexto gramatical que precedentemente transcribimos es una consecuencia de una situación preexistente y que no es otra que la PRIVACION EFECTIVA DE LA LIBERTAD POR VÍA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA que soporta la persona del imputado.

Tal afirmación encuentra sustento en lo dispuesto por el artículo 252 del CPP que señala: "*REVOCACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. La prisión preventiva será revocada: 1) cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o torne conveniente su SUSTITUCIÓN POR OTRA MEDIDA (...)*". El título del mismo artículo 252 ya nos anticipa el marco situacional en el cual debe otorgarse la SUSTITUCION POR OTRAS MEDIDAS que son las ALTERNATIVAS (el "género"), ya que nos dice expresamente que parte de un presupuesto fáctico prevaleciente, la PRISION PREVENTIVA EN PLENA EJECUCION, lo que sólo puede reverse (REVOCARSE) si el Juez Penal considera conveniente su SUSTITUCIÓN por otras medidas ALTERNATIVAS a la medida más gravosa ya impuesta, erigiéndose así en herramientas de menor restricción a la libertad del imputado.

Por si no fuera bastante y para cerrar esta discusión estrictamente formalista -desde la perspectiva de los fallos de Tribunales de Apelación en lo Criminal- la constatación de todo cuanto se apuntó al respecto se nutre de otra norma más: el artículo 250 del Código Procesal Penal que reza: "*EXCARCELACIÓN y REVISIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES. El juez, de oficio o a petición de parte, DISPONDRÁ LA INMEDIATA LIBERTAD DEL IMPUTADO CUANDO NO CONCURRAN LOS PRESUPUESTOS PARA EL AUTO DE PRISIÓN PREVENTIVA. El juez examinará la vigencia de las MEDIDAS CAUTELARES PRIVATIVAS DE LIBERTAD CADA TRES MESES, y en su caso, LAS SUSTITUIRÁ POR OTRAS MENOS GRAVOSAS (siempre se refiere a las MEDIDAS que aquí "genéricamente" son las ALTERNATIVAS) atendiendo a la naturaleza del caso o dispondrá su libertad*" (LA EXCARCELACIÓN PROPIAMENTE).

De la lectura se ratifican las precisiones conceptuales que debemos adoptar para usar el instituto de las MEDIDAS ALTERNATIVAS o SUSTITUTIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA, ya que una cosa es el CATALOGO DE PROPUESTAS QUE ATENUEN EL RIGOR DE UNA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD y otra muy distinta es el MOMENTO PROCESAL EN QUE PUEDA ACONTECER UNA CIRCUNSTANCIA QUE AMERITE LA APLICACIÓN O NO DEL CATÁLOGO.

El catálogo que lo conglobamos genéricamente bajo la locución MEDIDAS ALTERNATIVAS constituye la PROPUESTA DE SALIDAS MENOS TRAUMÁTICAS COMO INDUDABLEMENTE CONSTITUYE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD A UNA PERSONA IMPUTADA QUE, A PESAR DE SOPORTAR UN PROCESO PENAL, CONSTITUCIONALMENTE SE LA PRESUME INOCENTE y como tal, siempre que no se aplique o ejecute la PRIVACIÓN DE LIBERTAD MÁS GRAVE DENTRO DEL PROCESO, cual es, la PRISIÓN PREVENTIVA, se la puede ALTERNAR -sin necesidad de

*decretar previamente la prisión-* por las SALIDAS O MEDIDAS enumeradas al sólo efecto **enunciativo**<sup>2[2]</sup> en el mencionado ARTÍCULO 245 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

Ahora bien, producida la PRISION PREVENTIVA que la soporta una persona imputada, por vía de REVISIÓN podrá solicitar su **EXCARCELACIÓN (LIBERTAD LOCOMOTIVA PLENA) o la SUSTITUCION POR OTRAS MEDIDAS ALTERNATIVAS QUE GENERICAMENTE CONSTITUYEN EL CATÁLOGO DE SALIDAS MENOS GRAVOSAS QUE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD.**

La explicación que antecede es compatible con los criterios de EXCEPCIONALIDAD, PROPORCIONALIDAD y EVITACIÓN DE LA PENA ANTICIPADA que constituyen las normas "rectoras" en lo concerniente a las MEDIDAS CAUTELARES DE ORDEN PERSONAL y cualquier otra interpretación que postule, a manera de ejemplo, que la prisión preventiva es indispensable decretarla para posteriormente determinar si corresponde alguna medida alternativa o sustitutiva, no solamente tergiversa los preceptos antes señalados, sino la propia Constitución Nacional que en su ARTÍCULO 19 caracteriza a esta institución como susceptible de ser APLICADA SÓLO EN LOS CASOS INDISPENSABLES.

Finalmente, el relato explicativo adquiere mayor fortaleza jurídica con un pronunciamiento de la SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA que resolvió un RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN que cuestionaba la NULIDAD DE UNA RESOLUCIÓN DE UN TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA y que alegaba que para la IMPOSICIÓN DE UNA MEDIDA ALTERNATIVA O SUSTITUTIVA A LA PRISIÓN PREVENTIVA, antes el Juez debía IMPONER LA PRISIÓN PREVENTIVA y recién después optar o sustituir dicho instituto por otra menos gravosa.

Los argumentos de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA echan por tierra ese criterio *inquisitivo* que pervive en la mentalidad de muchos operadores de justicia penal y lo resumo en los siguientes extractos que me parecen esenciales traerlos a colación para destacar la magnitud de todo lo expresado hasta aquí.

“...Esta última es la decisión que se considera "contradictoria" con dos faltos anteriores que resolvieran... las MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA. Esta Sala Penal debe analizar el contexto del ARTÍCULO 245 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL que a su vez, es una reglamentación precisa y “directa” del principio de EXCEPCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA consagrado por el ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA y en este sentido, se tiene que dicha norma se inicia con el título de: “MEDIDAS ALTERNATIVAS O SUSTITUTIVAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA”, con lo cual, en el buen castellano se tiene una diferencia de la OPORTUNIDAD PROCESAL para ser impuestas una o más medidas alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva. EN EFECTO, EL VOCABLO “ALTERNATIVO” SIGNIFICA “SE APLICA A LAS COSAS QUE OCURREN O SE HACEN CON ALTERNACIÓN; UNA VEZ DE UNA MANERA Y OTRA DE OTRA; UNA VEZ EN UN SENTIDO Y OTRA EN OTRO SENTIDO”, MIENTRAS QUE EL VOCABLO “SUSTITUCIÓN” SIGNIFICA “ACCIÓN DE SUSTITUIR”, y “SUSTITUIR” SIGNIFICA “PONER A UNO EN LUGAR DE OTRO”. LOS CONTENIDOS CONCEPTUALES ESTÁN EN EL DICCIONARIO DE USO DEL ESPAÑOL, TOMOS I y II DE MARÌA MOLINER, EDITORIAL “GREDOS”. COMO SE PUEDE COLEGIR DE LAS

---

DOS EXPRESIONES, ES INDUDABLE PARA ESTA SALA PENAL QUE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS SON DISTINTAS HIPOTESIS QUE PUEDEN APLICARSE SIN QUE ELLO IMPLIQUE SUSTITUIR ALGO CONCRETO YA ESTABLECIDO, O SEA, SE TIENEN VARIAS POSIBILIDADES -EN CUANTO A UNA DECISIÓN PARTICULAR- QUE AMERITA LA “OPCIÓN” DEL JUEZ PENAL SOBRE AQUÉLLAS, DETERMINANDO POR CUALES REALMENTE OPTA y APLICA CONSECUENTEMENTE; MIENTRAS QUE LAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS SE DAN UNA VEZ QUE SE TIENE UNA SITUACIÓN CONCRETA YA RESUELTA Y SE OPTA POR MODIFICARLA POR OTRA QUE EN ESTE CONTEXTO, PRETENDE AMINORAR LOS EFECTOS PERNICIOSOS DE LA RESTRICCIÓN DE LIBERTAD DURANTE LA TRAMITACIÓN DE UN PROCESO. En este contexto si analizamos literalmente lo que reza el ARTÍCULO 245 DEL CODIGO PROCESAL PENAL se tiene cuanto sigue: “Siempre que el peligro de fuga o de obstrucción pueda ser evitado POR LA APLICACIÓN DE OTRA MEDIDA MENOS GRAVOSA PARA LA LIBERTAD DEL IMPUTADO, EL JUEZ, DE OFICIO, PREFERIRÁ IMPONERLE EN LUGAR DE LA PRISION PREVENTIVA, ALGUNA DE LAS ALTERNATIVAS SIGUIENTES (...)”, es decir, señala claramente la EVITACIÓN POR OTRA MEDIDA QUE AÚN NO FUE DISPUESTA, y mejora la explicación del texto legal, cuando establece LA PREFERENCIA DE IMPOSICIÓN EN LUGAR DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. En ninguna parte, se menciona como “condición” sine quae non el decreto de la prisión preventiva para analizar, a posteriori, la pertinencia de las MEDIDAS ALTERNATIVAS O SUSTITUTIVAS. Analizado el fallo que motiva la impugnación por este conducto, se tiene que la nulidad del interlocutorio dictado por el Juez Penal de Garantías N° 05 sería de corte “inquisitivo”, contrariando así, justamente el espíritu del Nuevo Código Procesal Penal que se aparta de las meras formalidades para imputar nulidades, ya que ellas antes que constituir un seguro de la buena marcha de los procesos, se erigen en contramarchas o elementos tendientes a entorpecer los principios de celeridad, sencillez y economía procesal. Atendiendo a los fundamentos de hecho y de derecho expuestos, esta Sala Penal encuentra plenamente reunidos los requisitos que toman precedente el RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN y, en consecuencia, el auto impugnado deberá ser anulado (A. I. N° 55 del 14 de Marzo de 2001 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Criminal. Primera Sala).

#### **4. ALGUNOS EJEMPLOS DE NUESTRA JURISPRUDENCIA EN MATERIA CAUTELAR, NOS INDICAN QUE NO SE FUNDAMENTAN ACABADAMENTE LOS PRESUPUESTOS NORMATIVOS PARA ACREDITAR EL “PELIGRO DE FUGA”.**

Dice el artículo 243 del CPP respecto a las decisiones judiciales que permiten discernir al magistrado la presencia de un “**peligro de fuga**” del imputado:



“Para decidir acerca del peligro de fuga, se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias:

1. la falta de arraigo en el país, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
2. la pena que podrá ser impuesta como resultado del procedimiento;
3. la importancia del perjuicio causado y la actitud que el imputado asume frente a él, y;
4. el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior del que se pueda inferir, razonablemente, su falta de voluntad de sujetarse a la investigación o de someterse a la persecución penal.

Estas circunstancias deberán mencionarse expresamente en la decisión judicial que disponga la prisión preventiva”.

**LA NORMA ES BIEN CLARA Y DETERMINA DIRECTRICES QUE LOS JUECES DEBEN CONSIGNAR EN TODAS LAS RESOLUCIONES QUE DICTEN AL RESPECTO:**

- 1. LA PONDERACIÓN DE TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS ENUNCIADAS EN LOS DISTINTOS NUMERALES Y NO SOLAMENTE UNO O VARIOS DE LOS PRESUPUESTOS SEÑALADOS, YA QUE PRECISAMENTE LO QUE SE BUSCA (SIGUIENDO LOS PRINCIPIO CAUTELARES EMINENTES DE EVITACIÓN DE LA PENA ANTICIPADA Y EXCEPCIONALIDAD) ES QUE UN ANÁLISIS DE CONJUNTO SURJA LA INDISPENSABILIDAD DE PRIVAR DE LA LIBERTAD A UNA PERSONA MIENTRAS SE TRAMITE SU CAUSA PENAL;**
- 2. EL ARTÍCULO 10 DEL CPP ESTABLECE UNA DIRECTRIZ ELEMENTAL QUE MUCHOS JUZGADORES OBLIVIAN: LA INTERPRETACIÓN DE TODOS ESTOS PRESUPUESTOS DEBEN EFECTUARSE CON UN CRITERIO FAVORABLE AL IMPUTADO, VALE DECIR, SI EXISTEN DUDAS SOBRE LA CONCURRENCIA DE LOS NUMERALES QUE AMERITEN LA PRIVACIÓN EFECTIVA DE LA LIBERTAD, DEBERÁ PREVALECER LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y APLICARSE UNA MEDIDA MENOS GRAVOSA QUE PODRÍA DERIVAR EN LAS DENOMINADAS MEDIDAS ALTERNATIVAS O SUSTITUTIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA, Y;**
- 3. LA FUNDAMENTACIÓN NO DEBE SUJETARSE A UNA MERA TRASCRIPTIÓN DE LA NORMA EN ANÁLISIS, YA QUE LO QUE SE PRETENDE ES QUE UNA RESOLUCIÓN FUNDADA QUE IMPONE UNA MEDIDA CAUTELAR, SEA EL RESULTADO DE UNA PONDERACIÓN FÁCTICA DE LOS ANTECEDENTES MÍNIMOS DEL CASO Y UNA VALORACIÓN INICIAL QUE REALIZA EL JUEZ CONFORME A LOS PRINCIPIOS QUE LIMITAN PRECISAMENTE DICHO INSTITUTO. ES POR ESO QUE UN FUNDAMENTO PARA LA APELACIÓN DE UNA IMPOSICIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA SERÍA LA DERIVADA –POR AUXILIO INTERPRETATIVO DEL ARTÍCULO 10 DEL NCPP- DEL ARTÍCULO 403.4 DEL MISMO CUERPO RITUAL QUE SEÑALA COMO VICIOS DE LA RESOLUCIÓN: LA INSUFICIENCIA DE LA FUNDAMENTACIÓN, ENTENDIDA BAJO LOS PRESUPUESTOS DE DICHO PRECEPTO.**

**NO OBSTANTE ESTOS CRITERIOS QUE SURGEN DE LA MISMA NORMA, ECHEMOS UNA LECTURA A LOS FALLOS MÁS RECIENTES DE LOS TRIBUNALES DE APELACIÓN DE LA CAPITAL, NO SIN ANTES SEÑALAR QUE MUCHOS TRIBUNALES DEL INTERIOR DE LA REPÚBLICA SON TRIBUTARIOS DE RESTAURAR LOS VERDADEROS CAUCES CAUTELARES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA; Y ESTO EN HOMENAJE A QUE MUCHOS PIENSAN “QUE LA JURISPRUDENCIA VÁLIDA ES LA QUE SE CONSTRUYE HASTA LA AVENIDA MADAME LYNCH”.**

**DICE UN FALLO LO SIGUIENTE:**

**“LA PRISIÓN PREVENTIVA ES UNA MEDIDA DE SEGURIDAD ADOPTADA POR LA AUTORIDAD JUDICIAL QUE ENTIENDE EN LA CAUSA, A LOS EFECTOS DE EVITAR QUE EL IMPUTADO SE SUSTRAYA A LA ACCIÓN DE LA JUSTICIA... EL A-QUO, POR EL AUTO APELADO, AL ADVERTIR EL PELIGRO DE FUGA O DE OBSTRUCCIÓN A UN ACTO CONCRETO DE INVESTIGACIÓN, HA RESUELTO DICTAR AUTO DE PRISIÓN SOBRE LOS IMPUTADOS MÁS ARRIBA CITADOS. AQUÍ VIENE EL ANÁLISIS DEL TRIBUNAL: SIN DUDA ALGUNA, LA MEDIDA CAUTELAR DE CARÁCTER PERSONAL, ADOPTADA POR EL A-QUO ES NECESARIA YA QUE EN EL CASO CONCRETO, SE DAN LOS PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. LO EXPUESTO PRECEDENTEMENTE, PERMITE A ESTE TRIBUNAL, CONCLUIR QUE LO QUE CORRESPONDE ES LA CONFIRMACIÓN DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA, EN ESTE SEDE (...)” – REVISTA LA LEY, 2002, AÑO 25, N° 9, OCTUBRE DE 2002, PÁGINA 1134.**

**POR SU PARTE, OTRO FALLO EN EL MISMO SENTIDO, EXPRESA:**

**“...COMO LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA PROCESAL PENAL HA ENTENDIDO QUE EN LO RELATIVO AL TRATAMIENTO JURÍDICO DE CUALQUIER MEDIDA CAUTELAR, EN ESPECIAL LA DE ORDEN PERSONAL, ESTA SE DEBE SOPESAR ENTRE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE PARTICULAR IMPORTANCIA A LA HORA DE PONERLAS EN PRÁCTICA: LA LIBERTAD PERSONAL, POR UN LADO, Y LA SEGURIDAD QUE DEBE OTORGAR EL ESTADO A LOS CIUDADANOS, POR OTRO LADO, A TRAVÉS DE UNA PERSECUCIÓN PENAL EFICAZ... QUE, ATENDIENDO A LA NATURALEZA Y LAS CIRCUNSTANCIAS EN QUE FUE COMETIDO EL ILÍCITO INVESTIGADO, PRIMA FACIE, SURGE QUE LA SANCIÓN PENAL QUE EVENTUALMENTE PODRÍA CORRESPONDERLE AL IMPUTADO, EN CASO DE SER HALLADO CULPABLE POR EL DELITO ATRIBUÍDOLE, TAMBIÉN PODRÍA SER BASTANTE CONSIDERABLE, LO QUE DESDE YA EN EL PRESENTE ESTADIO NO LO HACE MEREDEDOR DE LA MEDIDA SUSTITUTIVA SOLICITADA A SU FAVOR, AL PERSISTIR LA POSIBILIDAD DE UNA EVENTUAL FUGA E INCLUSO DE UNA OBSTRUCCIÓN A LA LABOR DE LA JUSTICIA, EN EL CASO DE SER FAVORECIDA POR UNA MEDIDA MENOS GRAVOSA COMO LO PRETENDE LA DEFENSA, DE AHÍ QUE A LOS EFECTOS DE ASEGURAR EL PLENO SOMETIMIENTO DEL INCOADO A LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DEL JUEZ QUE CONOCE DEL CASO, SE IMPONE MANTENER LA MEDIDA RESTRICATIVA DE LIBERTAD QUE CON ANTERIORIDAD YA FUERA DICTADA. EN OTRO ORDEN TAMPOCO RESULTA OCIOSO RECORDAR QUE LAS MEDIDAS CAUTELARES... PARA SU APLICACIÓN EL ÓRGANO JURISDICCIONAL DEBE OBRAR CON CAUTELA Y LA DEBIDA PRUDENCIA, DE TAL SUERTE QUE SU MALA APLICACIÓN NO DESNATURALICE LA FINALIDAD PARA LA CUAL FUE INSTITUIDA... QUE SI BIEN NO SE LE NIEGA EL ESPÍRITU GARANTISTA QUE LO ADORNA A FAVOR DEL IMPUTADO, SIN EMBARGO, SU MALA IMPLEMENTACIÓN PUEDE CONTRIBUIR A ALENTAR LA IMPUNIDAD DE HECHOS PUNIBLES DE GRAVEDAD, COMO SIN DUDA ES EL CASO DE AUTOS...” (REVISTA LA LEY, AÑO 25, N° 9, OCTUBRE DE 2002, PÁGINA 1137-1138).**

**EN PRIMER LUGAR, LAS RESOLUCIONES REFERIDAS OMITEN DESCRIBIR COMO ÓRGANO DE ALZADA, CUÁLES SON LOS ARGUMENTOS PROPIOS DEL ACTO QUE MOTIVA LA CONFIRMATORIA DE LOS FALLOS RECURRIDOS. LA FUNDAMENTACIÓN, SI BIEN EXISTE, ES FALSA, PORQUE NO SE COMPADECE CON LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN A CARGO DE LOS JUECES. ÉSTOS DEBEN ANALIZAR LOS HECHOS, LAS HERRAMIENTAS LEGALES QUE DISPONEN Y OBTENER INFERENCIAS SOBRE CADA UNO DE LOS SUPUESTOS QUE PERMITAN APLICAR**

MEDIDAS SUSTITUTIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA, NO BASTA CON INDICAR EL NUMERAL (INCLUSIVE, SE REMITE A UNO O DOS NUMERALES Y EL RESTO OPTAN POR OBVIARLOS), CUANDO QUE EL MANDATO PROCESAL ES QUE SE DEBEN SOPESAR EN SU CONJUNTO, TODOS LOS ASPECTOS QUE SIRVAN PARA DISCERNIR RAZONABLEMENTE QUE ESTAMOS FRENTE A UN VERDADERO PELIGRO DE FUGA.

**EN SEGUNDO TÉRMINO, LOS FUNDAMENTOS ESGRIMIDOS INCURREN EN LA VIOLACIÓN DE LO QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 403.4 EN CONCORDANCIA CON EL ARTÍCULO 125 DEL NCPP, YA QUE NO ANALIZA PROPIAMENTE UNOS ARGUMENTOS Y LOS COTEJA CON LA INFORMACIÓN SUMINISTRADA POR EL REQUERENTE Y EL AGRAVIADO PARA LUEGO EXPONER UN CRITERIO IDEOLÓGICO AJENO A LOS MANDATOS CAUTELARES. EN EFECTO, EN LA PRIMERA RESOLUCIÓN CONSIDERA A LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA DE SEGURIDAD, CUANDO QUE ÉSTA ES UNA SANCIÓN PENAL SEGÚN NUESTRO ORDENAMIENTO DE FONDO, LO QUE EQUIVALE A SEÑALAR QUE ESTAMOS FRENTE A UN TRATAMIENTO DE PENA ANTICIPADA. MIENTRAS QUE LA SEGUNDA RESOLUCIÓN CONSIDERA CON EXPLICACIONES DOGMÁTICAS (AFIRMACIONES SIN LA CONTRAPARTIDA DE UNA FUNDAMENTACIÓN PROPIA EXPUESTA SOBRE LA BASE DE LOS HECHOS CONCRETOS QUE SE ANALIZAN Y LAS NORMAS INVOLUCRADAS EN EL ANÁLISIS) EL CUMPLIMIENTO DE LOS FUNDAMENTOS, LO QUE TAMBIÉN ES MOTIVO SUFICIENTE PARA CONSIDERAR QUE AMBAS DECISIONES CARECEN DE UNA FUNDAMENTACIÓN RAZONABLE.**

**SI UNO COTEJA LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DEL CPP DE 1890 CON EL IMPERANTE EN LOS TRIBUNALES DE LA CAPITAL, PODRÁ APERCIBIRSE QUE EN SUS RASGOS ESENCIALES LA CORRIENTE INQUISITIVA RÁPIDAMENTE SE VISTIÓ DE UN ROPAJE MÁS PARECIDO AL “GATOPARDISMO” JUDICIAL QUE MUCHAS VECES DENUNCIÉ EN OTROS EVENTOS: SE DICE QUE HAY GARANTÍAS PARA EL IMPUTADO, SE DICE QUE LA MEDIDA CAUTELAR ES EXCEPCIONAL Y RESTRICTIVA, PERO SE PONE ÉNFASIS EN LA MEDIDA DE SEGURIDAD NO PARA ASEGURAR LA COMPARECENCIA DEL IMPUTADO EN SÍ, SINO POR LA PELIGROSIDAD DE LOS IMPUTADOS EN HECHOS GRAVES Y ESTA ES LA SUSTANCIA. BIEN VALE AQUÍ UNA EXPRESIÓN: “CONFIRMO LOS ARGUMENTOS TEÓRICOS, CONOZCO LA REALIDAD SEGÚN MI PERCEPCIÓN IDEOLÓGICA (FORMADA LÓGICAMENTE EN CONCEPTOS AUTORITARIOS DE NUESTRAS GENERACIONES QUE DESCONOCEN UNA PRÁCTICA REPUBLICANA EXHAUSTIVA) Y RESUELVO CONFORME A ESA REALIDAD Y NO A LAS LEYES. ÉSTO NO CONSTITUYE VERDADERAMENTE UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL, SINO UNA EXPRESIÓN PARECIDA A LA PERCEPCIÓN QUE SOSTIENEN LOS INTEGRANTES DE UN JURADO INTEGRADO POR NEÓFITOS EN LA DISCIPLINA, SUJETANDO SUS TEMPERAMENTOS A SUS “ÍNTIMAS CONVICCIONES” O A LOS “PRECEDENTES” CUANDO QUE ESTOS MÉTODOS SON INCOMPATIBLES E ILEGALES A LA LUZ DE NUESTRO ORDENAMIENTO POSITIVO.**

**EN CUANTO AL SEGUNDO REQUISITO PROCESAL QUE PERMITE LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, DICE LA NORMA AL RESPECTO:**

“Para decidir acerca de tal presupuesto se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado:

1. 1. destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba;
2. 2. influirá para que los coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o;
3. 3. inducirá a otros a efectuar tales comportamientos.

Estos motivos sólo podrán servir de fundamento para la prisión preventiva del imputado hasta la conclusión del juicio”.

**LA NORMA TAMBIÉN ES CLARA Y NO SE PRESTA A TERGIVERSACIONES COMO, DE ORDINARIO, ACONTECE. EN ESTE SENTIDO ES IMPORTANTE QUE LA RESOLUCIÓN FUNDADA SEÑALE DE UN MODO PRECISO Y CON UNA COHERENTE CONEXIÓN ENTRE EL “PRESUPUESTO DE LA NORMA” CON LA “INFORMACIÓN CONCRETA QUE PERMITE DISCERNIR**

**RAZONABLEMENTE QUE EL IMPUTADO INCURRIRÁ EN ALGUNA DE LAS CONDUCTAS SEÑALADAS EN LOS TRES NUMERALES”.**

**SI FALTA ESE NEXO DE CAUSALIDAD LA RESOLUCIÓN ES MANIFIESTAMENTE INFUNDADA Y SUSCEPTIBLE DE UNA REVOCACIÓN O NULIDAD POR VÍA RECURSIVA.**

**AHORA BIEN, LA NORMA PERMITE EN ESTE PRESUPUESTO, ADOPTAR EL TEMPERAMENTO RESTRICTIVO DE LA LIBERTAD SOBRE LA BASE DE UNO DE LOS NUMERALES, POR LO QUE SE APARTA DEL ESPÍRITU QUE EMBEBE LA NORMA REGULADORA DEL “PELIGRO DE FUGA”, YA QUE LOS TRES CASOS SON TOTALMENTE DIFERENTES Y REQUIEREN DE UNA INFORMACIÓN DIFERENTE PARA FUNDAR Y CUMPLIR CON LA EXIGENCIA PROCESAL EN MATERIA DE MEDIDAS CAUTELARES.**

## **5. LA EXCARCELACIÓN Y LA REVISIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES.**

DURANTE EL PROCESO PENAL, EL JUEZ (DE OFICIO) DEBE REVISAR LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y DEJARLAS SIN EFECTO, CUANDO LOS PRESUPUESTOS QUE LA DISPUSIERON CESARAN O SE MITIGARAN. TAMBIÉN DEBERÁ EFECTUAR LA REVISIÓN OBLIGATORIA CADA TRES MESES SOBRE LA INDISPENSABILIDAD DE SU MANUTENCIÓN.

SI SE APLICA LA PRISIÓN PREVENTIVA y se REVISAR SU PROCEDENCIA (SEA POR VIA DE SOLICITUD DE PARTE O DE OFICIO CONFORME A LO PREVISTO POR EL ART. 250 DEL NCPP), se debe aplicar el siguiente trámite:

SE PLANTEA LA SOLICITUD Y EL JUEZ — CONVOCA A UNA AUDIENCIA ORAL, EN EL PLAZO DE 48 HORAS, A CONTARSE DESDE LA SOLICITUD O REVISIÓN OFICIOSA, CITANDO A LAS PARTES.

NO OBSTANTE, LA AUDIENCIA SE LLEVARA A CABO CON LOS PRESENTES Y ANALIZADA LA CUESTIÓN, RESOLVERA INMEDIATAMENTE, O SEA, APENAS DEBATIDA LA AUDIENCIA.

Ahora bien, SI EL IMPUTADO O SU DEFENSOR SOLICITAN LA REVISIÓN, Y EL JUEZ NO CONVOCA A LA AUDIENCIA PREVISTA POR EL ART. 252, PODRÁ URGIR PRONTO DESPACHO,

SI DENTRO DE LAS 24 HORAS NO OBTIENE RESOLUCIÓN, SE ENTENDERÁ QUE SE HA CONCEDIDO LA LIBERTAD DEL IMPUTADO (LIBERTAD FICTA).

## **6. APELACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.**

La RESOLUCIÓN ES APELABLE SIN EFECTO SUSPENSIVO, VALE DECIR, LA MEDIDA DEBE CUMPLIRSE INTERÍN SE RESUELVA LA APELACIÓN (ART. 253 DEL NCPP). LA MISMA DEBE EFECTUARSE ANTE EL JUEZ O TRIBUNAL QUE LA DICTÓ, EN ESCRITO FUNDADO EN EL PLAZO DE 24 HORAS. LAS DEMÁS PARTES

SERÁN EMPLAZADAS POR EL MISMO PLAZO DE 24 HORAS PARA FORMULAR SUS PRETENSIONES DE OPOSICIÓN A LA MEDIDA RECURRIDA.

Recuérdese que el CÓMPUTO DEL PLAZO COMPRENDE DÍAS CORRIDOS, O SEA, DÍAS Y HORAS INHÁBILES (ARTÍCULO 129 DEL CPP).

SI EL TRIBUNAL NO RESUELVE LA APELACIÓN DE LA MEDIDA, SE VUELVE A APLICAR LO CONCERNIENTE A LA LIBERTAD FICTA (ART.141 DEL NCPP).

Es decir, SE URGE PRONTO DESPACHO Y SI DENTRO DE LAS 24 HORAS NO HAY RESOLUCIÓN, SE ENTIENDE QUE SE DIO LA LIBERTAD.

LO QUE SÍ DEBE QUEDAR BIEN CLARO, ES QUE LA REVOCACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES pueden originarse por los siguientes motivos:

1. 1. POR DESVANECIMIENTO DE LOS ELEMENTOS QUE LA MOTIVARON;
2. 2. POR LOS PLAZOS MÁXIMOS DE DURACIÓN, y;
3. 3. POR LA SUSTITUCIÓN POR MEDIDAS ALTERANATIVAS.
4. 4. Recuérdese que las medidas alternativas o sustitutivas APLICADAS provocan la REVOCATORIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Es importante hacer una advertencia en este punto: el **artículo 253 del CPP** establece que en el caso de las **APELACIONES DE MEDIDAS CAUTELARES** el *“...emplazamiento se hará por veinticuatro horas, luego de las cuales el juez remitirá inmediatamente las copias necesarias...”*, con lo cual quiere resaltar un tratamiento diferenciado con las demás resoluciones susceptibles de recurrirse por vía de la APELACIÓN GENERAL.

Esta diferenciación es una decisión de política-criminal adoptada por dos razones bien concretas:

1. 1. Se exceptúa el efecto “suspensivo” que por regla general recursiva se incorpora en el capítulo pertinente, respecto a las demás resoluciones jurisdiccionales, fundándose dicho extremo en la prevalencia del principio “eficiente” del sistema penal, y;
2. 2. Se regulan unas reglas también especiales para la tramitación del recurso, con unos plazos mucho más restringidos que las previstas en el recurso de apelación general, fundándose esta determinación en la prevalencia del principio de “garantía” del sistema penal.

El emplazamiento de (24) veinticuatro horas para que las partes (imputado, fiscalía o querrela adhesiva) presenten el recurso de apelación general contra el auto que resuelva una medida cautelar, se sustenta en lo que dispone el artículo 9 del CPP que reza: *“IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PROCESALES. Se garantiza a las partes el pleno e irrestricto ejercicio de las facultades y derechos previstos en la Constitución, en el Derecho Internacional vigente y en este código. Los jueces preservarán este principio debiendo allanar todos los obstáculos que impidan su vigencia o la debiliten”*.

De esta manera, el punto de equilibrio entre los dos principios motiva que la interpretación del RECURSO DE APELACIÓN GENERAL se efectúe bajo criterios de “tratamiento especializado” en el ámbito de las medidas cautelares, lo que se traduce en dos cuestiones: a) cualquiera sea la decisión que se recurre, la misma deberá ejecutarse o cumplirse, mientras se sustancie el recurso de apelación general, y; b) el plazo par recurrir y contestar los traslados que motiva el trámite del recurso, es de veinticuatro (24) horas.

En lo demás, se aplican las normas previstas en el título del RECURSO DE APELACIÓN GENERAL con un plazo especial más: de tres días que dispone el Tribunal para resolver la materia.

## 7. LAS MEDIDAS CAUTELARES DE ORDEN REAL.

Finalmente en el contexto del análisis de las MEDIDAS CAUTELARES en general, merece destacarse el ámbito de las MEDIDAS CAUTELARES DE ORDEN REAL que se regirán por las disposiciones del CÓDIGO PROCESAL CIVIL, aunque sus presupuestos deben ajustarse –por principio, porque implica una restricción del aspecto patrimonial dispositivo del imputado– a las REGLAS FUNDAMENTALES establecidos al inicio mismo del instituto de las MEDIDAS CAUTELARES, más precisamente las señaladas en los **artículos 234 y 235 en concordancia con los artículos 5, 6 y 10 del CPP.**

En tal sentido:

- 1. 1. No se impondrá una medida cautelar real como regla, sino excepcionalmente;**
- 2. 2. En todos los casos, antes de imponer una medida cautelar real, el imputado o su defensor deberán ser oídos previamente (artículo 242 del CPP) a fin de manifestar su oposición a la solicitud proveniente del Ministerio Público o la querrela adhesiva, según el caso;**
- 3. 3. Tampoco se podrá imponer si es que previamente no se formaliza el acta de imputación, salvo los casos de flagrancia, y;**
- 4. 4. No se permiten medidas gravosas que podrían exceder la naturaleza de la causa penal o simplemente ajustado a valores económicos que se presumen en la imputación inicial, ya que tal postura podría configurar una suerte de prejuzgamiento anticipado de la cuestión.**

Este régimen totalmente diferente respecto a las medidas cautelares de naturaleza civil, si bien permiten su ingreso a las normas de dicha materia, no se pueden aplicar de un modo “automático” por simple remisión, para lo cual, previamente, se observarán los requisitos antes señalados y que son propias del ordenamiento procesal penal, con lo cual se busca que las decisiones jurisdiccionales que versan sobre medidas cautelares de cualquier naturaleza, no se utilicen en forma abusiva o su ejercicio desnaturalicen el carácter “excepcional” y “taxativo” de las mismas.

No obstante, seguidamente analizaremos otra “distorsión” que se produce en la realidad jurisprudencial nacional, fundamentalmente por la incomprensión cabal de lo que constituye la caución real como garantía de comparencia, aspecto que motiva la confusión con las medidas cautelares reales que se aplican al imputado para garantizar la responsabilidad civil emergente del hecho punible que se le sindicada.

## 8. LA CAUCIÓN REAL COMO HERRAMIENTA PREDILECTA DE LOS TRIBUNALES PARA OTORGAR MEDIDAS SUSTITUTIVAS O ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Otra de las discusiones más comunes que se han originado desde la vigencia plena del Código Procesal Penal, es indudablemente el instrumento predilecto utilizado por jueces y fiscales como "contraprestación" al decreto "directo" de la prisión preventiva y que se refiere a las CAUCIONES REALES, de cuyo uso indiscriminado se han producido situaciones complicadas por la deficiente comprensión del alcance, nuevamente, de lo que constituye una MEDIDA ALTERNATIVA O SUSTITUTIVA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

A los efectos de pergeñar las supuestas complicaciones que surgen de la praxis otorgada a las CAUCIONES PERSONALES o FIANZAS, respectivamente, trataré de analizar los distintos aspectos conflictivos que se presentan a la luz de una serie de preguntas con las consiguientes respuestas que posiblemente servirán para un mejor encauzamiento del instituto cautelar en el marco de una alternativa o sustitución a la prisión preventiva.

¿En qué consisten las CAUCIONES como medidas ALTERNATIVAS o SUSTITUTIVAS a la prisión preventiva ?.

En materia de CAUCIONES, se tienen tres tipos que son los mismos que estaban previstas en el Código de Procedimientos Penales de 1890: la JURATORIA, la PERSONAL y la REAL.

La CAUCIÓN JURATORIA es la que otorga la persona imputada y se sustenta en una manifestación oral transcrita en un acta judicial o directamente en una declaración jurada en escrito forense que efectúa el imputado en una causa penal cuyas características (aquí entra a tallar la convicción razonable del Juez Penal) permiten discernir en forma objetiva que con dicha formalidad, aquél se someterá al procedimiento y a las determinaciones que se adopten durante su tramitación.

Es importante destacar que este tipo de caución es la que por regla debería optar el magistrado, antes que disponer el uso de las demás, aunque en la práctica lamentablemente se siga manteniendo el criterio que una "instrumentación de los bienes que disponga el imputado a consideración de la causa penal es la herramienta idónea y predilecta para considerar que aquél no se sustraerá a la investigación penal".

Se dará predilección en cuanto a la admisión de la **CAUCIÓN JURATORIA** a las personas de escasos recursos o las que dispongan del beneficio de litigar sin gastos, sirviendo estos elementos objetivos como un mecanismo para construir otras hipótesis que podrían obtenerse de los mismos presupuestos previstos en el Código Procesal Penal para la consideración del "peligro de fuga".

También se debe advertir que el "peligro de fuga" es el que principalmente debe calificarse para la aceptación de la caución juratoria como medida alternativa o sustitutiva, ya que el "peligro de obstrucción de un acto concreto de investigación" sería tortuoso discernir sobre la base de una convicción seria y razonable del Juez Penal en cuanto a que dicho juramento no disiparía la circunstancia que el propio imputado estaría interesado en la "sujeción a las tareas de investigación".

Aquí no pasa por tener mayor o menor portento económico, pues todo imputado que encuentre seriamente comprometida su participación criminal a la luz de otros elementos de información que se irán adhiriendo al trabajo de investigación, buscará evitar por los medios que dispone a su alcance, la consolidación de tales elementos y de esta simple inferencia, encuentro poco plausible el otorgamiento de la caución juratoria como prenda alternativa o sustitutiva a la prisión preventiva, cuando el argumento central radique en el peligro de "obstrucción a un acto concreto de investigación".

La **CAUCIÓN REAL** es la que presta también el IMPUTADO mediante el ofrecimiento de una garantía real consistente en bienes raíces, depósito en dinero u otros valores razonables que fije el Juez Penal atendiendo a la naturaleza del proceso, el patrimonio



del imputado, todo esto, con el objeto que la cobertura de la caución contemple las eventuales penas pecuniarias (responsabilidad civil emergente del hecho punible) y las costas procesales.

Muchos confunden la caución real con la fianza que presta otra persona y que bien podría configurarse bajo los presupuestos de la CAUCIÓN PERSONAL que, de hecho, constituye la figura aplicable al caso de los terceros que concurren con una GARANTÍA PRENDARIA O HIPOTECARIA que, claro está, deben contener todos los requisitos exigidos por las leyes civiles para la procedencia de este tipo de contrato.

De hecho, la solicitud debe estar precedida de todas las pautas que permitan un rápido y eficaz discernimiento judicial en el sentido que la solicitud adjunte los instrumentos públicos que certifican la existencia de la caución personal, las condiciones actuales del dominio y la tasación respectiva del bien –que no necesariamente debe ser expedida por una autoridad-. Fuera de esto, si no se adjuntan estos requisitos es indudable que el Juez Penal deberá cumplir previamente con estos recaudos y si se ajustan a las leyes civiles, recién ahí expedirse sobre la procedencia o no de las medidas alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva sobre tal ofrecimiento.

La **CAUCIÓN PERSONAL** es la garantía que como FIADOR otorga cualquier ciudadano que reúna dos requisitos básicos a saber: A) SUFICIENTE ARRAIGO EN PROPIEDADES RAÍCES (INMUEBLES), y; B) QUE DISPONGA DE LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR.

De esta manera, la caución que ordinariamente prestan los abogados y procuradores (defensores) del imputado en la mayoría de los casos no cumple con tales recaudos, por lo que fácilmente tendría que motivar la oposición del Fiscal a dicho planteamiento, salvo que el mismo Abogado sea de reconocida solvencia económica y nomine expresamente cuáles son los bienes raíces que permitan inferir al Juez Penal su plena consolidación como fiador de su propio defendido.

Acotando esta circunstancia que se reproduce con mucha asiduidad, la CAUCIÓN PERSONAL como verdadera FIANZA que se presta equivaldría a una suerte de "CODEUDORÍA" respecto a la "situación" del imputado en cuanto a que "asume la responsabilidad subsidiaria" cuando aquél no cumpla con las condiciones determinadas por el Juez Penal para beneficiarlo con alguna de las medidas alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva.

Esto no significa o equivale a una especie de "responsabilidad civil" proveniente del hecho punible que se trasmite "directamente" sobre los bienes o medios otorgados para constituirse como fiador personal del prevenido.

Empece a lo dicho, subsiste el grado de corresponsabilidad sobre sus bienes hasta cubrir la suma o los valores considerados por el Juez Penal al aceptar e imponer la fianza personal.

Este punto que acabamos de abordar es motivo de muchas discusiones en el ámbito estricto de las medidas cautelares de orden real, ya que las MEDIDAS NOMINADAS como CAUTELARES DE ORDEN REAL se remiten al Código Procesal Civil y pueden consistir en EMBARGOS PREVENTIVOS, ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA LITIS, PROHIBICIÓN DE INNOVAR, INTERVENCIÓN JUDICIAL, etcétera; mientras que las CAUCIONES REALES O PERSONALES son garantías estrictamente vinculadas al "objeto" por el cual se otorga, vale decir, para otorgar el respaldo suficiente que la persona imputada se someterá a los mandatos de la justicia y consecuentemente no obstaculizará la investigación o emite un juramento de no evadir el proceso penal que ponga en peligro la realización eventual del juicio oral y público.

Si bien por la naturaleza de los institutos procesales analizados se encuentran muchas similitudes, ya que las MEDIDAS CAUTELARES DE ORDEN REAL y las CAUCIONES REALES no difieren en cuanto al cumplimiento de los requisitos para su constitución y validez, la diferencia sustancial se encuentra en el "**objeto**" que como se dijo, permite discernir los eventuales efectos de su implementación:

1. Las medidas cautelares de orden real se imponen como medio que permita asegurar las consecuencias económicas provenientes de la perpetración del hecho punible o la manutención del bien o los bienes incluidos en la investigación como "elementos de convicción" que caracterizan determinados tipos penales, y;
2. Las cauciones personales o reales se aplican respecto a la "seguridad" que el fiador otorga al Juzgado Penal acerca del estricto acatamiento de las medidas alternativas o sustitutivas que permitan discernir que no existe peligro de fuga o de obstaculización de un acto concreto de la investigación fiscal.

¿Qué ocurre si el imputado no cumple con las condiciones impuestas por el Juez Penal, entre las cuales, existe una CAUCIÓN PERSONAL O REAL prestada por un tercero?.

El **artículo 258 del Código Procesal Penal** señala que si el imputado se muestra remiso al cumplimiento de las condiciones que se le impusieron para obtener alguna medida alternativa o sustitutiva o se sustraiga a la ejecución de la pena, se procederá a la EJECUCIÓN DE LA CAUCIÓN PERSONAL O REAL hasta el valor que haya fijado el Juez.

El trámite es bastante sencillo y prevé un acto procesal previo, cual es, la INTIMACIÓN AL IMPUTADO en un plazo no menor de CINCO DÍAS para que comparezca voluntariamente al procedimiento o cumpla la condena impuesta así como una NOTIFICACIÓN PERSONAL AL FIADOR para hacerle saber dicha circunstancia y advirtiéndole que si el imputado no comparece en el plazo predicho, la caución será ejecutada conforme a las reglas del Código Procesal Penal.

¿Cuál es el trámite para ejecutar las cauciones? .

El **artículo 504 del Código Procesal Penal** establece que en todo lo relativo a la EJECUCIÓN CIVIL se aplicarán, análogamente, las normas previstas en el Código Procesal Civil, de cuya lectura se deduce que el procedimiento relativo a la EJECUCIÓN DE LAS CAUCIONES es el previsto por el proceso civil que se refiere al JUICIO EJECUTIVO DE RESOLUCIONES JUDICIALES.

Es importante advertir que la INTIMACIÓN DE COMPARECENCIA AL IMPUTADO y DE EJECUCIÓN DE LAS CAUCIONES PRESTADAS A LA PERSONA DEL FIADOR por el plazo de cinco días, una vez que la resolución quede firme (en cuanto a la intimación previa y sin producirse en dicho lapso un cambio en las condiciones que motivan la requisitoria), se debe proceder directamente conforme a las reglas del Código Procesal Civil, claro está, en forma análoga y en los términos señalados por el Código Procesal Penal que sigue siendo el cuerpo legal rector del "objeto" de la ejecución.

Un dilema que surge de la EJECUCIÓN DE LAS CAUCIONES por vía del procedimiento civil es el relativo al "órgano" habilitado para el ejercicio del juicio ejecutivo especial, ya que muchos consideran que al ser el Juez el que impusiera las medidas alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva, sería el "legitimado" para ejercer la correspondiente acción.

No obstante, esta cuestión debe dirimirse en el ámbito estrictamente penal y en dicho contexto, el MINISTERIO PÚBLICO es el encargado de la investigación mediante el previo ejercicio de la acción penal pública y como un componente de la eficacia de su labor, es que ordinariamente requiere la APLICACION DE UNA MEDIDA CAUTELAR DE ORDEN

PERSONAL O REAL, o, en su defecto, MANIFIESTA SU OPOSICIÓN O SE ALLANA - SEGÚN EL CASO- AL OFRECIMIENTO DE UNA CAUCIÓN REAL O PERSONAL como MEDIDA ALTERNATIVA O SUSTITUTIVA ALA PRISIÓN PREVENTIVA que también y de ordinario, proviene del IMPUTADO o su DEFENSOR.

El modelo "acusatorio" se encargó de redefinir los roles precisos que competen a los sujetos esenciales de la RELACIÓN PROCESAL PENAL y bajo dicha perspectiva es que el MINISTERIO PÚBLICO como órgano representativo de la sociedad en función penal está LEGITIMADO para ejercer todos los actos conducentes al cumplimiento de su rol de investigador objetivo, entre los cuales, dentro de la amplia gama de actos que puede desplegar resalta el de poner en movimiento el trámite ejecutivo de las cauciones.

Lo que se cuestiona es que siendo el JUEZ el que acepta mediante resolución la IMPOSICIÓN DE UNA MEDIDA ALTERNATIVA O SUSTITUTIVA consistente en una CAUCION PERSONAL o REAL, vedaría al MINISTERIO PÚBLICO la ejecución de las cauciones. Esta circunstancia no es del todo acertada, y por ende, no desnaturaliza la "legitimación procesal" de la FISCALÍA para ejercer la acción ejecutiva derivada de las cauciones aceptadas por resolución judicial, ya que la "iniciativa" de su imposición casi siempre es producto de un REQUERIMIENTO FISCAL o, en su defecto, de la QUERRELLA ADHESIVA que por no presentar las características de una ACUSACIÓN AUTÓNOMA y ubicada en el mismo "nivel" de la FISCALÍA, aún así la iniciativa de la ejecución recaerá siempre en el órgano representativo de la sociedad.

Nótese como la discusión es un poco superficial, ya que el Código Procesal Penal con una fidelidad a criterios "no ritualistas" del trámite señala en cada etapa procesal como una forma concreta de PETICIONAR por vía de la figura del REQUERIMIENTO FISCAL, la adopción de medidas cautelares personales más graves o menos graves, por lo que cae de maduro que la iniciativa del "impulso" de tal pretensión y que eventualmente soporte el imputado, claro está, por resolución judicial (y esto también acontece en la esfera civil) siempre tiene un "sujeto" titular que es el encargado de ejercer la acción pública en procura de los intereses de la sociedad.

El JUEZ PENAL lo único que hace en dichas circunstancias es la verificación de los requisitos para aceptar o denegar el ofrecimiento de una CAUCIÓN PERSONAL O REAL; fuera de esto, el impulso de su ejecución -en los casos previstos en el Código Procesal Penal- siempre recaerá en el órgano prevaleciente de acusación pública y que no es otro que el MINISTERIO PÚBLICO.

En consecuencia, el MINISTERIO PÚBLICO es el órgano encargado de llevar adelante la ejecución para lo cual, la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO podrá dictar resoluciones que permitan diferir tal potestad en fiscalías especiales o establecer un sistema de turnos que permitan efectivizar el resultado de la ejecución por vía del procedimiento de ejecución civil. En ese sentido, la Ley N° 1562 del año 2000 "Orgánica del Ministerio Público" es la que prevé los mecanismos que organizarán mejor el cumplimiento de esta función "auxiliar", aunque trascendental para propiciar una correcta investigación que, como se dijo, está a cargo exclusivo de dicho órgano oficial que representa los intereses sociales en materia penal.

Así las cosas, el trámite pertinente a la EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES queda perfectamente diseñado a la luz de los presupuestos consignados en los artículos 258 y 504 del Código Procesal Penal y por aplicación "analógica" el TÍTULO V DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL que en los artículos 519 y siguientes "culmina" el conjunto de actos secuenciales para obtener el resultado de la ejecución propia de la caución.

Se podrá cuestionar, nuevamente, que las disposiciones del Código Procesal Civil mencionadas en el artículo 520, es "taxativa" y que por ende, no incluye las resoluciones provenientes de cauciones reales o personales en el fuero penal. Sin embargo el artículo 258 del Código Procesal Penal se encarga de "ampliar" la ejecución de resoluciones que imponen cauciones reales o personales y recién a partir del cumplimiento del trámite preliminar también previsto en el texto procesal penal, se remite "análogamente" a las normas consagradas en el Código Procesal Civil por expreso mandato del artículo 519 del Código Procesal Penal.

En conclusión: el mecanismo de interpretación de las normas procesales relativas a las CAUCIONES PERSONALES O REALES revisten las mismas características como figuras autónomas en el Código Civil, aunque no puede perderse de vista que aquéllas responden a objetivos bien distintos a su "matriz", cual es, la de garantizar la comparecencia en juicio del imputado o disipar cualquier temor de frustrar la investigación en cuanto a ciertos actos concretos que despliega el Ministerio Público.

Fuera de esto, se incorporan normas PROPIAS al ámbito penal, cuando prevé una INTIMACIÓN AL IMPUTADO y A SU FIADOR para el cumplimiento de las cargas asumidas voluntariamente y si en un lapso no inferior a los CINCO DÍAS no se observa la requisitoria judicial -claro está, a solicitud del Ministerio Público o de la querrela adhesiva-, entran a regir análogamente las normas del proceso civil insertas en los artículos 519 y siguientes que como advirtiéramos, no se contraponen al sentido político-criminal del Código Procesal Penal que reconoce LEGITIMACIÓN PROCESAL PARA ESTE TIPO DE TRÁMITES INCIDENTALES AL MINISTERIO PÚBLICO y no a la querrela y mucho menos a la judicatura que admitiera la caución respectiva.

## 9. EL SECUESTRO DE SUPUESTAS EVIDENCIAS CONSTITUYE TAMBIÉN UNA MEDIDA CAUTELAR REAL.

Analizaremos aquí los siguientes preceptos que guardan relación con el punto que pretendo desarrollar y que son:

ARTÍCULO 193. ENTREGA DE COSAS Y DOCUMENTOS. SECUESTROS. Los objetos y documentos relacionados con el hecho punible y los sujetos a comiso, que puedan ser importantes para la investigación, serán tomados en depósito o asegurados y conservados del mejor modo posible...”.

ARTÍCULO 195. ORDEN DE SECUESTRO. La orden de secuestro será expedida por el juez, en una resolución fundada”.

Los presupuestos normativos adquieren una complementación concreta en las explicaciones doctrinarias que sobre la materia se estipulan, señalando anticipadamente que la jurisprudencia de nuestros tribunales se muestran remisos a la consideración de los secuestros de objetos producto de allanamientos como actos de investigación como **actos cautelares de naturaleza real, susceptibles de merecer el cumplimiento previo de unas condiciones indispensables—en términos generales- para su decreto correspondiente (ver, MEDIDAS CAUTELARES DE ORDEN REAL).**

En su comentario a los artículos en cuestión, la **DOCTORA MARÍA CAROLINA LLANES OCAMPOS** nos expone sobre la naturaleza del SECUESTRO, diciendo:

“...EL SECUESTRO ES UNA MEDIDA DE COERCIÓN REAL ORDENADA POR EL ÓRGANO JURISDICCIONAL RESPECTO DE COSAS RELACIONADAS CON EL HECHO PUNIBLE O SUJETAS A CONFISCACIÓN Y QUE PUEDEN SERVIR COMO ELEMENTOS PROBATORIOS RESPECTO DEL OBJETO PROCESAL QUE SE INVESTIGA Y QUE SE ENCUENTREN EN PODER DE ALGUNA PERSONA...” (Obra Citada, Página 225).

Por su parte, **JORGE VAZQUEZ ROSSI** en su obra “**CÓDIGO PROCESAL COMENTADO – LEY N° 1286/98**”, **INTERCONTINENTAL EDITORIA, OCTUBRE DE 2002**, expone respecto a los puntos cuestionados:

“...Es un acto COERCITIVO pues importa una RESTRICCIÓN A DERECHOS PATRIMONIALES DEL IMPUTADO O DE TERCEROS, YA QUE INHIBE TEMPORARIAMENTE LA DISPONIBILIDAD DE UNA COSA QUE PASA A PODER Y DISPOSICIÓN DEL ÓRGANO JUDICIAL ENCARGADO DE LA INVESTIGACIÓN O DEL JUZGAMIENTO. LIMITA EL DERECHO DE PROPIEDAD O CUALQUIER OTRO EN CUYA VIRTUD EL TENEDOR USE, GOCE O MANTENGA EN SU PODER EL OBJETO SECUESTRADO. Según puede observarse, en el transcurso de la investigación se precisa la autorización judicial a fin de apropiarse de cosas, puede fundarse en la exigencia de resguardar objeto que pueden ser sujetos al procedimiento conforme al artículo 86 “Comiso” del Código Penal... garantizándose modo el cumplimiento de esta sanción accesoria prevista en el Código Penal (...)” (Obra Citada, Páginas 416/417).

De las transcripciones doctrinarias y que hacen al modo de interpretar nuestras normas procesales, se puede adendar lo siguiente: **la inviabilidad del secuestro o incautación de objetos y papeles MIENTRAS NO EXISTA UNA IMPUTACIÓN CONCRETA, POR VÍA DEL REQUERIMIENTO FISCAL A TRAVÉS DE UN ACTA DE IMPUTACIÓN en los términos de los artículos 301 y 303 del Código Procesal Penal.**

Esto surge del mismo texto de nuestro ordenamiento ritual y si no se verifica el acto formal y previo de la imputación, el secuestro ordenado o diligenciado carece de relevancia jurídica.

EL **ARTÍCULO 304 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL** taxativamente reza: “MEDIDAS CAUTELARES. EL ACTA DE IMPUTACIÓN NO IMPLICARÁ NECESARIAMENTE LA APLICACIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR. El fiscal cuando lo considera pertinente, requerirá al Juez Penal la APLICACIÓN DE CUALQUIERA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DISPUESTAS, DE CONFORMIDAD A LAS REGLAS DE ESTE CÓDIGO. SIN EMBARGO, NO SE PODRÁ SOLICITAR NI APLICAR UNA MEDIDA CAUTELAR SI NO EXISTE PREVIAMENTE UN ACTA DE IMPUTACIÓN FUNDADA”.

La pregunta que uno se haría después de lo expuesto, es la siguiente: **¿el secuestro es una medida cautelar real?**.

Precisamente los alcances conceptuales de la doctrina nacional citada amparan la respuesta afirmativa, en el sentido que el SECUESTRO ES UNA MEDIDA CAUTELAR REAL que debe sujetarse a los principios formativos de las MEDIDAS CAUTELARES insertos en el LIBRO CUATRO “MEDIDAS CAUTELARES”, TÍTULO I “NORMAS GENERALES”, más precisamente en los siguientes preceptos:

**ARTÍCULO 234. PRINCIPIOS GENERALES.** Las únicas medidas cautelares en contra del imputado son las autorizadas por este código. Las medidas cautelares SÓLO SERÁN IMPUESTAS, EXCEPCIONALMENTE, SIEMPRE MEDIANTE RESOLUCIÓN JUDICIAL FUNDADA Y DURARÁN EL TIEMPO

ABSOLUTAMENTE IMPRESCINDIBLE PARA CUBRIR LA NECESIDAD DE SU APLICACIÓN”.

ARTÍCULO 235. CARÁCTER. Las medidas serán de CARÁCTER PERSONAL o de CARÁCTER REAL... Las MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER REAL SERÁN LAS PREVISTAS POR EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL. ESTAS PODRÁN SER IMPUESTAS ÚNICAMENTE EN LOS CASOS EXPRESAMENTE INDICADOS POR ESTE CÓDIGO Y EN LAS LEYES ESPECIALES”.

Remitiéndonos al **CÓDIGO PROCESAL CIVIL**, encontraremos dentro del catálogo de las **MEDIDAS CAUTELARES DE ORDEN REAL** al **SECUESTRO** que está regulado por el **ARTÍCULO 721 DEL CÓDIGO PROCESAL**, por lo que resulta inobjetable que la figura del **SECUESTRO COMO MEDIDA CAUTELAR REAL NUNCA PODRÍA DECRETARSE NI APLICARSE ANTES DE LA FORMULACIÓN DEL REQUERIMIENTO CON EL ACTA DE IMPUTACIÓN FISCAL**.

Si bien puede existir un requerimiento fiscal, los presupuestos y potestades que prevé el **ARTÍCULO 301 Y QUE PUEDEN ARTICULARSE A MODO DE REQUERIMIENTO** no prevén la figura de **SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES DE ORDEN PERSONAL O REAL**, SI ANTES NO FORMULA IMPUTACIÓN TAL COMO LO PRECEPTÚA EL TRASCRIPTO **ARTÍCULO 304 DEL CPP**. Y bien vale recordar aquí que siendo la **enumeración del artículo 301 TAXATIVA no se puede predicar su consideración como tal en forma analógica, porque el impedimento del artículo 10 del CPP es contundente**.

Careciendo de apoyatura jurídica la praxis que despliegan fiscales a través de autorizaciones judiciales, como actos de investigación preliminar, debe prevalecer el criterio legal en el sentido que si el Ministerio Público tiene conocimiento fehaciente de que existen objetos o elementos vinculados con el hecho punible investigado, más aún cuando en su solicitud de allanamiento y secuestro en forma directa o indirecta nomina a una o varias personas como probables partícipes del evento investigado, lo que debe hacer es formular dos requerimientos: una imputación y las correspondientes solicitudes cautelares de orden real con estricto apego a las normas generales señaladas para la materia que nos atañe.

## 10. ¿ES POSIBLE RECURRIR EN CASACIÓN LAS DECISIONES DEL

### TRIBUNAL DE APELACIONES QUE RESUELVEN CUESTIONES ATINENTES

#### A MEDIDAS CAUTELARES?.

Tras la vigencia del NCPP se ha pretendido instalar en el ámbito jurisprudencial de nuestros Tribunales, una suerte de “restricción” inmotivada sobre los alcances normativos que habilitan el ejercicio de la materia casacional, aspecto negativo que se trasladó, inclusive, al ámbito de resoluciones definitivas de los tribunales de apelación, sobre la creencia que el objeto y los motivos para recurrir en casación son extremadamente limitativos, lo que de ser así torna prácticamente inviable su articulación, al menos, desde la óptica que se pretendió imbricar al principiar la praxis de esta novedosa institución recursiva.

No obstante, la visión de la **SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** no se ciñó a los parámetros iniciales y con insistencia ha venido señalando en diversos fallos la amplitud que tiene, principalmente el imputado, para ejercer las materias recursivas ordinarias y extraordinarias previstas en la Ley N° 1286/98.

Como botón de muestra vale acotar lo que dispusieran VV. EE. en el **ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO 340 DEL 21 DE JUNIO DE 2001** al determinar la importancia del control de legalidad que corresponde a la Máxima Instancia del Poder Judicial y la correspondiente función correctora que se atribuye al **recurso de casación como un remedio eficaz, de “ultima ratio” que enmienda arbitrariedades en el manejo normativo que gastan los órganos jurisdiccionales inferiores del fuero penal.**

El fallo de referencia, dice:

“... LA CASACIÓN ES UN RECURSO NOVEDOSO DE NATURALEZA CONSTITUCIONAL Y COMO TAL, ESTÁ PREVISTO PARA ENMENDAR SITUACIONES CONFLICTIVAS CON EL PRINCIPIO DE “SEGURIDAD” Y “UNIDAD DE ACTUACIÓN” QUE DEBEN PRESIDIR TODOS LOS ÓRGANOS QUE COMPONEN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL ESTADO. EN OTRAS PALABRAS, LA MATERIA PRETENDE EVITAR EL “CAOS” JURÍDICO QUE SE PODRÍA VERIFICAR A LA LUZ DE SENTENCIAS O RESOLUCIONES CONTRADICTORIAS CON OTROS PRECEDENTES, SIEMPRE Y CUANDO, ESA CONTRADICCIÓN “APARENTE” NO ENCUENTRE UN FUERTE JUSTIFICATIVO –DERIVADO DEL ESTUDIO DE LOS FUNDAMENTOS PARTICULARES- PARA CONSIDERAR EL “CASO” COMO UN APARTAMIENTO MANIFIESTO DE LA JURISPRUDENCIA PACÍFICA QUE VA SEÑALANDO EL SISTEMA JUDICIAL COMO UN MODO DE OPTIMIZAR EL CONSABIDO PRINCIPIO DE “SEGURIDAD JURÍDICA” Y CONSECUENTE “CERTEZA EN SUS ALCANCES” QUE LÓGICAMENTE DEBE OFRECER TODO PRONUNCIAMIENTO JURISDICCIONAL. EL ARTÍCULO 478 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL PREVÉ TRES MOTIVOS PARA LA PROCEDENCIA DE LRECURSO, VALE DECIR, EL “TEMA” QUE GUARDA RELACIÓN CON DICHO PRECEPTO ES A LA PARTE ANALÍTICA SUSTANTIVA DEL RECURSO EN SÍ Y NO A LA PARTE MERAMENTE FORMAL QUE ES LA QUE ESTAMOS ANALIZANDO EN EL CONTEXTO DE ESTA PARTE DE LA RESOLUCIÓN. O SEA, LOS ELEMENTOS FORMALES (TIEMPO, MODO Y CONDICIONES) SE HALLAN PLENAMENTE CORROBORADOS Y SOLAMENTE LA DISCUSIÓN ACERCA DEL PASO A LA SIGUIENTE FASE DEL ESTUDIO DEL RECURSO EN CUESTIÓN, REQUIERE LA DETERMINACIÓN DE LA CASACIÓN COMO MEDIO IMPUGNATIVO EXTRAORDINARIO ES ADMISIBLE PARA AUTOS INTERLOCUTORIOS O SOLAMENTE SE RESTRINGE PARA LAS SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA O LAS DE SEGUNDA INSTANCIA. EN ESTE SENTIDO, EL DERECHO AL RECURSO QUE ES UN PRINCIPIO DE ORDEN CONSTITUCIONAL EN CUANTO A LA CASACIÓN (ARTÍCULO 259.6) EN CONCORDANCIA CON EL ARTÍCULO 8.2.H DEL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA, AMPLÍA LAS FACULTADES DEFENSIVAS DE LAS PARTES IMPUTADAS Y TODA RESTRICCIÓN EN CUANTO A SU EJERCICIO ES REPROBABLE DESDE LA PERSPECTIVA DEL DISEÑO DE UN DEBIDO PROCESO PENAL DE CORTE REPUBLICANO. EN CONSECUENCIA, LIMITACIONES DE ORDEN MERAMENTE FORMAL A LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN, EN PRINCIPIO, NO ESTÁN PERMITIDAS POR LA INDUBITABLE CONVICCIÓN QUE GENERA EN ESTA

## SALA PENAL EL TENOR DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES E INTERNACIONALES ANTES SEÑALADAS...

Con el fallo de referencia, se puede colegir que predomina un criterio medido pero elástico para analizar por vía del recurso casacional las resoluciones que carezcan de la suficiente fundamentación, que se aparten de sus competencias perfectamente delimitadas por la Constitución y las leyes materiales o que contravengan precedentes de la misma instancia o una superior.

Siguiendo los delineamientos del fallo transcrito en este apartado, podemos afirmar que la SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en lo relativo al **OBJETO** y **MOTIVOS** para promover un **RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN**, considera viable su admisión sobre la base de la amplitud de la defensa, más precisamente, en el postulado del **DERECHO RECURSIVO AMPLIO PARA EL IMPUTADO** que constituye una preciada conquista a la luz del **PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA (ARTÍCULO 8, NUMERAL 2º, INCISO “H”)** en concordancia con el **ARTÍCULO 137** de nuestra **CONSTITUCIÓN NACIONAL**.

La **ADMISIBILIDAD DE LA MATERIA EJERCIDA** encuentra sustento en el propio **ARTÍCULO 477** que reza: *“OBJETO. Sólo podrá deducirse el RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN contra las sentencias definitivas del tribunal de apelaciones O CONTRA AQUELLAS DECISIONES DE ESE TRIBUNAL QUE PONGAN FIN AL PROCEDIMIENTO...”*. En efecto, una cosa es el **PROCESO PENAL** cuya conclusión se da por vía **ORDINARIA (SENTENCIA DEFINITIVA)** o **EXTRAORDINARIA (DECISIONES CONCLUYENTES EN LA ETAPA INTERMEDIA O POR VÍA DE ALZADA)**, y otra muy distinta es el **PROCEDIMIENTO** referido al trámite o pasos secuenciales que deben cumplirse para un determinado acto **jurisdiccional**. La diferencia entre ambos vocablos, para ser más ilustrativos, radicaría en que **UNO ES EL “CONTINENTE” Y OTRO EL “CONTENIDO”**.

La **DIFERENCIA** que se explicitara precedentemente adquiere mayor relevancia cuando se puede leer que el propio **ARTÍCULO 477** analiza como **OBJETO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN, TRES CIRCUNSTANCIAS TOTALMENTE DIFERENTES: LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL DE APELACIONES QUE A) PONGAN FIN AL PROCEDIMIENTO; B) EXTINGAN LA ACCIÓN O LA PENA; O C) DENIEGUEN LA EXTINCIÓN, CONMUTACIÓN O SUSPENSIÓN DE LA PENA.**

Si los **MOTIVOS** se conglobaran bajo el supuesto de las **RESOLUCIONES QUE PONGAN FIN AL PROCEDIMIENTO COMO ABARCANTES DE TODOS LOS CASOS QUE IMPLIQUEN EL MISMO EFECTO DE ACABARLO, SERÍA UNA REDUNDANCIA MENCIONAR LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN O LA PENA, YA QUE EL EFECTO DE SU ADMISIÓN PRECISAMENTE ES LO MISMO QUE EL PRIMER SUPUESTO, ASPECTO ELEMENTAL QUE ECHA POR TIERRA LA UNIDAD QUE SE PRETENDE DAR A LOS TRES CASOS QUE SEÑALA EL CPP, CLARO ESTÁ, DIFERENTES ENTRE SÍ.**

De esta manera se plasma la verdadera intención de la norma procesal comentada y no es otra que la de **DISTINGUIR PERFECTAMENTE TRES SUPUESTOS (NÓTESE EL USO DE LA CONJUNCIÓN “O”)** y en cuyo contexto, **LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE APELACIONES QUE PONGAN FIN AL PROCEDIMIENTO, NO ES UN EQUIVALENTE A LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN O LA SENTENCIA DEFINITIVA.**



Lo que nuestro CÓDIGO PROCESAL PENAL distinguió desde un primer momento es justamente el **CONTINENTE** del **CONTENIDO**. De ahí que cuando analizamos el **PROCEDIMIENTO** no podemos buscarlo en el contexto de la **PARTE ESTÁTICA DE LA LEY N° 1286/98**, sino en la **PARTE DINÁMICA O PARTE SEGUNDA** que se identifica bajo la nomenclatura de **PROCEDIMIENTOS**.

El **PROCESO PENAL (ARTÍCULO 8 “ÚNICO PROCESO”)** es un mecanismo previsto en la **LEY N° 1286/98**, mientras que los **ACTOS DEL PROCEDIMIENTO (EL “INTERIOR” DEL PROCESO)** comprende el **PROCEDIMIENTO ORDINARIO** con sus diversas **ETAPAS**, sino los **INCIDENTES O EXCEPCIONES** que lógicamente culminan en cuanto a su tramitación ordinaria en **SEGUNDA INSTANCIA** y con mayor énfasis el atinente a **LAS MEDIDAS CAUTELARES QUE DISPONEN DE UN TRÁMITE ESPECIALIZADO EN SU TÍTULO RESPECTIVO**).

Es por eso que previéndose el remedio **EXTRAORDINARIO DE LA CASACIÓN**, su naturaleza no debe subentenderse como un **MEDIO RESTRICTIVO DE EJERCICIO DE LA MATERIA**, SINO COMO UN MECANISMO QUE COMO SU NOMBRE LO INDICA NO DISCUTE EL ASPECTO FÁCTICO EN SÍ, SINO LA CORRECTA APLICACIÓN U OBSERVANCIA DE NORMAS CONSTITUCIONALES, INTERNACIONALES VIGENTES Y EL DERECHO POSITIVO SECUNDARIO. Y precisamente en este punto convergen los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la SALA PENAL cuando declaran admisible y procedente un recurso extraordinario de casación en el cual la materia en discusión se centraba en la interpretación jurídica de los institutos relacionados con las **MEDIDAS CAUTELARES**, en atención a un fallo del Tribunal de Apelaciones que ponía fin al procedimiento de revisión de medidas cautelares. Prevalció pues, el criterio procesal de distinguir entre “continente” (PROCESO PENAL) y “contenido” (PROCEDIMIENTOS) y con eso se amplía la gama recursiva de protección internacional conferida, únicamente al imputado, a tenor del artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica.

Ingresando por el conducto de los **MOTIVOS** que permiten recurrir en casación, analizaremos el primer aspecto que habilitaría su ejercicio en lo que atañe a resoluciones emanadas del Tribunal de Apelaciones que deciden una medida cautelar; nos referimos a la parte del **ARTÍCULO 478** cuando reza; **“MOTIVOS. El recurso extraordinario de casación procederá, exclusivamente: 1)...; 2) CUANDO LA SENTENCIA O EL AUTO IMPUGNADO SEA CONTRADICTORIO CON UN FALLO ANTERIOR DE UN TRIBUNAL DE APELACIONES O DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; o 3) CUANDO LA SENTENCIA O EL AUTO SEAN MANIFIESTAMENTE INFUNDADOS”**.

Si el afectado prueba que la decisión del Tribunal de Apelaciones es **contradictoria con precedentes jurisprudenciales de la misma instancia o de una más como sería la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia**, es evidente que la **PROCEDENCIA** es innegable, siempre ciñéndonos al importante precedente de la máxima instancia del Poder Judicial.

El otro aspecto es el atinente a que la **sentencia o el auto (interlocutorio, entiéndase) sea manifiestamente infundado**. Aquí es importante cotejar los presupuestos de los artículos 125, 234, 247 y 403.4 del CPP los cuales señalan en forma taxativa y obligatoria a los magistrados el deber de fundar debidamente las resoluciones que impongan medidas cautelares. De esta manera, el deber de fundar es mucho más contundente en este tipo de resoluciones, ya que la materia cautelar es de tratamiento excepcional, restrictivo y de evitación de pena anticipada.

En conclusión, la jurisprudencia de la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** señala los derroteros del recurso casacional en cuanto a las medidas cautelares, diciendo:

1. 1. Las resoluciones del Tribunal de Apelaciones en lo Criminal que pongan fin al procedimiento, deben entenderse en un sentido “lato”, vale decir, que son aquellas que precisamente no se refieran a la conclusión del proceso, sino de todos los trámites que se generan, principalmente los accesorios, entre los cuales se incluye el procedimiento especial para la revisión de las medidas cautelares que culminan inexorablemente con un fallo de segunda instancia, y;
2. 2. Los “motivos” casacionales en este tipo de procedimientos son dos: a) la contradicción o disparidad con un fallo de segunda instancia anterior o de la misma Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, y; b) que los autos interlocutorios del Tribunal de Apelaciones sean manifiestamente infundados en los términos de los artículos 10, 125 y 403.4 del CPP.

---

[1] LECCIONES DE DERECHO PROCESAL PENAL por Alfredo Enrique Kronawetter, Año 2002 y Anteproyecto de la Ley Orgánica del Ministerio Público elaborado por la Fiscalía General del Estado, Año 1995.

[2] En principio el texto del artículo 245 del CPP permitiría decir que las medidas alternativas o sustitutivas son enunciadas con un carácter taxativo, porque no habla de otras medidas análogas al catálogo expuesto, aunque por cotejo con otros institutos similares (suspensión condicional del procedimiento que permite aplicar reglas de conducta análogas –ver párrafo tercero del artículo 22 del CPP), el catálogo se convierte en meramente enunciativo, construcción a la que arribamos por estricto acatamiento de los artículos 5 y 10 del CPP en concordancia con el artículo 235 del mismo cuerpo legal.