Modifica el Código Procesal Penal en materia de procedencia de las medidas cautelares reales sin necesidad de formalización previa
Boletín N°11246-07

Resulta claro que nuestra legislación exige en el artículo 230 inciso 2º del Código Procesal Pena que el fiscal, para "(…)requerir la intervención judicial para (…) la resolución de medidas cautelares, estará obligado a formalizar investigación (…)". Esto acontece también con el querellante, en cuanto a las medidas cautelares personales, ya que para decretarlas debe estar necesariamente formalizada la investigación, como dispone el Art. 140 del mencionado código, que señala "una vez formalizada la investigación, el tribunal a petición del fiscal o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva (…)". En cambio respecto de las medidas cautelares reales no se establece esta exigencia, al disponer el artículo 157 del código referido que "Durante la etapa de investigación, el ministerio público o la víctima podrán solicitar (…)".

Lo primero que llama la atención es que el tercero perjudicado, en el caso de las cautelares personales, se denomina "querellante" y en el de las cautelares reales, en cambio, se denomina "víctima". Esto ocurre porque hay querellantes que no son víctimas (los caso del art 111 inc. 2º, que corresponden a terceros que se querellan, por ejemplo, por delitos cometidos por funcionarios públicos contra la probidad pública) y víctimas que no son querellantes, que son la mayoría, ya que muy pocas de ellas incurren en el gasto que implica

contratar un abogado para presentar una querella en caso de ser víctima de un delito.

Si bien es cierto el inciso 2º del art. 230 establece que el fiscal debe formalizar la investigación para solicitar medidas cautelares reales y personales, dado que en el caso de las cautelares reales el art. 157 no se exige formalización previa (a diferencia de lo dispuesto en el art. 140 para las cautelares personales), surge la duda de si la víctima, sea o querellante, puede pedir una medida cautelar real sin esperar que la investigación esté formalizada.

Por otro lado, además, dado que el art. 157 del Código Procesal Penal establece que las medidas precautorias del título V del Libro II del Código Procesal Civil se tramitarán de la forma que señala en el título IV, que corresponde a las medidas cautelares pre judiciales, se ha estimado que por aplicación de la referencia legislación civil, es posible que se decrete una medida precautoria sin necesidad de formalización previa.

Otros, en cambio, señalan que siempre debe haber una formalización previa para decretar una medida cautelar, toda vez que siendo indiscutida esa exigencia para los fiscales del Ministerio Público, debe serlo de igual manera para los querellantes y víctimas que la requieran.

Lo cierto es que la jurisprudencia de los tribunales es zigzagueante en este ámbito, y en muchas ocasiones aplica criterios

de mérito para decretarlas, vinculados a las clásicas exigencias de las medidas cautelares *fumus bonis iuris* y *periculum in mora.*

Las mencionadas medidas se decretan en el proceso penal siempre en modalidad pre-judicial, ya que la demanda civil deberá ser presentada en oportunidad posterior al vencimiento del plazo para decretar la cautelar real, que solo puede ser decretadas durante la investigación. Dado que todas las cautelares en el proceso penal se decretan como pre-judiciales (esto es, pre demanda), es que el legislador estableció que debe tramitarse conforme al procedimiento de ellas (título IV del Libro II del Código Procesal Penal).

Además de zanjar una cuestión que es objeto de diversas interpretaciones, es mi propósito darle más injerencia a la víctima en el proceso penal, para que pueda, junto con sentir que el efecto simbólico comunicativo de solidaridad con ella como contrapartida del rechazo del comportamiento antisocial del delincuente, tener herramientas legales para protegerse, no pudiendo estar dicho derecho a la protección del poder judicial condicionado a una decisión administrativa previa del Ministerio Público.

Finalmente debemos decir que es claro que esta exención no beneficia al Ministerio Público, porque el art. 230 inciso 2º establece una exigencia general para los fiscales, que es bueno que se mantenga.

En razón de lo expuesto previamente, es que presento el siguiente:

PROYECTO DE LEY

"Artículo único. Agréguese al inicio del artículo 157 del Código Procesal Penal la frase “Sin necesidad de formalización previa,”, transformado el primer punto seguido en una coma.