MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN

CON LAS VÍCTIMAS, POR UNA JUSTA APLICACIÓN DE LA LEY

Instrucción General N° 5 del Fiscal General del Ministerio Público de la Acusación del año 2014:

Visto las diferentes medidas de coerción previstas en nuestro Código Procesal Penal, Ley 12734 y sus modificatorias, en especial las que se relacionan a las cautelares.

Considerando las particularidades de cada una de ellas, las funciones que los fiscales tienen asignadas, los principios de actuación que guían nuestra institución y el fin de establecer pautas de trabajo que sirvan de orientación para los fiscales del Ministerio Público de la Acusación de la Provincia de Santa Fe.

Y teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 1, 32, 33, 11 incs. 1, 2 y 5; 16 inc. 1 y 2 de la Ley 13013, el Fiscal General del Ministerio Público de la Acusación instruye a los Fiscales Regionales, Fiscales y Fiscales Adjuntos a aplicar los lineamientos, pautas y criterios establecidos en el anexo que forma parte de la presente.

Santa Fe, 4 de Junio de 2014.

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE

ANEXO

Documento: Instrucción general sobre criterios de actuación aplicables a las medidas de coerción.

De: Fiscal General del Ministerio Público de la Acusación (MPA).

Para: Fiscales Regionales; Fiscales y Fiscales Adjuntos.

Introducción.

El presente documento tiene por objeto analizar las diferentes medidas de coerción previstas en nuestro Código Procesal Penal, en especial las que se relacionan a las cautelares, delineando las particularidades de cada una de ellas, con el fin de establecer pautas de trabajo que sirvan de orientación para los fiscales del Ministerio Público de la Acusación de la Provincia de Santa Fe.

Conforme lo señala con precisión el artículo 205 de nuestro Código Procesal Penal (CPPSF), para solicitar cualquier medida cautelar es necesario lograr un cierto grado de conocimiento sobre la responsabilidad del titular del derecho a afectar y sobre la existencia de peligro frente a la demora en despacharla. Esta exigencia es clara y debe analizarse en cada caso concreto, valorando sus particularidades.

Desde la *perspectiva del fiscal*, la solicitud de cualquier medida cautelar tiene las siguientes particularidades:

1) El *conocimiento* sobre el hecho delictivo y la responsabilidad del imputado en el mismo está condicionado por el momento en el que la solicitud se formula; esto es, generalmente los momentos iniciales de la

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE

investigación penal preparatoria, sobre la base de información obtenida preliminarmente y en escaso tiempo.

2) La *pretensión* que se canaliza a través de cada medida cautelar es diferente, y por lo tanto las exigencias normativas para su solicitud también lo son.

3) Es formulada desde el ejercicio de un *rol* específico (de fiscal), lo que implica reconocer la existencia de legítimos condicionamientos contenidos en expectativas, facultades y deberes propios de la parte acusadora oficial.

Las particularidades descriptas deben ser especialmente consideradas por los fiscales, ya que una incorrecta ponderación de los elementos señalados podría traer consigo consecuencias paralizantes o frustrantes de la investigación y de los fines del proceso, además de prácticas concretas impropias del rol de fiscal, que eventualmente impacten de manera negativa en los objetivos institucionales trazados.

Arresto.

Para posibilitar la investigación, el artículo 268.10 del Código Procesal Penal (CPPSF) faculta a la Policía a impedir, si lo juzga conveniente, que ninguna persona se aparte del lugar del hecho o sus adyacencias antes de concluir las diligencias más urgentes de investigación; en igual sentido, también para los primeros momentos de la

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE

investigación y bajo la exigencia de que no hubiera sido posible individualizar a los presuntos responsables y testigos, contempla (art. 211) como mínima coerción personal coadyuvante a la averiguación en curso, la adopción de ciertas medidas de compulsión o restricción de la libertad personal, cuales son evitar que los presentes se alejen del lugar, se comuniquen entre sí, o incluso el arresto por un plazo no mayor de 24 horas.

Las medidas en cuestión pueden dirigirse a todos o algunos de los presentes y cesarán al individualizarse a los presuntos responsables y eventuales testigos, sin poder nunca extenderse más de 24 horas.

El no alejamiento del lugar puede referir al mismo y estricto lugar del hecho, como exige el art. 268.10, o bien al lugar donde comenzaron las investigaciones, que no necesariamente han de coincidir (artículo 211). El arresto implica, en cambio, el traslado de la persona a una dependencia policial o lugar cercano.

Debe quedar muy en claro que no se está aquí hablando del arresto que es atribución exclusiva de la autoridad policial en función de prevención y que se conociera bajo distintas denominaciones, cuales son *"10 bis"* (Ley Orgánica de la Policía) o *"arresto en averiguación de antecedentes"*, ya que este instituto nada tiene que ver con el proceso penal.

Quizás la confusión entre el arresto propio de la Policía en función prevencional y el arresto de naturaleza procesal, o bien eventuales excesos en su uso, hayan contribuido al descrédito del ahora comentado, pero ha de tenerse en cuenta que el mismo está legalmente regulado por el Código

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE

Procesal Penal y puede ser dispuesto por el fiscal o la policía en función judicial, para que cumpla su tarea facilitadora de la IPP.

Así entonces, el arresto previsto en los artículos 211 y 268.10 es un recurso legítimo, al que a su vez le comprende la restricción derivada del principio contenido en el artículo 10 del CPPSF.

Aprehensión.

Aprehender significa tomar o retener físicamente a alguien, con un despliegue mínimo -medido según las circunstancias- de fuerza impeditiva del ejercicio de su libertad ambulatoria. La aprehensión importará comúnmente, además, un traslado del aprehendido a lugar seguro.

La simple aprehensión es, como el arresto, otra medida aconsejada por razones de urgencia y necesidad. Las condiciones bajo las que opera la figura son esta vez las de sorprendimiento en flagrancia e inmediata entrega del aprehendido a la Policía si fue habido por un particular, seguida por el aviso sin dilación de esta autoridad al fiscal, quien decidirá el cese de la aprehensión o la detención (arts. 212 y 213).

La fuerza evidenciadora de lo ocurrido que tiene un hallazgo en flagrancia justifica que se habilite la inmediata aprehensión del sorprendido, tanto para evitar la consumación o agotamiento del delito en curso (salvo en la última hipótesis de cuasi flagrancia legalmente contemplada, que alude a la exhibición de rastros que hagan presumir que se acaba de participar en un delito), cuanto para impedir los riesgos que

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE

para la tarea recolectora de material de interés resultaría si se permitiera el alejamiento del sorprendido.

La aprehensión en flagrancia es procedente cuando se trata de delito perseguible de oficio; si el delito fuera de acción pública dependiente de instancia privada, el titular del poder de instar debe ser informado de inmediato a fin de establecer si es posible o no proceder.

Están expresamente autorizados para proceder a la aprehensión los integrantes del cuerpo policial y cualquier persona, siempre y cuando se presenten los demás extremos justificantes (arts. 212 y 268.4).

La aprehensión debe ser seguida por su conversión en detención o su cese por disposición del fiscal, opción ésta a adoptar luego de tomar algunos recaudos, tal como luego se verá.

La constitucionalidad de la privación de la libertad que importa la aprehensión fue vinculada, por algunos autores como Clariá Olmedo y Erbetta, a los alcances de lo dispuesto en el artículo 69 de la Constitución Nacional: si se justifica el arresto de senadores o diputados cuando fueran sorprendidos en la ejecución de un delito, pese a que en principio la misma Constitución les concede un tratamiento especial -inmunidad de arresto-, no habría motivo alguno para cuestionar la potestad de aprehender a cualquier ciudadano, en las mismas circunstancias.

Citación.

Por aplicación del principio elevado en nuestro Código a la

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE

jerarquía de norma fundamental (art. 10 CPPSF), la libertad sólo puede ser restringida en los límites absolutamente indispensables para evitar el entorpecimiento probatorio en la investigación de un delito y asegurar la actuación de la pretensión punitiva.

Para posibilitar que no se supere el límite de la indispensabilidad, el Código presenta distintas alternativas de coerciones personales destinadas a lograr la presencia del imputado en el proceso, comenzando por la regulación de la menos dañosa que es su citación, que puede ser provocada por una previa presentación espontánea del interesado -art. 209- o dispuesta en forma oficiosa -art. 210-.

La citación como toda medida de coerción debe satisfacer los presupuestos del artículo 205 y ajustarse al principio del artículo 10 del CPPSF, pero también debe satisfacer los requisitos del artículo 210 del mismo cuerpo legal, esto es, uno positivo cual es que sea necesaria la presencia del imputado para celebrar la audiencia imputativa (o para identificarlo policialmente), y otro negativo, cual es que no sea procedente ordenar su detención.

Como más adelante se reflexionará acerca de las condiciones a tener en cuenta para celebrar audiencia imputativa, ahora se lo hará sobre el segundo requisito propio de la citación, esto es, que no sea procedente ordenar la detención del imputado citado.

Al respecto lo primero que debe señalarse es que se está ante una disposición legal cuyos elementos no pueden presumirse pero tampoco ignorarse, toda vez que para habilitar la citación categóricamente el Código reclama establecer "... *que no fuera procedente ordenar su detención*

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE

(la del imputado)..." y esto sólo puede concluirse respecto de un caso concreto, conociendo las circunstancias del hecho y las del sospechado de ser su autor.

Lo dicho indica que antes de disponer la convocatoria del imputado, el fiscal, con los elementos disponibles, debe considerar si corresponde su detención. Y este es el momento de actuar en procura de un adecuado equilibro entre los valores ínsitos, por un lado, en el respeto a la libertad del imputado y en el principio constitucional de inocencia, y, por el otro, el aseguramiento de los fines del proceso y de los derechos de las víctimas, estableciendo que cuando corran riesgos los últimos, se justificará alguna limitación proporcional del primero (libertad del imputado durante el proceso).

Si bien la lógica parecería sugerir que los fiscales deberían en la práctica analizar, en un primer momento, la conveniencia de realizar la citación del imputado antes que su detención a los fines de afectar eventualmente y en menor medida su libertad, del juego armónico de las normas citadas se desprende que el fiscal debe ya en los inicios de su actuación en la etapa de la investigación, evaluar si corresponde ordenar la detención del imputado. Esto es así porque sobre los fiscales pesa el deber funcional de promover y ejercer la acción penal pública, además de procurar los elementos probatorios que tornen verosímil la imputación que formularán.

En otras palabras, el análisis preliminar sobre la conveniencia de la detención es un deber funcional impuesto a los fiscales del MPA, derivado del *rol específico* que a ellos se les asigna en el proceso penal.

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE

Detención

El Código Procesal Penal contempla en su artículo 214 la posibilidad de detener al imputado durante el curso de la investigación penal preparatoria (IPP).

Se trata de una medida de coerción personal de carácter breve *(máximo: 24 hs. prorrogable por otro tanto -art. 274- pero que puede extenderse otras 48 más -art. 224-)*, instrumental *(se orienta a evitar el riesgo de que se frustre la actividad probatoria o las pretensiones de las partes -art. 208-)* y que puede ser acompañada por la incomunicación *(con motivación suficiente -art. 215-)*.

Son exigencias para disponer la detención que exista una investigación penal preparatoria *(que puede iniciarse por decisión del MPA o por acción de la policía -art. 254-)*, que la ordene un fiscal *(art. 214)*, que recaiga sobre un imputado *(persona indicada como autor o partícipe de un hecho delictuoso en cualquier acto inicial del procedimiento dirigido en su contra y en función de la etapa en que se encuentre -art. 101-)*, que existan elementos que autoricen a celebrar audiencia imputativa *(esto es que sea probable su acusación como autor o partícipe de un delito -art. 274-)* y que sea procedente solicitar su prisión preventiva *(art. 214)*.

Todos los elementos señalados son comunes a cualquier detención, mas cabe hacer algunas diferencias según se considere la detención de una persona que se encuentra en estado de libertad o que ya haya sido

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE

aprehendida en flagrancia respecto de un hecho nuevo.

1) Detención de persona que se encuentra en estado de libertad en relación a la IPP de que se trate.

Dos recaudos se deben satisfacer para ordenar una detención: que los elementos reunidos en la IPP autoricen a celebrar audiencia imputativa y que sea procedente solicitar la prisión preventiva del imputado.

El primer requisito atañe a la estimable responsabilidad del imputado. Obviamente se trata de un problema a definir sobre la base de cuestiones de hecho, de lo que se sigue la necesidad de concretar averiguaciones mediante la IPP (art. 253). La apreciación se extenderá sobre la ocurrencia del hecho y la responsabilidad personal del imputado.

Establecida que haya sido la identidad del presunto autor, el fiscal deberá preguntarse si los elementos reunidos lo autorizan a llevar adelante una audiencia imputativa porque razonablemente considera que llegado el momento podrá acusar al imputado (exigencia legal ésta derivada del artículo 274). Es un juicio absolutamente provisorio ya que a él podrán incorporarse otros elementos que resulten de la investigación en marcha, los que obviamente podrán modificar la situación.

Como ya se ha manifestado en la introducción, el conocimiento sobre el hecho delictivo y la responsabilidad del imputado en el mismo está condicionado por el momento en el que la solicitud se formula.

La "autorización" para recibir declaración al imputado, a que alude el artículo 214 del CPPSF, remite a lo preceptuado por el artículo 274

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE

respecto a que se convocará a audiencia imputativa "*...cuando el fiscal estimara que de los elementos reunidos en la investigación surge la probabilidad de que el imputado sea acusado como autor o partícipe de un delito...*", lo que implica atribuir al fiscal la apreciación tanto del mérito de los elementos con que cuenta la investigación, cuanto de si los mismos bastan para estimar que acusará al imputado.

El juicio de mérito del fiscal lo deberá llevar a la conclusión de que percibe suficientes razones para considerar seriamente que acusará, por advertir la existencia de sólidos elementos de cargo. Este es el juicio que ha de llevar a cabo el fiscal, actuando en forma objetiva (art.3.1, Ley 13.013), pero fatalmente desde la perspectiva de parte acusadora, interesada en la solución el caso.

En concreto, la pregunta que necesariamente deberá formularse a sí mismo el fiscal, es la siguiente: ¿cuento con elementos probatorios de cargo suficientes que me permitan acreditar ante el juez que el hecho delictivo se produjo y que el imputado participó del mismo? Al tratarse de una instancia en la que en principio no se produce prueba sino sólo se argumenta, la pregunta del fiscal puede también ser formulada de la siguiente manera: con los elementos probatorios de cargo con los que cuento, ¿puedo argumentar ante el juez que el hecho existió y que el imputado participó del mismo con algún grado de responsabilidad penal reprochable?

Los elementos probatorios que podrán ser invocados en las argumentaciones son varios, no existiendo limitación alguna (excepto las derivadas de la legalidad y razonabilidad): testimonios, informes,

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE

documentos, etc.

El segundo extremo a valorar antes de ordenar una detención es la procedencia de solicitar la prisión preventiva de quien se afectaría con tal disposición.

Debe actualizarse aquí la reflexión relativa a la existencia de diferentes roles de los sujetos procesales que intervienen en la instancia en que se define la prisión preventiva, para advertir que una cosa es que sea procedente *solicitar* la prisión preventiva (exigencia del artículo 214 dirigida al fiscal) y otra que sea procedente *imponer* la misma (consideración regulada en el artículo 219 y que tiene como destinatario al juez). Ha de tenerse presente que en ambos casos se trata de juicios que aunque fundados en la razón, son subjetivos y en los que por ende operarán distintas valoraciones y criterios, sobre todo si se tiene en cuenta que en tanto el juez debe ser imparcial e "impartial", el fiscal debe tener la visión de una parte en el proceso y cumplir una función acusatoria (*"...tiene por misión el ejercicio de la persecución penal pública ..."* según palabras de la ley 13.013 en su artículo 1).

El fiscal no debe forzarse a sí mismo intentado sustituir imaginariamente al juez en su decisión de imponer o no la prisión preventiva, sino simplemente asumirse a sí mismo como objetivo investigador-acusador y decidir, conforme a tal criterio, si existen elementos que justifiquen la petición de prisión preventiva.

Es que ya no se está en un proceso inquisitorio donde una misma persona -el Juez de Instrucción- era llamada a ser al mismo tiempo parcial

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE

e imparcial, sino en uno acusatorio donde las funciones están claramente distribuidas, y las partes, aunque en derecho, formulan sus pretensiones desde sus intereses y puntos de vista para que la decisión la tome el juez.

Para mayor claridad en el análisis, y a los fines de precisar los contornos del rol del fiscal del MPA, hay que tener presente que entre la solicitud de prisión preventiva del fiscal y la imposición de la misma por parte del juez, mediará la intervención del abogado defensor, que intentará argumentar en contra de la pretensión del fiscal, generalmente introduciendo elementos probatorios de descargo desconocidos por el fiscal. Esto último refuerza la idea de la distinción entre las tareas de *solicitar* prisión preventiva, propia del fiscal, y la de *resolver la imposición* de la misma, propia del juez.

En los primeros momentos de la investigación los elementos que tendrán los fiscales para decidir sobre la solicitud de prisión preventiva serán probablemente escasos y definitivamente provisionales, más eso no ha de operar paralizando la persecución.

Llegado este momento y porque como ya se vio, para ordenar una detención debe considerarse si será posible solicitar la prisión preventiva del detenido, deben analizarse, en sí mismas, las condiciones necesarias para la imposición de una prisión preventiva, lo que remite al estudio de los distintos incisos de los artículos 219 y 220.

• *Art. 219.1- Existencia de elementos de convicción suficientes para sostener la probable autoría o participación punible del detenido en el hecho investigado.*

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE

Ya se ha hecho referencia al requisito sobre la verificación de la existencia de elementos que permitan acreditar, en el caso concreto, la ocurrencia histórica del hecho delictivo (materialidad del hecho) y la participación del imputado en el mismo.

Si bien no debería haber dudas acerca del acaecimiento del hecho delictivo que es la base de la investigación penal que lleva adelante el fiscal, respecto de la participación del imputado en el mismo se habla de "probabilidad". Y siendo lo antes referido un juicio, ha de entenderse como "probable" aquello que, superando la simple posibilidad, razonablemente se presenta como dotado de apreciables aportunidades para ser u ocurrir: se alude a la probabilidad de algo cuando se señala que las razones existentes para su ser son más fuertes que para su no ser.

• *Art. 219. 2 – La pena privativa de libertad, que razonablemente pudiera corresponder en caso de condena, sea de efectiva ejecución.*

Obviamente sería un disparate encarcelar preventivamente a alguien para dejarlo en libertad en caso de ser condenado porque la pena no es de encierro o, siéndolo, no es de efectiva ejecución. De allí que para habilitar una prisión preventiva el Código requiera estudiar si la pena a imponer en caso de condena será de privación de libertad, y efectiva.

Aquí corresponde hacer una precisión.

En el marco del proceso acusatorio, es al fiscal a quien le corresponde estimar el monto de la pena. Aunque por supuesto esa determinación no obliga al juez, aporta un primer y muy importante parámetro respecto a la pena *"...que razonablemente pudiera corresponder*

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE

en caso de condena...".

Al momento de analizar la pertinencia de ordenar una detención, el fiscal deberá proyectar cuál será la pena que para el imputado solicitará. Se tratará obviamente de una estimación no definitiva, pero sí ajustada a las características del hecho y del autor, en la que inevitablemente estarán presente las consecuencias derivables de superar los tres años de prisión, fundamentalmente por la pérdida de la posibilidad de una forma condicional de cumplimiento de la condena. No cabe en esta tarea la arbitrariedad, pero repitiendo lo ya dicho, la labor se cumplirá desde la perspectiva de la parte acusadora.

Ninguna duda cabe respecto a que el juez no está obligado a aceptar la posición del fiscal respecto a la medición de la pena ni a su forma de cumplimiento, pero su eventual opinión distinta tampoco puede ser arbitraria sino que también debe ser fundada como expresamente reclama el precepto bajo análisis.

Ha de tenerse debidamente en cuenta que en el sistema del Código Penal la regla es el cumplimiento de las penas, y su excepción la condicionalidad.

En ningún momento nuestro Código Penal dice que el cumplimiento de toda condena que no exceda los tres años de prisión será dejado en suspenso, sino que por el contrario en su artículo 26 precisa que ello será *"facultad de los tribunales"*, para de inmediato indicar terminantemente que la decisión que se adopte en tal sentido "*...deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la*

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE

naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad...", agregando todavía como un deber a cumplir que "*...El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto...*"

Así entonces, como no existe ni debe existir mecanicismo en el otorgamiento de condenas condicionales, tampoco lo debe haber en el pronóstico de que serán acordadas.

Desde otra perspectiva, pero confluyente, se impone destacar que nuestro ordenamiento procesal tampoco indica que es suficiente con constatar que es *posible* el dictado de una condena condicional, sino que, coincidiendo con el Código Penal reclama una apreciación razonada sobre el punto, apreciación que por tanto debe necesariamente extenderse sobre todos los elementos que han sido incorporados al texto del artículo 26 del Código Penal.

Para solicitar un aprisionamiento preventivo el fiscal debe estimar cuál será la calificación jurídica del hecho y cuál la pena que solicitará, para luego y en caso de concluir que será de prisión y de cierta entidad[1], quedar en condiciones de poder solicitar el encierro cautelar ya que, como se ha señalado, la regla es el cumplimiento efectivo de ese tipo de penas y no existe razón legal alguna por la cual deba aceptarse especulativamente que se otorgará un cumplimiento condicional de la misma. Será en todo caso a la defensa a quien le corresponderá argumentar y fundamentar la

1 Las "Reglas de Mallorca" incluyen un parámetro que puede ser considerado: "*sólo se ordenará la prisión preventiva cuando la pena que previsiblemente se pueda imponer, sea privativa de libertad y superior a dos años*" (vigésimo; punto 2).

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE

excepción, aportando los elementos de prueba que considere pertinentes, para que en definitiva el juez resuelva, con los fundamentos que la ley sustantiva y procesal le exigen considerar.

• *219.3 – Las circunstancias del caso autorizaran a presumir el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación.*

Encolumnándose detrás de pautas constitucionales y convencionales, nuestro digesto procesal impide encarcelamientos preventivos por razones o finalidades sustancialistas, estableciendo una pauta fundamental: la libertad del imputado sólo puede ser restringida en los límites indispensables para evitar el entorpecimiento probatorio en la investigación o el juicio y asegurar la actuación de la pretensión punitiva (art. 10 CPPSF).

Quien pida una prisión preventiva deberá acreditar que la libertad del imputado crearía riesgos procesales.

Con precisión señala el Código (art. 220) que la existencia de los riesgos procesales podría elaborarse y acreditarse, en el caso concreto, recurriendo a las siguientes pautas:

• *La magnitud de la pena en expectativa.*

Es pena en expectativa aquella que resulta de probable aplicación al imputado atendiendo a la calificación jurídica del hecho y a las circunstancias particulares de determinación de la misma. Ya se hizo alusión a la relevancia que adquieren en este tema las pretensiones del

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE

fiscal.

Ese monto penal no indica por sí mismo nada categórico respecto a las posibilidades de existencia de peligros procesales, y en cambio puede conducir inesperadamente al resurgimiento de los otrora llamados "delitos no excarcelables". Sin embargo constituiría una torpeza ignorar que a mayor cantidad -y probabilidad de imposición- de una pena, mayores son las razones para considerar la posibilidad de fuga o entorpecimiento probatorio. Esto es lo que tiene en cuenta el Código Procesal.

Es dificultoso establecer cuál debería ser la magnitud de una pena para considerar que puede generar peligros procesales. Autorizada doctrina sostuvo que para tales efectos debe estarse a la pena mayor de 12 años de prisión por ser ella la establecida en nuestro Código como "pena grave" (la referencia se encuentra en el artículo 43, cuando se prevé la conformación de un tribunal pluripersonal). Desde nuestro punto de vista esa conclusión es cuestionable, ya que la exigencia de conformación de tribunales de juicio está fundada en la finalidad de otorgar mayor garantía al imputado frente a la eventualidad de una pena cuantitativamente importante.

La magnitud de la pena como pauta para formar criterio sobre la existencia de peligro procesal debe ser apreciada en íntima relación con las circunstancias del autor y nunca en abstracto. De esa conjunción resultará si es posible temer o no que el imputado actuará del modo indeseable que se trata de evitar.

- *La importancia del daño a resarcir y la actitud que el imputado*

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE

adoptara voluntariamente frente a él.

El precepto refiere a la importancia de las previsibles consecuencias del delito que se habría cometido, considerando esta vez al daño a resarcir en vez de a la pena, pero de inmediato asocia ello indisolublemente con la actitud que adoptó el imputado frente a él. Por supuesto que salvo casos de daños importantes, en los que se prevean indemnizaciones elevadas, el supuesto aquí considerado no tendrá la misma relevancia que el cumplimiento de la pena. Tampoco puede ignorarse que estas cuestiones pueden tener muy distinta importancia según sea la solvencia económica del imputado.

Sin embargo, criteriosamente aplicada al caso concreto, la pauta puede servir, junto a otras, para elaborar un pronóstico respecto a la conducta futura del imputado.

- *La ausencia de residencia fija.*

De nuevo se puede indicar que por sí sola esta circunstancia poco dice y en cambio puede resultar abrumadoramente injusta para personas vulnerables que puedan encontrarse "en situación de calle" o similar. Pero tampoco cabe duda respecto a que situaciones de desarraigo evidentes tienen que ser contempladas en el análisis.

Tangencialmente debe advertirse que para cualquier prédica sobre la residencia es menester conocer hechos, para lo que será necesario investigar. Es que no se trata aquí de constatar la tenencia de un domicilio formalmente declarado, sino de determinar la existencia de residencia concreta, como cuestión precisamente de hecho.

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE

• *El comportamiento del imputado durante el desarrollo del procedimiento o de otro procedimiento anterior, en la medida en que indicara su voluntad de perturbar o no someterse a la persecución penal.*

Esta última pauta interpretativa señalada por el artículo 220 es la que más directamente se relaciona con los riesgos procesales justificantes de las medidas cautelares.

Se trata de la constatación, en el caso concreto, de acciones o inacciones indebidas del imputado, que exterioricen su intención de perjudicar la investigación penal en curso, o el juicio en desarrollo.

Nuevamente aquí el legislador ha puesto sobre el acusador la carga de demostrar, con evidencias, los extremos sobre los que se basa su pretensión cautelar. Paralelamente, hacemos notar que la demostración del extremo comentado evidenciaría la existencia del riesgo procesal que justifica la solicitud de cualquier pedido cautelar, obviamente si se dieran los demás requisitos de procedencia que cada cautelar en concreto exige.

2) <u>Detención de persona aprehendida en flagrancia</u>.

Al comenzar a considerar la "Detención" se indicó que debía diferenciarse la detención de una persona que se encontraba en libertad, de la de quien hubiera sido aprehendida en flagrancia. Debería en este momento considerarse la segunda hipótesis, pero en realidad sólo se atenderá a un aspecto de ella, ya que en lo demás resulta forzosa la remisión a lo expresado al desarrollar el tema de la "Aprehensión".

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE

Ante el supuesto de sorprendimiento en flagrancia el Código prevé la aprehensión del así hallado, seguida del aviso de tal circunstancia -sin dilación alguna- al fiscal, "*...quien decidirá el cese de la aprehensión o la detención si fuera procedente...*" (art. 213). Este es el momento en que conforme a lo dispuesto en el artículo 214 el fiscal deberá valorar si existen elementos para concretar en relación al aprehendido audiencia imputativa, y si será procedente solicitar su prisión preventiva.

Pareciendo evidente que el propio hallazgo en flagrancia será más que suficiente (salvo por supuesto que se descrea de su veracidad) para considerar que al sorprendido debe convocárselo a audiencia imputativa, lo discutible serán los extremos que deben concurrir para solicitar la prisión preventiva, esto es, la estimación de la pena que correspondería y la acreditación de la peligrosidad procesal (todo según los parámetros establecidos en los artículos 219 y 220).

Para emitir un juicio fundado sobre esos extremos, será imprescindible disponer no sólo de algún tiempo para obtener ciertas precisiones vinculadas al hecho (sobre su calificación jurídica y la pena en abstracto posible), sino también para concretar algunas relacionadas con el imputado (¿tiene condenas anteriores?, ¿tiene residencia fija?) para llevar a cabo las cuales será preciso al menos identificar al aprehendido (art. 268.11), lo que puede demandar tiempo.

Teniendo en cuenta que no sería legalmente tolerable que se lo deje privado de libertad pero en situación de indefinición respecto a semejante medida, ha de meditarse respecto a la forma de encuadrar la situación.

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE

En principio parece que el arresto contemplado en el artículo 211 ya no sería posible de utilizar porque se ha individualizado al presunto responsable; precipitarse hacia su simple citación para audiencia imputativa podría generar reproches porque la decisión carecería del necesario estudio previo respecto a la existencia de riesgos procesales en el caso concreto (artículo 210); a su vez, la automática detención del aprehendido sería arbitraria, dado que no se habría antes establecido la procedencia de la solicitud de la prisión preventiva (art. 214).

¿Cómo proceder entonces?

Pues parece que debe volverse sobre el antes citado artículo 69 de la Constitución Nacional, pero esta vez para señalar que si la ley fundamental admite el arresto de senadores o diputados en caso de haber sido sorprendidos en flagrancia (esto es, pese a estar debidamente individualizados), ello también ha de admitirse para otros casos, llegándose así a dar respuesta al interrogante que aquí antes se planteara, para concluir que a cualquier aprehendido en flagrancia podrá también arrestárselo (prolongar la privación de la libertad) pese a estar suficientemente identificado como autor de un delito, pero ahora al sólo efecto de lograr las más urgentes averiguaciones que son necesarias para establecer con fundamento si se lo detiene o deja en libertad. Esto viabiliza también el deber de identificar al imputado que el artículo 268.11 impone a la autoridad policial.

Va de suyo que este arresto debe ser absolutamente transitorio y no superar el tiempo estrictamente necesario para emitir opinión fundada acerca de las condiciones establecidas en los incisos 2 y 3 del artículo 219,

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE MENDOZA

esto es, si la pena privativa de libertad que razonablemente le pudiera corresponder en caso de condena sería de efectiva ejecución, y si las circunstancias del caso autorizan a prever el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación.

Si el riesgo procesal debe ser probado en concreto y no en abstracto, si esa prueba de riesgo procesal no puede basarse en presunciones sino en argumentaciones fundadas en elementos concretos y suficientes, entonces el fiscal tendrá que, en la mayoría de los casos, procurar cierta información que reunirá recién luego de cierto tiempo (horas).

Por lo tanto, es razonable que el fiscal transforme la aprehensión en detención cuando estime que será procedente, en el caso concreto, la *solicitud* de prisión preventiva, más allá que luego, y conforme los elementos que vaya procurando, concluya en la inutilidad de la medida cautelar concreta, y decida solicitar otra alternativa o la libertad del imputado.

Prisión preventiva y sus alternativas.

Ya se estudiaron los requisitos para solicitar la prisión preventiva (ver "Detención"). También se analizó la información y los elementos de prueba necesarios para solicitar esa cautelar, distinguiendo los diferentes roles que le caben a los distintos sujetos procesales, en especial al fiscal y al juez. No parece necesario volver sobre estos temas.

Es pertinente en cambio detenerse en un aspecto de la prisión

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE

preventiva que se relaciona con lo que mencionáramos en la introducción al presente documento: la pretensión que se canaliza a través de cada medida cautelar, aspecto que nunca debe descuidarse y que guarda estrecha relación con las alternativas a la prisión preventiva.

El fiscal del MPA debe tener claro qué riesgo procesal pretende evitar, para solicitar la medida cautelar que mejor se adecue a esos fines. Y en esta búsqueda debe agudizar la imaginación a los fines de lograr la mayor eficacia posible de la cautela y el respeto a principios fundamentales de proporcionalidad y última ratio, aplicables a todas las medidas cautelares en materia penal.

Cuando el fiscal solicite prisión preventiva lo debe hacer en base a que la entiende como la más adecuada medida cautelar de las posibles, en función del riesgo procesal concreto que se quiere evitar. Caso contrario, debe solicitar una medida cautelar distinta, en base a las mismas razones de eficacia y proporcionalidad referidas, y por aplicación y respeto de lo dispuesto en el artículo 10 del CPPSF.

Esta es la razón por la cual no es aconsejable la solicitud alternativa o subsidiaria de medidas cautelares: en el planteo del fiscal al juez de aplicación de una medida cautelar dada tiene que existir el convencimiento que se trata de la medida más adecuada para el caso y el imputado concretos, que guarda directa relación con el riesgo procesal que se invoca, y cuyas consecuencias perjudiciales se intentan evitar.

En contextos dinámicos como el que plantea la audiencia en la que se resuelven medidas cautelares, puede suceder que el defensor argumente en favor de sustituir la prisión preventiva por alguna otra

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE

medida cautelar menos gravosa para el imputado. Sin embargo, esa situación es diferente a que sea el mismo fiscal el que solicite medidas cautelares subsidiarias o alternativas a la prisión preventiva. Si se hiciesen planteos del tipo desaconsejado, el fiscal perdería credibilidad y vería sensiblemente comprometido el éxito de su pretensión: ¿qué razón justificaría la solicitud de prisión preventiva si alternativa o subsidiariamente se conformaría con la prisión domiciliaria o la prohibición de acercamiento y contacto?

Un planteo semejante perdería eficacia, y quien lo formulara credibilidad como litigante.

Prisión preventiva y plazo.

Derivado de la naturaleza instrumental que tiene toda medida de coerción (art. 208), y del principio según el cual la libertad personal sólo podrá ser restringida en los límites indispensables para evitar el entorpecimiento probatorio en la investigación o el juicio y asegurar la actuación de la pretensión punitiva (art. 10), se recomienda que los fiscales del MPA introduzcan en sus argumentaciones el análisis de la dimensión temporal, en especial cuando se solicita la imposición de prisión preventiva.

El tiempo por el cual se solicitará la imposición de una medida cautelar determinada deberá tener directa relación con el riesgo procesal que se intenta evitar (fuga o entorpecimiento probatorio), y con el plazo que se estima necesario para llevar el caso a juicio.

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE

Si bien consideramos que no es sencilla esta tarea especulativa, que implica un esfuerzo argumental basado sólo en información preliminar (evidencias), paralelamente pensamos que es el mejor método para lograr racionalizar las solicitudes cautelares, en especial la prisión preventiva, objetivo institucional que nos hemos propuesto y explicitado en el "Primer documento base para la implementación de una política de persecución penal democrática" (ver punto IV "Hacer un uso racional y excepcional de la prisión preventiva priorizando la aplicación efectiva de medidas alternativas a la privación de la libertad").

La práctica que recomendamos implementar a los fiscales, vinculada a la argumentación en torno al plazo por el cual se solicita la medida cautelar, en especial la prisión preventiva, tiene por último una fundamentación política y axiológica que encuentra sus raíces en el modelo de juzgamiento penal que pretendemos implementar, que en esencia se distingue por exigir la legitimidad y constitucionalidad de todo ejercicio de poder estatal que tenga la potencialidad de afectar derechos fundamentales. Explicitar los fundamentos y el plazo por el que se pretende restringir un derecho fundamental (libertad del imputado) es una práctica deseable en el ejercicio funcional de todo fiscal del MPA.

Rebeldía.

En sus artículos 124 y 125 el Código Procesal Penal regula la procedencia y efectos de la rebeldía.

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE

Conforme a lo allí dispuesto, para que se declare rebeldía es necesaria la existencia de pedido de parte. Obviamente el fiscal, por la misión y funciones que le han sido legalmente asignadas, tendrá interés en la cuestión, debiendo para ello actuar en procura de la constatación de la incomparecencia, fuga o ausencia, para luego reclamar la declaración de rebeldía, con sus efectos.

Son causas de rebeldía la no comparecencia a la citación, fuga del establecimiento o lugar de detención, no obediencia a una orden de detención, y ausencia de la residencia fijada sin permiso del fiscal o tribunal.

La rebeldía puede ser excusada, pero solamente por "grave impedimento". La carga de esto pesa sobre el que se colocó en tal situación, no bastando con la sola invocación del extremo, sino que corresponde acreditar, con fundamentos, que existió un factor ajeno a su voluntad que le impidió cumplir con lo debido -esto es, que hizo que escapara la situación a sus posibilidades de control y solución-. Adviértase que conforme a la ley no basta con cualquier impedimento, sino que el mismo tiene que ser "grave", lo que priva de entidad eximente de responsabilidad a las simples dificultades, colocando al impedimento casi al nivel de imposibilidad.

La rebeldía no sólo tiene consecuencias sobre la marcha del proceso, sino también sobre la libertad del imputado, ya que en caso de ser constatada determinará que se disponga su detención y -lo que guarda íntima relación con los temas tratados en este documento- el nuevo examen de la coerción personal que corresponda.

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE

Una indebida tolerancia frente a situaciones que técnicamente podrían constituir rebeldías (¡pareciera en algunos ámbitos sociales existir la idea de que recién debe acatarse la tercera citación a juicio!), puede haber incidido, o estar aún haciéndolo, en cierto convencimiento de la ciudadanía respecto a la ineficacia de la Justicia.

Caducidad de beneficios relacionados a libertades.

La detención de un imputado, al que se le hubiera dispuesto la libertad provisional como alternativa o una morigeración de prisión preventiva en el marco de otro proceso penal, tiene parecidas consecuencias a las descriptas al desarrollar la rebeldía.

Es que en tal caso el artículo 229 establece la caducidad, de pleno derecho, de la libertad o morigeración concedidas.

Dr. JULIO de OLAZABAL
FISCAL GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN
PROVINCIA DE SANTA FE