

Reforma del sistema procesal penal federal: ¿Prisión preventiva de oficio?

por Carlos Enrique Llera¹

1. Planteo del tema

Las palabras del señor Presidente de la Nación, Dr. Alberto A. Fernández ante la Asamblea Legislativa del 1º de marzo de 2020, establecieron que un eje nodal de sus gestión estará determinado por el envío al Parlamento Nacional de un paquete de leyes penales y procesales penales destinados a la reforma integral del sistema de enjuiciamiento federal que acoja plenamente los principios del *sistema acusatorio*², ya que el vigente (Código Levene) se encuentra obsoleto.

Ahora bien, si a la aludida obsolescencia se le adicionan los parches introducidos por la Resolución 2/2019 de la *Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal Federal*, nos encontramos con un sistema procesal penal vetusto, pero, además, contradictorio que desnuda incongruencias.

Argumentaré seguidamente porqué el sistema ha devenido contradictorio, haciendo foco en el instituto de la prisión preventiva³.

¹ Director del Centro de Estudios Procesales de la Universidad del Salvador (USAL) Defensor Oficial coadyuvante con funciones en la Comisión de Cárceles de la Defensoría General de la Nación

² El acusado es considerado como un sujeto de derechos, y su posición respecto al acusador es de igualdad, desprendiéndose de esta situación principios como el *in dubio pro imputado* (art. 11, CPPF), y la presunción de inocencia (art. 3, CPPF), elevados a la categoría de derechos humanos fundamentales.

³ La prisión preventiva es la detención provisoria de una persona que está imputada por un delito, que aún no ha sido juzgada o bien no tiene una condena firme en su contra.

La prisión preventiva es la restricción coactiva de la libertad ambulatoria de una persona y es de naturaleza cautelar. Ella se aplica sobre una persona que es inocente hasta que una sentencia firme con autoridad de cosa juzgada haya declarado su responsabilidad penal.

2. La Resolución 2/2019 de la Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal Federal

Mediante la Resolución 2/2019 de la *Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal Federal*, (B.O., 19/11/2019), se decidió implementar determinados artículos Código Procesal Penal Federal -Ley 27.063, texto según Ley 27.482 y decreto 118/2019- (CPPF), para los tribunales con competencia en materia penal de todas las jurisdicciones federales del país, en el entendimiento de que son normas que no resultan incompatibles ni contradictorias con el sistema regulado por la Ley N° 23.984, el denominado “Código Levene”.

Así lo determinó la *Comisión de Implementación*, en cumplimiento de la *aplicación territorial progresiva* que disponen los arts. 2, Ley N° 27.150; 3 y 7, Ley N° 27.063; y 3, Ley N° 27.482.

Es propicio formular una aclaración previa, y es que, independientemente de la jerarquía normativa que se asigne a la Resolución 2/2019 -en tanto las Leyes 27.063 y 27.150 prevén expresamente etapas de vigencia parcial del articulado del nuevo código- la resolución consolida el empleo de las herramientas legales destinadas a lograr que solo se disponga una prisión preventiva en el caso que las medidas indicadas en los incisos anteriores al identificado con la letra k) del art. 210, no fueran suficientes para asegurar los fines del proceso⁴.

No obstante, la aludida puesta en vigencia de los arts. 210, 221 y 222 del CPPF y que la ordenanza procesal federal consagra un sistema acusatorio, el legislador por

⁴ La verdadera intención del legislador (argumento psicológico) con esta reforma es restablecer la importancia de la libertad de la persona humana durante la sustanciación del proceso, y remarcar el carácter excepcional y de *ultima ratio* de la prisión preventiva

La principal razón para fundamentar dicha obligatoriedad es la legitimidad democrática de la que goza el legislador para promulgar normas que regulen las conductas de las personas y satisfagan ciertos objetivos considerados socialmente relevantes.

La prisión preventiva debe ser impuesta de última ratio, priorizándose la aplicación de otras medidas que afecten los derechos del imputado con menor intensidad; también respetar los principios de proporcionalidad, judicialidad, provisionalidad y *favor libertatis*, para que su imposición sea dictada en armonía a los principios y garantías constitucionales.

intermedio de la delegación a la *Comisión de Implementación*, resolvió no disponer la aplicación de artículos que establecen que las medidas de coerción *-entre ellas la prisión preventiva-* serán dispuestas solo a pedido del Ministerio Público Fiscal o del querellante (arts. 209 y 220 y ss. del CPPF).

Las normas cuya implementación se dispuso (arts. 210, 221 y 222 del CPPF) deben ser interpretadas como pautas objetivas de regulación específica para evaluar los *riesgos procesales* en el proceso y las medidas de coerción posibles a aplicar en forma concordante y armónica con los artículos del Código Procesal Penal de la Nación (*Código Levene*) que reglamentan la prisión preventiva (arts. 312), como los supuestos de excarcelación (arts. 316, 317 y 319).

Así, de la interpretación literal de los arts. 210, 221 y 222 del CPPF no se desprende la necesidad que el acusador *-fiscal y/o querella-* postule el dictado de la prisión preventiva, se trata más bien de una facultad que se le acuerda al Fiscal o la querella (art. 210) que debe ser valorada, según las directrices trazadas por el legislador, respetando las funciones y roles de las partes y del juez en el *Código Levene*.

Entonces podemos concluir que, de acuerdo a lo establecido por el evocado *Código Levene*, el juez conserva la facultad de disponer de oficio la prisión preventiva (art. 312), con los recaudos que surgen de los arts. 210, 221 y 222 del CPPF, desde que la nueva normativa regula en forma precisa y concreta los supuestos objetivos indicadores de *peligro de fuga* y de *entorpecimiento al proceso*, que pueden requerir la restricción de la libertad en el proceso (arts. 221 y 222), y prescribe un menú jerárquico de las medidas de coerción personal progresivas posibles (art. 210).

Se abandona el sistema de presunciones para ingresar al de *indicadores objetivos de riesgos o peligros procesales*⁵.

⁵ Respecto a la crítica de esta normativa debido a la subsistencia de criterios sustancialistas. LLERA, Carlos E., "*Prisión preventiva. La subsistencia de criterios sustancialistas*". Revista Pensamiento Penal.

Las modificaciones introducidas están orientadas a poner un límite a la *discrecionalidad* de los Jueces a la hora de restringir la libertad de las personas sometidas a un proceso penal previo a la eventual condena.

Así, deberán motivar por qué no resultan aplicables el resto de las medidas de coerción previas previstas y explicar por qué *-conforme cada una de las condiciones legales establecidas en los artículos 221 y 222-* consideran que existe peligro de elusión o entorpecimiento de la pesquisa. Sin la fundamentación reclamada, la resolución judicial resultará arbitraria⁶.

De la lectura de la exposición de motivos de la Resolución 2/2019 se desprende que, al tiempo de decidirse la implementación de los artículos de referencia (arts. 210, 221 y 222 del CPPF), la intención manifiesta fue que deben ser interpretados de forma tal de no modificar el sistema y pasos procesales del *Código Levene*, ni afectar los roles funcionales que tiene cada órgano en el proceso.

Concluyendo, ello importa una manifiesta incongruencia del sistema desde que el propio artículo dispone que “...*el representante del Ministerio Público Fiscal o el querellante podrán solicitar al juez...*” las medidas de coerción del elenco del art. 210. Pero al no implementarse el art. 209, que prohíbe al juez imponerlas de oficio, sumado a la intención de no modificar el sistema y pasos procesales del *Código Levene*, ni afectar los roles funcionales que tiene cada órganos en el proceso, no podemos llegar a otra conclusión que sigue vigente la potestad del juez de decretar medidas de coerción *-entre ellas la de mayor intensidad: la prisión preventiva-* sin que exista pedido del acusador público o privado, más aún, lo podrá hacer en los supuesto ausentes de contradicción, por existir conformidad del acusador con la defensa para que el encartado permanezca en libertad durante el proceso.

La apuntada incongruencia, que afecta el sistema de garantías y libertades del Estado constitucional-convencional de derecho, justifican que el sr. Presidente de la

<http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/49604-prision-preventiva-subsistencia-criterios-sustancialistas-carlos-llera>

⁶ Fallos: 328:1146, “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, del 03/05/2005

Nación haya dedicado un tramo considerable de su alocución al tema de la reforma del sistema procesal penal federal.

Ad abundantiam, llama la atención que no se haya dispuesto la implementación del artículo 17 del CPPF, cuando la propio Comisión hizo expresa mención de la norma en la resolución 2/19. El artículo acuña el principio de libertad de la persona durante la sustanciación del proceso penal, la que sólo podrá ser privada cuando haya sido comprobada la existencia de los *indicadores de riesgos procesales* (arts. 221 y 222).

3. A modo de conclusión

Mientras tanto, y hasta que se concrete la reforma, el modo de resolver esta incongruencia en clave *pro homine* y *favor libertatis*⁷ de las normas en juego, será que en los supuestos en que el Ministerio Público Fiscal dictamina en forma fundada (artículo 69 CPPN) que no se opone a la solicitud de excarcelación, ello opere como límite del marco de decisión del órgano jurisdiccional, que, consecuentemente, no podrá ir más allá de lo requerido por la acusación⁸.

De adverso, el Juez estaría excediendo el límite para el que estaba habilitado a expedirse, vulnerando el modelo de proceso acusatorio que diseña nuestra

⁷ Que un imputado esté libre durante el proceso no significa una situación de impunidad sino solamente que va a llegar a juicio sin estar detenido

⁸ CCC, Sala VI, 11480/18/1 "Leiva Galán", del 13/07/2018.

Constitución Nacional⁹, lesionando la garantía de imparcialidad del juzgador, por afectación del principio acusatorio¹⁰.

En otros términos, si los jueces no encuentran defecto de actuación de acuerdo al artículo 69 CPPN – v.gr.: si el Ministerio Público hubiese presentado un dictamen con argumentos jurídicos contrarios a la ley aplicable-, no están facultados para hacer *apreciaciones de hecho*¹¹ distintas a las del representante de la acusación pública, porque la potestad requirente corresponde a la fiscalía, y ésta no estimó necesario pedir la subsistencia de la orden de detención¹², no ejerció una pretensión de encarcelamiento.

Si no existe colisión de intereses, resultar dirimente la voluntad del agente fiscal en acuerdo con la defensa, sin perjuicio del control de legalidad y razonabilidad reservado a los jueces.

⁹ “Que esta Corte tiene dicho que Juan Bautista Alberdi y los constituyentes de 1853 optaron por el modelo norteamericano, originariamente opuesto por completo al europeo, su antípoda institucional, y que el Poder Judicial norteamericano ‘no era jerarquizado ni corporativo, sino horizontal, con el control difuso de constitucionalidad...’ (CSJN-Fallos, 328:3399, considerando 11). A su vez, en el mismo precedente esta Corte afirmó que ‘el proceso penal de un sistema judicial horizontalmente organizado no puede ser otro que el acusatorio, público, porque de alguna forma es necesario compensar los inconvenientes de la disparidad interpretativa y valorativa de las sentencias. De allí que nuestra Constitución previera como meta el juicio criminal por jurados, necesariamente oral y, por ende, público’; concluyendo que la circunstancia de que el deber ser no haya llegado a ser por la vía legislativa ‘no puede ocultar que la Constitución optó por un proceso penal abiertamente acusatorio, al que tiende la lenta progresión de la legislación argentina a lo largo de un siglo y medio” (considerando 15). CSJN-Fallos, 320:1344, “Sandoval”, voto del ministro Zaffaroni.

“...Separación de juez y acusador es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás”. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta. Madrid. 1995, p. 567; en el mismo sentido, BOVINO, Alberto, *Principios políticos del procedimiento penal*, 2ª ed., Del Puerto, 2005, p. 39

¹⁰ voto de la Jueza Magdalena Laíño en CCC., Sala VI, en autos N° 2731/2016 “G., J. C. s/excarcelación” del 4/12/19, difundidos por el servicio de correo electrónico de la Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional

¹¹ Las apreciaciones sobre el riesgo de fuga, sobre la necesidad de mantener la orden de detención, y sobre la suficiencia de otras medidas sucedáneas para asegurar la presencia del imputado son apreciaciones de hecho y no jurídicas

¹² Voto del juez Luis M: García en CNCCC., Sala III, en autos “Oyola Sanabria, Jhony Stid s/recurso de casación” (causa n° 28961) rta.: 17/04/2015, difundido por el servicio de correo electrónico de la Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.

Lo contrario implicaría que el órgano judicial interviniente excediera el límite para el que está habilitado a expedirse, configurándose una vulneración al modelo de proceso acusatorio¹³ que diseña nuestra Constitución Nacional, en demasía de jurisdicción, con desconocimiento de las facultades de los representantes del Ministerio Público Fiscal, derivadas del art. 120 de la Carta Magna.¹⁴, y de su Ley Orgánica n° 27.148.

¹³ El llamado modelo acusatorio formal se cimienta en la distinción entre el órgano del Estado, que tiene asignada la función de acusar por hechos que considera constitutivos de un delito, y del órgano que tiene asignada la función de decidir sobre esa acusación

El carácter esencial que identifica a este sistema [acusatorio formal] se refiere a que el proceso es una contienda entre partes situadas en pie de igualdad, frente a un juez que actúa como tercero imparcial supra partes". MONTERO AROCA, Juan, *"Derecho Jurisdiccional"*, Bosch, Barcelona, 1991, p. 17

¹⁴ LLERA, Carlos E., *"Conformidad fiscal en materia de exención de prisión y de excarcelación"*. La Ley (Argentina), Revista de Derecho Penal y Criminología, volumen 6, número 4 (mayo 2016), pp. 65/73