

PROTOCOLIZACION
FECHA: 19/08/11
Dra. DANIELA AVANA GALLO
PROSECRETARIA
PROCURACION GENERAL DE LA NACION



Procuración General de la Nación

Resolución PGN N° 79 /11.-

Buenos Aires, 19 de agosto de 2011.

VISTO:

Las funciones encomendadas al Procurador General de la Nación por la Ley Orgánica del Ministerio Público (ley 24.946), en particular la de diseñar la política criminal y de persecución penal del Ministerio Público Fiscal (artículo 33, inciso "c") y coordinar las tareas entre la institución y las diversas autoridades nacionales (artículo 33, inciso "i") en el marco establecido por el Código Penal, las leyes especiales y el Código Procesal Penal de la Nación, y la experiencia recogida ante situaciones de carácter excepcional en el trámite de investigaciones por secuestros de personas, transmitida por la Unidad de Asistencia en Secuestros Extorsivos y Trata de Personas (UFASE); y

CONSIDERANDO:

La ley 25.760 reformó el Código Procesal Penal de la Nación en lo referente a la investigación de los delitos contenidos en los artículos 142 *bis* y 170 del Código Penal (secuestro de personas) atribuyéndole al Ministerio Público Fiscal, desde el inicio, la dirección de la investigación hasta la conclusión del sumario.

Desde entonces, la dirección de la investigación por parte de los Sres. Fiscales se ha enfrentado con un tipo delictivo con características particulares entre las que se destaca, además de su gravedad y urgencia, la de ser un delito en curso de ejecución. Esta última característica conduce a la convergencia inevitable de actuación de dos poderes del Estado con cometidos y competencias legalmente diferentes: el Ministerio Público Fiscal y el Poder Ejecutivo Nacional, a través de las fuerzas de seguridad. Ese momento se presenta cuando la víctima del delito se encuentra todavía privada de la libertad, con riesgo para su vida, mientras operan las demandas extorsivas de los captores.

La aludida convergencia de funciones ha llevado a interpretaciones diferentes en torno a qué funcionario es competente —o mejor dicho qué departamento de Estado lo es— para decidir sobre algunas cuestiones que el caso

regularmente va presentando en ese momento, entre las cuales se destaca la relativa a quién debe decidir sobre la oportunidad y el modo de hacer cesar el delito en curso.

Para dar respuesta a esta importante cuestión es preciso antes reconocer que las competencias de ambos poderes son distintas en tanto el reparto de funciones establecidas por la Constitución nacional y sus leyes reglamentarias así lo prescriben. La tarea preventiva *consistente en evitar la consumación del delito o disponer su cese* es eminentemente administrativa y pertenece, en consecuencia, a la órbita de funciones exclusivas y excluyentes del Poder Ejecutivo Nacional y las fuerzas de seguridad que de él dependan, mientras que la actividad de investigación judicial —en este caso delegada por ley en el Ministerio Público Fiscal— requiere para su desenvolvimiento de un proceso y de *un caso ya sucedido* que reclame la verificación acerca de su posible subsunción en una norma. Esta última función importa determinar los hechos que sirvan para mostrar la verdad de lo sucedido y, entre ellos, individualizar a los autores y partícipes en él (cf. p. ej. MAIER, Julio, Derecho Procesal Penal, II, Parte General, Sujetos procesales, Ed. del Puerto, 2003, ps. 409 y s.; MAGARIÑOS, Mario, Principio de división de poderes frente a la prevención y el castigo de un delito en ejecución, en: Revista de Derecho Penal y procesal Penal, N° 9, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, ps. 531/534).

Si bien es cierto que los casos de secuestro extorsivo pueden presentar diferencias entre unos y otros, lo es también que a partir de esta distinción es posible derivar ciertas líneas o principios de actuación que pueden, y deben, permanecer al margen de la variedad casuística.

Por lo dicho, en supuestos como el indicado, en que la actuación de los Sres. fiscales puede verse superpuesta con la actividad de fuerzas de seguridad comprometidas con hacer cesar el desarrollo de un delito que se ha comenzado a ejecutar (meta preventiva), la función de los Sres. fiscales debe atenerse al aseguramiento de aquellos elementos necesarios para probar la existencia y las características del *tramo del hecho ya sucedido y la identidad de el o los intervinientes en su comisión*. Por consiguiente, la tarea de los Sres. fiscales se limita a dirigir a las fuerzas policiales *única y exclusivamente* en lo que concierne a la recolección de elementos de prueba necesarios y válidos para sostener una imputación.

PROTOCOLIZACION
FECHA: 19/08/11
Dra. DANIELA ALVANA GALLO
PROCURADORA GENERAL DE LA NACION



Procuración General de la Nación

Por el contrario, y como lo establecen específicamente los artículos 183 y 186 del Código Procesal Penal de la Nación, tanto en los casos de flagrancia como en delitos de efectos permanentes (como el secuestro extorsivo) es competencia *exclusiva* del Poder Ejecutivo, a través de las fuerzas de seguridad, disponer lo necesario para hacer cesar el delito.

Ello no significa que, para llevar a cabo ese cometido, se deba hacer uso siempre e indefectiblemente de la fuerza pública. Menos aún que se lo deba hacer en forma inmediata, apenas se ha tomado conocimiento del delito. Por el contrario, la autoridad que ejerce el poder de policía puede –y debe– juzgar en cada caso acerca de la conveniencia y el momento de hacer uso de la fuerza pública, evaluar las alternativas menos cruentas y preferir la estrategia que conduzca al resultado preservando del mejor modo los derechos afectados, la vida y la integridad física de la víctima y de todos los involucrados.

De cualquier manera, queda claro que en ningún caso las fuerzas de seguridad requieren la orden de un fiscal para hacer cumplir la ley. Y mucho menos que deban impartir directivas de carácter operativo acerca del mejor modo de hacer cesar el delito en curso.

Conforme a lo que se ha venido diciendo, y sin que la siguiente mención sea excluyente de otros supuestos, no son por ej. atribuciones de un fiscal decidir sobre la oportunidad y conveniencia de aspectos que hacen a la negociación del pago de rescate, tales como: si el pago debe acordarse en moneda nacional o extranjera (aunque sí debe procurar que se individualicen fehacientemente los billetes, así como otros elementos frecuentemente utilizados como pago); si se sugiere a los familiares de la víctima la utilización de medios alternativos de comunicación telefónica; si se recomienda o no alcanzar rápidamente la suma exigida o si se opta por un interlocutor que no sea familiar, entre otras muchas cuestiones relativas a la negociación del pago que son de incumbencia administrativo-policial. Tampoco lo es la de decidir cuestiones ligadas a la logística que rodea el momento del pago: si se sigue al automóvil por rastreo satelital o por automóviles no identificados, si se debe o no interrumpir el pago de ese rescate mientras la víctima sigue privada de su libertad, etc.

Por otro lado, en lo que concierne a la hipótesis prevista en el artículo 227, inciso 5º, del Código Procesal Penal –incorporado por la ley 25.760–, la tarea del fiscal consistirá en evaluar y decidir si están dados los presupuestos legales que habilitan a los agentes de seguridad el ingreso sin orden judicial a una morada donde podría encontrarse cautiva la víctima, esto es, decidir acerca de la verosimilitud de la información que presenta el caso para, en consecuencia, resolver si existen sospechas fundadas de que en determinado lugar podría hallarse la víctima y que ésta corre peligro. Mas no será de su resorte establecer la conveniencia, el momento o el modo de llevar a cabo el procedimiento, pues éstas son cuestiones ajenas a la investigación judicial, relativas, antes bien, al mejor modo de hacer cesar el delito preservando la integridad física y la vida de la persona cautiva y, por tanto, de carácter netamente operativo.

A su vez, cualquier acto de presencia del fiscal en el lugar ha de interpretarse en el marco del propósito ya señalado que guía su actividad, a saber: dirigir la recolección de evidencias que sirvan para llevar a juicio a los responsables (guiar la labor de las fuerzas de seguridad evitando toda contaminación de la escena del hecho que asegure, a la vez, una minuciosa inspección y recolección de rastros que pueda revestir utilidad para la investigación –huellas dactilares, sedimentos papilosos, orina, entre otros–, asegurándose de que sea preservada la cadena de custodia de la evidencia). Mas nunca para asumir la dirección operacional del rescate con el que se busca hacer cesar el delito.

También forma parte de sus competencias, por supuesto, la realización de toda diligencia probatoria que, de acuerdo con su consideración y facultades, tienda a individualizar a los responsables del hecho en desarrollo: recepción de testimonios, análisis del contenido de las conversaciones telefónicas y del tráfico de comunicaciones de los aparatos telefónicos, líneas de servicio y chips utilizados en el caso (se recuerda sobre este punto la vigencia del instructivo elaborado por la UFASE y aprobado por Res. PGN 161/08), la realización de peritajes, siguiendo los recaudos establecidos en los artículos 270 y ss. del Código Procesal Penal de la Nación (directo o mediante exhibición de fotografías), reconocimiento de voces, etc.

Debe quedar claro entonces que los fiscales deben llevar a cabo una investigación –encaminada a comprobar el hecho, individualizar a sus responsables y

PROTOCOLIZACION
FECHA: 13.08.11
Dra. DANIELA IVANA GALLO
PROSECUTORA
PROCURACION GENERAL DE LA NACION

PROCURACION GENERAL DE LA NACION
FOLIO
3

Procuración General de la Nación

asegurar las pruebas que permitan sustentar la acusación— aunque las fuerzas de seguridad no hayan hecho cesar aún el delito. Consiguientemente, las decisiones y estrategias adoptadas por el poder administrador para resolver la situación no necesariamente impiden que se siga instruyendo la causa judicial iniciada.

Aunque parezca de toda obviedad, la delimitación de funciones esbozada no debe interpretarse, de ningún modo, como una inacción del Ministerio Público Fiscal o una especie de opción pasiva a la espera de la liberación de la víctima. Antes bien, importa un reconocimiento y afirmación de su rol en esa instancia crítica y sensible del caso que lo llevará a focalizar su quehacer en la realización de las labores que le competen y lo relevará de decidir sobre aquellas que son ajenas a sus funciones.

Lo dicho y el deslinde intentado no implican perder de vista que el Fiscal podría suponer, por ej., que la detención de quien va a cobrar el rescate está dirigida a “probar” el hecho. Pues es cierto que prueba, ni más ni menos, la responsabilidad de uno de sus autores; lo individualiza de un modo en que, posiblemente, no pueda volver a hacerlo en el futuro. Es decir, podría pensarse que en la acción de “hacer cesar el delito” el fiscal juega un interés que le es propio. Empero, es precisamente en la relación de fuerzas que presentan ambos intereses estatales (en una misma acción coinciden —y coliden— el interés preventivo policial en conjurar el peligro y hacer cesar el delito con el interés en la recolección de las pruebas necesarias para enjuiciar posteriormente a los responsables) que debe hacerse prevalecer uno de ellos. Y ése es el interés del Estado en hacer cesar el delito, eligiendo el mejor modo para hacerlo, con especial cuidado a la protección de la vida e integridad de la víctima conforme los estándares fijados por el Manual de la Lucha contra el Secuestro de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito del año 2005. Calificada doctrina extranjera sostiene similar parecer al afirmar que cuando se trata de “decidir si el interés en la realización de las medidas de persecución penal concretas debe prevalecer por sobre el interés en la realización de las medidas policiales preventivas necesarias para la protección del bien jurídico amenazado [...], [a]l menos en los casos de toma de rehenes esta ponderación debería conducir, por lo general, a darle la preferencia a las medidas policiales preventivas para la protección de los rehenes” (SK StPO-RUDOLPHI, 10a. ed., § 1, núms. 11 y 12).

Los mismos criterios rigen respecto de cualquier otro delito de efectos permanentes o caso de flagrancia, adaptándolos por supuesto a las particularidades de cada uno de ellos. Va de suyo que cuando se trate de delitos de competencia ordinaria corresponderá al gobierno local hacerlos cesar en uso de su poder de policía.

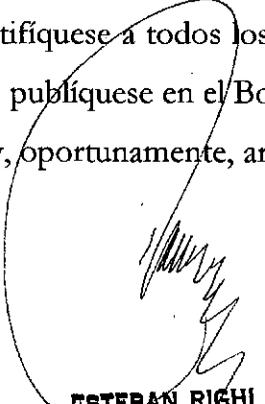
Por las consideraciones expuestas, y en ejercicio de las facultades conferidas por la ley 24.946,

EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

RESUELVE:

Artículo 1º: Instruir a los señores fiscales con competencia penal que integran el Ministerio Público Fiscal de la Nación para que adopten el criterio establecido en los considerandos.

Artículo 2º: Protocolícese, notifíquese a todos los fiscales con competencia penal de este Ministerio Público Fiscal, publíquese en el Boletín Oficial del organismo a través de la página *web* institucional y, oportunamente, archívese.



ESTEBAN RIGHI
PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN