



Fiscalía
GENERAL DE LA NACIÓN

FECHA

13 de mayo de 2019

NUMERACION

012

TITULO DE LA INSTRUCCION

Solicitud de medidas cautelares en el
Sistema Penal Acusatorio

INSTRUCCIÓN SOBRE SOLICITUDES MEDIDAS CAUTELARES EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

I) Sumario.

I. Sumario. **II.** Resumen. **III.** Palabras claves. **IV.** Glosario y abreviaturas. **V.** Objetivo. **VI.** Objeto. **VII.** Alcance. **VIII.** Antecedentes. **IX.** Marco normativo. **X.** Fundamentos conceptuales y teóricos para su adopción. **XI.** Contenido.

II) Resumen.

La presente instrucción busca fijar y unificar criterios en la actuación de los fiscales respecto a las solicitudes de medidas cautelares, en especial de la prisión preventiva.

III) Palabras claves.

Proceso penal acusatorio - medidas cautelares – prisión preventiva.

IV) Glosario y Abreviaturas.

CPP: Código del Proceso Penal

FGN: Fiscalía General de la Nación

ONU: Organización de las Naciones Unidas

CEDH: Comisión Europea de Derechos Humanos

DDHH: Derechos Humanos

V) Objetivo.

Unificar criterios de actuación de los fiscales y establecer lineamientos en su intervención en las solicitudes de medidas cautelares, en especial de la prisión preventiva.

VI) Objeto.

Lograr una actuación unívoca de todas las unidades fiscales en las solicitudes de medidas cautelares, en especial de la prisión preventiva.

Brindar a los equipos fiscales pautas y herramientas para la solicitud con éxito de medidas cautelares, en cuanto a la forma y argumentos que puedan enriquecer la solicitud de las mismas, lo que dependerá del análisis que se haga en el caso concreto en atención a las circunstancias particulares que lo rodean.

VII) Alcance

La FGN tiene dentro de sus cometidos fijar, diseñar y ejecutar la política pública de investigación y persecución penal de crímenes, delitos y faltas; ejercer la titularidad de la acción penal pública en la forma prevista por la ley y atender y proteger a víctimas y testigos de delitos (art. 13, literales A, C y D).

Los instrumentos por los que se fija y diseña la política pública de investigación y persecución penal son las instrucciones generales, que consisten en directrices de actuación destinadas al cumplimiento de los cometidos de la FGN en todas las áreas de su competencia y en particular, en las tareas de investigación de los hechos punibles y su adecuada persecución (art. 15 de la Ley N.º 19.483).

Constituye una directriz de actuación indispensable en la adecuada persecución criminal, establecer procesos de trabajo en la etapa de investigación y aún durante el proceso penal que se ajusten estrictamente al texto constitucional y al mismo tiempo, permitan optimizar los resultados de la investigación en el breve plazo que el imputado está detenido.

También resulta imprescindible, establecer directrices claras para la solicitud con éxito de las medidas cautelares que resultan necesarias para asegurar la sujeción del indago al proceso, evitar la destrucción u ocultación de pruebas o riesgos para la sociedad y la víctima y asegurar el cumplimiento de la sentencia condenatoria si la hubiere.

VIII) Antecedentes.

La Constitución de la República presupone la posibilidad de que exista prisión preventiva (arts. 10, 12, 27 y 72).

En similar sentido el art. 7 numeral 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, de fecha 22 de noviembre de 1969 establece que: *“Toda persona detenida o retenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.”*

Asimismo la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH) autoriza la privación de libertad cuando existan indicios racionales de que el indagado ha cometido una infracción o cuando se estime que ello es necesario para impedirle que cometa otra o que huya después de haberla cometido.

Con relación a este punto la **Resolución N.º 17 del VIII Congreso de la ONU** sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, reconoce como presupuesto cautelar la existencia de razones para creer que los indagados *“cometerán otros delitos graves”*.¹

¹ Cfr. Gabriel, Valentín y Santiago Garderes, *Código del Proceso Penal Ley N.º 19.293, (La Ley Uruguay, 2015)*, 66.

IX) Marco normativo

* Constitución Nacional de 1967 y sus modificaciones plebiscitadas el 26 de noviembre de 1989, el 26 de noviembre de 1989, el 26 de noviembre de 1994, el 8 de diciembre de 1996 y el 31 de octubre de 2004.

* Ley N.º 19.293 del 19 de diciembre de 2014 y modificativas, Código del Proceso Penal.

* Ley N.º 19.334 del 14 de agosto de 2015 “Creación de la fiscalía General de la Nación como servicio descentralizado en sustitución de la fiscalía de Corte y Procuraduría General de la Nación”.

* Ley N.º 19.483 del 5 de enero de 2017, “Aprobación de la ley orgánica de la fiscalía General de la Nación”.

* Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU (PIDCP) de fecha 23 de marzo de 1976.

* Convención Americana de Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica de fecha 22 de noviembre de 1969.

* Resolución N.º 17 del VIII Congreso de la ONU de fecha 7 de setiembre de 1990.

X) Fundamentos conceptuales y teóricos para su adopción.

El CPP establece la posibilidad de adoptar medidas cautelares para asegurar la comparecencia del indagado, preservar su integridad física y de la víctima y para evitar el entorpecimiento de la investigación, la fuga u ocultación del imputado y la seguridad de la sociedad. Lo dispuesto en dicha norma se traduce en la finalidad asegurativa de las medidas cautelares respecto al resultado de la investigación y del proceso penal hasta su culminación.

Para unificar criterios de acción la presente instrucción general pretende determinar y poner en obra la política pública de la Institución en lo que refiere a la solicitud de medidas cautelares.

XI) Contenido

XI.I) Medidas cautelares en el ámbito penal.

Finalidad

Las medidas cautelares son una respuesta preventiva al riesgo procesal. Con las mismas se pretende adelantar la materialización del riesgo procurando evitarlo. Procuran asegurar un resultado futuro que pueda producirse a lo largo de un proceso con la finalidad principal de evitar que el indagado se evada de la acción de la justicia o destruya elementos de prueba.

Nuestro ordenamiento enuncia las medidas cautelares que podrán solicitarse en el marco de un proceso o investigación penal en los arts. 221 y 222 del CPP ² reservando la regulación de la medida cautelar de prisión preventiva a los arts. 223 y siguientes del CPP.

Fundamento. Peligro procesal

Como se señaló, las medidas cautelares penales tienden a asegurar la funcionalidad del proceso penal y la realización material del mismo. La finalidad es evitar peligros para el proceso por posibles conductas del indagado que pongan en riesgo su realización e incluso frustrar el cumplimiento de la sentencia.

Las medidas cautelares son herramientas de protección del proceso frente a riesgos que provienen del sujeto indagado. La garantía del proceso implica mediante estas medidas la injerencia en determinados derechos subjetivos de aquél.

XI.II) Medidas cautelares a solicitar en el transcurso de la investigación preliminar.

Durante el transcurso de la investigación preliminar, en forma previa a la solicitud de formalización de la investigación, los fiscales deben solicitar las medidas cautelares necesarias a los efectos de asegurar el resultado de la investigación, dentro del elenco de las previstas en el art. 222 del CPP. En efecto, la referida norma establece que las medidas que podrán solicitarse en esta etapa son las previstas en los literales a, d, e y f del art. 221:

- el deber de fijar domicilio y no modificarlo sin dar inmediato conocimiento al tribunal;
- la prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine;
- la retención de documentos de viaje;

² Conforme surge del art. 221 del CPP las medidas de coerción que podrán solicitarse respecto del indagado son las siguientes:

- a) el deber de fijar domicilio y no modificarlo sin dar inmediato conocimiento al tribunal;
- b) la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen;
- c) la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;
- d) la prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine;
- e) la retención de documentos de viaje;
- f) la prohibición de concurrir a determinados sitios, de visitar o alternar en determinados lugares o de comunicarse con determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;
- g) el retiro inmediato del domicilio, cuando se trate de hechos de violencia doméstica y la víctima conviva con el indagado;
- h) la prestación por sí o por un tercero de una caución de contenido económico adecuada y proporcional a la gravedad del delito que se está investigando y a la condición económica del indagado;
- i) el arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga;
- j) la vigilancia del indagado, mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o de su ubicación física;
- k) la prohibición de abandonar el domicilio o residencia por determinados días u horarios, en forma que no perjudique el cumplimiento de sus obligaciones ordinarias;
- l) cualquier otra medida alternativa a la prisión preventiva, en las condiciones previstas en la ley;
- m) la prisión preventiva, en el caso en que las medidas limitativas anteriormente descriptas no fueren suficientes para asegurar los fines indicados precedentemente.

- la prohibición de concurrir a determinados sitios, de visitar o alternar en determinados lugares o de comunicarse con determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.

Merece especial atención la situación de aquellas personas que ingresan en algún centro asistencial de salud sin formalizar y se prevé su permanencia en el recinto hospitalario más allá de las 48 horas (art. 16 de la Constitución). Esta circunstancia dificulta la celebración de la audiencia de formalización y por ende, la resolución acerca de la solicitud de disponer medidas cautelares que pudiera solicitar el fiscal interviniente (art. 266.6 del CPP).

Sin perjuicio de la posibilidad de realizar la formalización en el propio recinto hospitalario y con ella el pedido de medidas cautelares (art. 221 del CPP) o solicitar la orden de detención del imputado - que se efectivizaría una vez dado de alta- los fiscales deben solicitar las medidas cautelares de prohibición de salir de determinado lugar que asigne el centro hospitalario y la prohibición de comunicarse con determinadas personas siempre que no se afecte el derecho de defensa. Deben solicitar además, la correspondiente custodia policial a los efectos de asegurar el cumplimiento de la cautela dispuesta en estos casos.

XI.III) La prisión preventiva

Procedencia

Merece especial mención la prisión preventiva como medida cautelar y con relación a ello, los requisitos que la legislación establece para solicitar su imposición. El art. 223 del CPP reconoce los derechos fundamentales en cuanto a la libertad personal, seguridad individual y presunción de inocencia. Sin perjuicio de ello, se admite expresamente la solicitud de prisión preventiva conforme a los requisitos dispuestos en el art. 224 del CPP.

Requisitos

Por disposición del art. 224 del CPP, el fiscal debe solicitar la prisión preventiva del indagado si hubiera semiplena prueba de la existencia del hecho y de su participación, y elementos de convicción suficiente para presumir que intentará fugarse, ocultarse o entorpecer de cualquier manera la investigación o que la medida es necesaria para la seguridad de la víctima o de la sociedad.

A - Peligro de fuga

El peligro de fuga del indagado se traduce en la potencial ausencia del mismo en la instancia judicial lo que -por aplicación del principio del debido proceso- impediría la persecución penal.

Es por ello, que el posible riesgo de fuga del indagado constituye un ejemplo de peligro procesal y para prevenirlo se justifica la solicitud y adopción de medidas cautelares, concretamente de la prisión preventiva.

El fiscal deberá utilizar algunos de estos indicadores, sin excluir otros: la falta de un domicilio, los desacatos, las inasistencias reiteradas a citaciones notificadas³, la ausencia de vínculos laborales o de estudio, la ausencia de cargas familiares, la disponibilidad de medios económicos, la huida de la autoridad policial y/o el permanecer oculto. Por otra parte, el fiscal deberá tener especial atención a la cercanía a cruces o pasos de frontera que agravan el riesgo de fuga. Ninguna de estas pautas deberá ser interpretada como forma de discriminación o criminalización de situaciones de marginalidad.

También el fiscal deberá considerar la gravedad del hecho y los bienes jurídicos que se vulneran a los efectos de argumentar el peligro de fuga. En ese sentido el fiscal deberá atender especialmente a la posible pena a recaer para el delito en cuestión.

Es importante señalar que la previsión de una pena alta para el delito, constituye un fuerte incentivo para que el imputado intente evitarla y por ende el fiscal deberá en esos casos solicitar la prisión preventiva no solo como medida asegurativa del proceso, sino también del cumplimiento de la sentencia condenatoria si la hubiere.

B - Entorpecimiento de la investigación

La obstaculización en la averiguación de la verdad es la posibilidad de que la persona intimide, amenace, coaccione o amedrente a víctimas y a posibles testigos; o falsifique, oculte, o destruya evidencia material. El entorpecimiento de la investigación podría guardar relación además con la posibilidad de que el indagado pueda amenazar a la víctima o testigos para que modifiquen sus declaraciones, este supuesto cobra relevancia en los casos de delitos violentos en donde el indagado y la víctima conviven en la misma casa o en el mismo barrio.⁴

En tanto estas circunstancias representan un grave riesgo de frustración procesal, ante su ocurrencia el fiscal debe solicitar las medidas cautelares con la finalidad de asegurar el material probatorio necesario.

Además de lo señalado el fiscal deberá atender a la gravedad de los hechos con apariencia delictiva, a la pena a recaer y a la posible afectación socio-económica del Estado como puede ser el caso de delitos de tipo económicos y/o complejos.

C - Peligro para la víctima o la sociedad

Nuestro ordenamiento no proporciona definición de lo que se entiende por peligro para la víctima o la sociedad. Otros ordenamientos establecen indicadores, ejemplo el CPP Chileno Ley N.º 19.696 (art. 140) que indica como elementos indicadores para valorar este extremo: i) la *gravedad de la pena asignada al delito*; ii) *el número de delitos que se le imputan y el carácter de estos*; iii) *la existencia de procesos pendientes*; iv) *la pluriparticipación*".

³ Cfr. Alejandra M. Alliaud, Audiencias preliminares al juicio oral (1ºed, Buenos Aires, Didot, 2016), 106.

⁴ Cfr. Alliaud, Audiencias..., 116.

El CPP presume en el art. 227.1 y 2 el riesgo para la víctima cuando existan motivos fundados que permitan inferir que el indagado puede atentar contra ella, su familia o sus bienes. Asimismo establece que existe riesgo para la sociedad cuando el indagado posea la calidad de reiterante o de reincidente, cuando se tratare de crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra.

La doctrina reconoce la existencia de fundamentos en el marco jurídico internacional respecto al peligro para la víctima o la sociedad como justificación de la imposición de una medida cautelar. Con relación a este punto la **Resolución N.º 17 del VIII Congreso de la ONU** sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente reconoce como presupuesto cautelar la existencia de razones para creer que los indagados “*cometerán otros delitos graves*”.⁵

En aplicación del art. 224.3 del CPP el fiscal debe solicitar la prisión preventiva como medida cautelar en el caso de que el indagado tenga la calidad de reiterante o reincidente y se le imputare alguno de los delitos previstos en el art. 224.2 del CPP.

Solicitud

Interesa principalmente referir a la solicitud de las medidas cautelares y concretamente de la prisión preventiva. Una vez elaborada la teoría del caso y si se considera que existen elementos suficientes para sostener la posible comisión de un hecho ilícito, la primera cuestión que deberá observar el fiscal es si existe peligro procesal, es decir, si existe riesgo para la continuación del proceso si no se adoptan medidas limitativas respecto del o los indagados. Ello impone al fiscal el deber de analizar la existencia de algunos de los extremos previstos precedentemente en cuanto al peligro de fuga, obstaculización de la investigación y peligro para las víctimas o la sociedad.

Para que proceda la solicitud de la medida cautelar de prisión preventiva, el fiscal deberá solicitar la audiencia de formalización de la investigación mediante el sistema. En la propia audiencia deberá expresar los fundamentos de dicha medida, invocando y fundando dos supuestos (art. 224 del CPP):

- 1) El supuesto material de las medidas:** implica que el fiscal invoque y fundamente la “razonable certeza” que tiene respecto a la ocurrencia del ilícito y de la participación del indagado en el mismo.
- 2) El supuesto procesal:** corresponde que el fiscal invoque y sustente mediante la existencia de un peligro procesal que debe imponerse la prisión preventiva como medida cautelar necesaria para el normal y efectivo desarrollo del proceso. Se requiere la existencia de elementos de convicción suficientes, que razonablemente permitan presumir la configuración de un riesgo de frustración procesal.

Fundamento de la solicitud

⁵ Cfr. Gabriel, Valentín y Santiago, Garderes, *Código del Proceso Penal Ley N.º 19.293*, (La Ley Uruguay, 2015), 66.

El fiscal deberá fundar la solicitud no sólo en los elementos específicos del caso, sino en los elementos que permitan sostener alguno de los peligros que justifican restringir la libertad del indagado para garantizar la culminación del proceso.

La solicitud debe contener una parte expositiva en la que se detalle el supuesto material de la medida y una parte argumentativa donde se invoquen con correlativa y específica fundamentación todos y cada uno de los elementos de convicción suficientes que se advierten en el caso y que hacen presumir la existencia de un riesgo de frustración procesal.

De acuerdo con el art. 224.2 del CPP, el riesgo de fuga, el ocultamiento, el entorpecimiento de la investigación, así como el riesgo para la seguridad de la víctima y de la sociedad, se presumen cuando el indagado posea la calidad de reiterante o reincidente y se le impute alguno de los delitos previstos en el mismo artículo.⁶

Por ser una presunción legal relativa que solo se destruye con prueba en contrario por parte de la defensa, la misma obliga al juez y al fiscal. Este último debe solicitar la prisión preventiva basándose en los hechos que legalmente la sustentan sin necesidad de justificar la solicitud, será la defensa la que en el caso concreto deberá probar o acreditar en contrario.

Sin perjuicio de lo cual, si del caso particular surgen elementos de especial relevancia que potencien el riesgo de frustración procesal, más allá del riesgo ya relevado por la ley, los mismos se deben exponer y fundar para justificar al tribunal la necesidad de que la medida contemple el debido y normal desarrollo del proceso y el cumplimiento de la sentencia.

En aquellas otras, donde no opera la presunción legal, el fiscal deberá tener especial atención en el relevamiento, exposición y argumentación de los elementos de convicción suficientes que en el caso a formalizar advierten sobre la existencia de un potencial riesgo de frustración procesal. El fundamento de cada uno de los elementos invocados, no debe limitarse a la sola enunciación con sustento en la normativa vigente, exige una debida justificación argumentativa con expresas referencias al caso concreto.

Conforme el art. 216 del CPP, es atribución del tribunal adoptar las medidas cautelares cuando ello le fuere requerido en forma.

Sobre la solicitud de medidas cautelares la doctrina ha señalado: que la misma deberá hacerse mediante *“una exposición ordenada que podría realizarse de la siguiente forma:*

- *Identificar claramente cuál es la medida cautelar solicitada y cuál es el peligro procesal alegado.*

⁶ Violación, abuso sexual, abuso sexual especialmente agravado, atentado violento al pudor (cuando el sujeto pasivo del delito fuese un menor de doce años), rapiña, copamiento, extorsión, secuestro, homicidio agravado, crímenes y delitos contenidos en la Ley N° 18.026, delitos previstos en el Decreto-Ley N° 14.294, delitos previstos en la Ley N° 19.574.

- *Establecido el peligro procesal (teoría jurídica puntual para la solicitud de medida cautelar), establecer cuáles son los extremos de hecho que llevan a la fiscalía a afirmar que efectivamente existe ese peligro.*
- *Fundamentar la proporcionalidad de la medida cautelar solicitada respecto a la magnitud del riesgo procesal acreditado.”*⁷

El juez necesita contar con información de calidad para resolver y no con esbozos escuetos de elementos que podrían justificar la solicitud de medidas cautelares. Es inútil plantear “*slogans normativos*”, como nombra Alliaud a la mera mención de los títulos.⁸

La verificación de los requisitos legales debe ser argumentada en forma profunda por el fiscal solicitante y se justificará en las evidencias de parte con las que cuenta (art. 266.6 del CPP).

En apoyo a la labor de los fiscales en las solicitudes de medidas cautelares, con énfasis en la prisión preventiva, se señala que las mismas están previstas y tienden a cumplir una finalidad cautelar y aunque esto puede ser redundante, el fiscal deberá fundar las solicitudes en tal sentido para desterrar el preconceito y la consecuente mala práctica de considerar que el principio de inocencia impide la solicitud de la prisión preventiva.

En consecuencia, sin desconocer los principios de excepcionalidad y proporcionalidad, las medidas cautelares, en especial la prisión preventiva, como cualquier otra de su especie, necesariamente persiguen la finalidad de evitar la inejecución de otras medidas procesales, en particular, sin descartar otras, la del dictado de la sentencia definitiva y del cumplimiento de la misma. La labor del fiscal en la solicitud debe destacar esto, no solo como un argumento estanco y genérico de las medidas, sino como un elemento dinámico que en el caso concreto y dada las circunstancias del mismo exige e impone la necesidad de que las medidas se mantengan más allá del tiempo de la investigación como única garantía de la realización material del proceso.

Plazo

La Ley no fija plazo para la duración de las medidas cautelares que puedan disponerse en sede penal. Ni siquiera fija plazo máximo o mínimo de duración para la prisión preventiva y no existe obligación de establecerlo. La única limitante es la del año extensible a otro más en virtud del art. 265 del CPP para la presentación de la acusación fiscal.

La determinación del plazo de las medidas cautelares y con mayor relevancia, de la prisión preventiva, tiene directa relación con lo ya señalado respecto a la finalidad que persiguen las medidas cautelares

⁷ Leticia Lorenzo, Manual de litigación (1ªed. 3 reimp., Buenos Aires, Didot, 2014), 68.

⁸ Cfr. Alejandra M. Alliaud, Audiencias preliminares al juicio oral (1ªed, Buenos Aires, Didot, 2016), 109.

en el marco de una investigación o proceso penal: permitir la realización de la investigación a fin de averiguar la verdad y conseguir aplicación de la ley penal sustantiva.⁹

Las únicas limitantes para la prisión preventiva son: el año extensible a uno más por disposición del art. 265 del CPP y los supuestos taxativos previstos en el art. 235. En esos casos, se establece un límite temporal, vencido el cual, de subsistir la medida esta se tornaría ilegal. En atención a este artículo y en ausencia de norma que limite el plazo por el cual se debe solicitar o disponer la medida, cabe interpretar que no hay imposición legal de que la medida deba acotarse a un plazo determinado. Se debe defender por todos los operadores jurídicos que la prisión preventiva no puede ser utilizada como una pena anticipada. Su naturaleza es coercitiva y su finalidad es prevenir y neutralizar el riesgo de frustración procesal. Esa prevención y neutralización exige, además de los elementos ya señalados, contemplar (en aquellos casos que así lo requieran sea por la gravedad del hecho, por la pena del delito indagado o por la extrema complejidad del caso) la necesidad de mantener la medida de prisión preventiva más allá del plazo propio de la investigación por conservarse incambiados los elementos y fundamentos de hecho que basaron su imposición.

En atención al caso en concreto el fiscal al solicitar la medida deberá evaluar la necesidad de que la misma comprenda la instancia de la presentación de la acusación y se extienda, en función del riesgo procesal invocado, hasta tanto sea necesario para el efectivo cumplimiento de la sentencia firme.

⁹ Cfr. Lorenzo, Medidas..., 71