

SANTA ROSA, 11 DE SEPTIEMBRE DE 2020

I. INTRODUCCIÓN.

A esta FIA han llegado denuncias en las que se ponían en conocimiento presuntos «excesos»¹ cometidos por agentes de la Fuerza Policial en cumplimiento de las funciones que les competen.

En común² tienen estas situaciones denunciadas en que se tratan de la intervención policial en el marco de la persecución del delito previsto en el Art. 205 del Código Penal:

«Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia».

-
- 1 No es la primera vez que se aborda la temática, ya que por Dictamen 04/2020-FG, dictamen suscripto por el Fiscal General de la FIA, se analizó en particular el caso de las «requisas personales» a ciudadanas y ciudadanos en infracción al Art. 205 del CP: «...quien es encontrado en este tipo de «infracción» sin mucho margen de dudas, probablemente no lleve consigo «armas de fuego» ni «elementos peligrosos», por lo que sería suficiente la «requisa de las ropas» (conforme artículos 115, 121 y 123 del Decreto 2017/80)...».-
 - 2 En algunas ocasiones, se realiza además la imputación a las personas infractoras del Art. 205 sobre la presunta comisión del delito del Art. 239 del Código Penal, que dice: «Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal». La Cámara de Apelaciones en lo Penal, en autos «A.M. s/ Atentado y Resistencia a la Autoridad» Expte 6628 ha fijado que: «con relación al delito de desobediencia, puede citarse a Creus, quien sostiene que “...la orden es el mandamiento, escrito o verbal, dado directamente -aunque no sea en presencia- por un funcionario público a una o varias personas determinadas para que hagan o no hagan algo...”. Y luego, al referirse a la legitimidad de la misma, agrega que “...la orden es propia de las funciones en cuanto pertenezca a la competencia del funcionario que la formula y esté configurada como orden, o sea, en cuanto cubra los recaudos formales exigidos por las leyes y reglamentos...”. (1)Consecuencia de ello resulta que no serán órdenes con el alcance delimitado por la norma penal, las resoluciones judiciales -ya sea autos, decretos o sentencias-, pero sí lo serán los mandamientos que tengan por objeto su ejecución. Aunado a ello, debe tenerse en cuenta otro elemento que contiene la norma, cual es el de la calidad de los sujetos que caen dentro de la figura. En este sentido, sujeto pasivo será el funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, o quien le prestare asistencia a requerimiento de aquél, impartiese una orden. Cabe destacar que el precepto claramente exige que este funcionario público sea competente para ello. Por su parte, adquiere la calidad de sujeto activo, el destinatario de dicho mandato -orden que cumple en forma acabada con los requisitos formales que lo completan- quien, estando obligado legalmente a cumplirlo, lo desobedeciere. Resta mencionar que el ordenamiento impone un límite a su aplicación. En este sentido, la orden debe ser clara y estar concretamente dirigida a persona o personas determinadas. A su vez, sólo delinque quien no cumple con la orden pudiéndola cumplir.» Ver fallo en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos37632.pdf>

Las «medidas adoptadas por las autoridades competentes»³ refieren, en especial, a los Decretos de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo Nacional Nro. 260/2020 y Nro. 297/2020, todos ellos prorrogados hasta el día de la firma de este Dictamen.

El DNU 260/2020 dice, en lo que aquí importa, dice:

«ARTÍCULO 1°.- EMERGENCIA SANITARIA: Ampliase la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541, en virtud de la Pandemia declarada por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de UN (1) año a partir de la entrada en vigencia del presente decreto.

ARTÍCULO 21.- TRATO DIGNO. VIGENCIA DE DERECHOS: Las medidas sanitarias que se dispongan en el marco del presente decreto deberán ser lo menos restrictivas posible y con base en criterios científicamente aceptables. Las personas afectadas por dichas medidas tendrán asegurados sus derechos, en particular: I - el derecho a estar permanentemente informado sobre su estado de salud; II - el derecho a la atención sin discriminación; III – el derecho al trato digno.

ARTÍCULO 22.- INFRACCIONES A LAS NORMAS DE LA EMERGENCIA SANITARIA: La infracción a las medidas previstas en este Decreto dará lugar a las sanciones que resulten aplicables según la normativa vigente, sin perjuicio de las denuncias penales que corresponda efectuar para determinar la eventual comisión de delitos de acción pública, conforme lo previsto en los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal».

Esta peculiar situación obliga a evaluar las posibles conductas irregulares de los agentes de la Fuerza en ejercicio de sus funciones desde una «perspectiva integral», que incluya no sólo esbozar criterios más certeros para la actuación de la herramienta que posee el Estado Administrador para que sus normas sean cumplidas (la propia Policía), sino también para todas las ciudadanas y ciudadanos, en tanto a que sus derechos son el límite infranqueable de la actuación de aquél.

II. EL ROL DE LA FUERZA POLICIAL.

Corresponde, en primer término, deslindar cuáles son las funciones de la Fuerza Policial. Para ello, es dable repasar qué dicen las normas en este sentido.

³ Dice Zaffaroni que: «...Existen casos en que la ley penal se limita a establecer una conminación, dejando que la acción prohibida sea determinada por otra ley, que puede ser también formal, pero que por lo general no lo es: se trata de las llamadas leyes penales en blanco». Y, más adelante: «...a través de las leyes penales en blanco, el Legislador penal está renunciando a su función programadora de criminalización primaria, que la transfiere a funcionarios y órganos del poder ejecutivo y, al mismo tiempo, está incurriendo en el abandono de la cláusula de última ratio propia del estado de Derecho...». En: ZAFFARONI, Eugenio R. «Derecho Penal. Parte General», 2002, Ediar Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera (Buenos Aires), p. 115-116

El Art. 1 del Anexo I del Decreto Provincial Nro. 1244/1995, ordenatorio de la NJF Nro. 1064/1981 dice:

«La Policía de la Provincia de La Pampa depende del Poder Ejecutivo por intermedio del Ministerio⁴ de Gobierno y Justicia.

Tiene a su cargo el mantenimiento del orden público, es auxiliar permanente del Poder Judicial y representante y depositaria de la fuerza pública para resguardar la seguridad personal y patrimonial de la población.

Ejercerá sus funciones en todo el territorio de la Provincia, excepto en aquellos lugares sujetos, exclusivamente, a jurisdicción federal o militar».

Luego, el Art. 7 de la misma norma dice:

«La función de policía de seguridad consiste, esencialmente, en la preservación del orden y la seguridad públicos y en la prevención del delito».

De la lectura de los artículos anteriores, surge que la función policial es triple:

- a) mantenimiento del orden público;
- b) prevención del delito.
- c) auxiliar permanente del Poder Judicial.

¿Cómo lleva adelante estas funciones?

Según el «Protocolo de Intervención Operativa Policial», Anexo I de la Resolución 75/2012 «J», la función policial se lleva adelante, conforme al Capítulo V.2.:

«El personal de servicio, en desempeño de sus funciones, utilizará en la medida de lo posible, medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y las armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto. El uso de la fuerza, incluyendo los distintos tipos de armas, debe ser moderado, racional, progresivo y proporcional, considerando el riesgo a enfrentar el objetivo legítimo que se persiga.

Para preservar el orden público, empleara sólo medios autorizados por ley o reglamento y escogerá siempre entre los eficaces aquellos que causen menos daño a la integridad de las personas y de sus bienes. Tales medios no podrán utilizarse más allá del tiempo indispensable para el mantenimiento del orden o su restablecimiento».

Respecto del Uso de las Armas de Fuego, el punto 3 dice:

«El personal uniformado en servicio puede emplear el arma de fuego entregada en dotación, cuando esté previsto que la fuerza y otros mecanismos no son disuasivos. El armamento debe ser utilizado para ocasionar el mínimo daño posible a la integridad de las personas y bienes.

Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, el personal de servicio ejercerá moderación y actuará en proporción a la gravedad del delito y el objetivo

⁴ A la fecha de la firma del presente dictamen, por medio del Ministerio de Seguridad, creado por Ley Nro. 3170, publicada en Boletín Oficial 3381.

legítimo que se persiga, reduciendo al mínimo los daños y lesiones, respetarán y protegerán la vida humana.

No emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad o para impedir su fuga y solo en caso que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos.

En cualquier caso, solo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida. En las circunstancias previstas anteriormente, el o los empleados policiales se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficientes para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro el o los mismos y se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso.

Asimismo, se deberán observar los siguientes principios:

3.1. Ejercer moderación y actuar en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga.

3.2. Reducir al mínimo los daños y lesiones y respetar y proteger la vida humana.

3.3. Proceder de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas.

3.4. Procurar notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas.

3.5. Cuando al emplear la fuerza o armas de fuego, se ocasionen lesiones o muerte, el hecho se comunicará inmediatamente al superior jerárquico.

3.6. El arma de fuego solo debe ser desenfundada cuando esté determinado su uso; no debe servir como elemento de amenaza o coerción.

3.7. En sitios donde haya aglomeración o riesgo para terceras personas, es preferible buscar procedimientos de policía alternos al empleo de las armas.

3.8. El personal policial en servicio no podrá alegar obediencia de órdenes superiores si tenía conocimiento de que la orden de emplear las armas de fuego, a raíz de la cual se ocasionó la muerte o heridas graves a una persona, era manifiestamente ilícita y tuvieron una oportunidad razonable de negarse a cumplirla. De cualquier modo, también serán responsables los superiores que dieron las órdenes ilícitas.

3.9. El personal policial en servicio no podrá invocar circunstancias excepcionales tales como situaciones institucionales y/o personales o cualquier otra situación pública de emergencia para justificar el quebrantamiento de los principios anteriormente mencionados».

Respecto del Uso de las Esposas, el punto 6 dice:

«Están definidas como los elementos de apoyo utilizados para reducir físicamente, inmovilizar e impedir la fuga de las personas capturadas y su traslado desde el lugar de los hechos hasta las instalaciones policiales o ante las

autoridades competentes. Cuando el empleo de las esposas sea necesario, se deberán observar los siguientes principios:

6.1. Las esposas no deben quedar sujetadas al punto de ocasionar lesiones o escoriaciones.

6.2. El sospechoso o persona detenida no puede quedar asegurado a lugares u objetos que pongan en peligro su seguridad e integridad o faciliten su fuga.

6.3. Las esposas no deben ser utilizadas para propiciar abusos sobre el capturado.

6.4. En los procedimientos de conducción con menores de edad no se deben utilizar esposas, ni elementos que puedan atentar contra su integridad».

Cabe citar, finalmente, el Memorandum 02/2020⁵ de fecha 14 de abril de 2020, suscripto por el Ministro de Seguridad de la Provincia. En su parte pertinente dice:

«A. PRIMERO: El objetivo del aislamiento preventivo obligatorio es la reducción de circulación de las personas en la vía pública, evitando a su vez la concentración de las mismas en las comisarías y dependencias de las fuerzas de seguridad.

SEGUNDO: En relación a la posible identificación de personas que se encuentren en infracción a la norma, deberá primar el buen trato y respeto. En tal sentido deberá:

a.- Contar identificación personal

b.- Identificarse y explicar el motivo de la presencia en el lugar.

c.- Consultar sobre los motivos por los que la persona está circulando, teniendo en cuenta las excepciones previstas en los Decretos de Necesidad y Urgencia y Decisiones Administrativas mencionados anteriormente, que permiten el tránsito de personas que cumplan trabajos y/o brinden servicios en determinados rubros (...)

TERCERO: Se recuerda la necesidad de recabar e indagar -de manera previa a su detención- los motivos por los cuales la persona se encuentra fuera de su domicilio y, en todos los casos en que así proceda, deberá darse la debida e inmediata intervención a la autoridad judicial competente.

CUARTO... QUINTO... SEXTO...»

Como afirmáramos más arriba, de la triple función policial en estas líneas abordaremos las primeras dos: mantenimiento del orden público y prevención del delito.

Para ello, la Policía cuenta con numerosos **medios disuasivos**: uso de uniforme y portación de arma, patrullaje en sus diferentes modalidades, conocimiento de la

⁵ En tanto que, como ha sostenido la Procuración del Tesoro de la Nación en numerosas ocasiones, «...por la teoría de la calificación jurídica según la cual los actos tienen la denominación que corresponde a su naturaleza (v. Dictámenes 244:660; 250:67 y 150; 251:224 y 399)...» (extracto del Dictamen 258:411); más allá de la calificación de «Memo», la disposición anotada dista de ser mera 'actividad doméstica' de la Administración (al decir de LINARES [en su obra «Derecho Administrativo» 2007, Editorial Astrea], sin efectos hacia terceros); sino, en cambio, es una verdadera decisión administrativa.

jurisdicción, uso de medios sonoros (silbatos, sirenas) y físicos (balizas, gestuales).

También cuenta con otros medios, más graves a los derechos individuales, como el uso de la fuerza física, el uso de arma de fuego y esposas.

El mantenimiento del orden público y la prevención del delito se realiza, entonces, en el marco de la «vigilancia» urbana y rural, esto es: la observación atenta y persistente de personas, cosas o situaciones, para seguir su evolución, desarrollo o consecuencias de forma tal que, el objetivo de esa «vigilancia» sea el resguardo de la paz social.

Las formas, tiempos y modos, y el sobre qué se hace foco en esa mirada atenta, en esa «vigilancia», está en manos de la autoridad política, hoy el Ministerio de Seguridad del Poder Ejecutivo y, a partir de las instrucciones investigativas y de seguridad, en Jefatura de Policía.

Lo anterior **no** implica que la Policía actúa **sólo** ante la comisión de «delitos» o que actúa **porque** las conductas intervenidas merecen la calidad de tal. Por el contrario, la mantención y preservación del orden público y la prevención, se presenta frente a conductas que no necesariamente son «delitos».

Diferente es el caso de la actuación policial en el marco de la comisión de delitos. En esta hipótesis, se vuelve el **«auxiliar permanente»** del Poder Judicial.

Y, cómo se afirmó al comienzo, este Dictamen tiene su razón de ser en la actuación policial en cuanto interviene en situaciones presuntamente delictivas: la infracción al Art. 205 del CP.

III. LA POLICIA COMO AUXILIAR PERMANENTE DEL PODER JUDICIAL I: EL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

El Código Procesal Penal de la Provincia⁶ establece en los Art. 277 y siguientes, las funciones de la Policía como «auxiliar» del Poder Judicial.

El Art. 277 dice, respecto de la función judicial de la Policía:

«La policía en su función judicial deberá investigar, por iniciativa propia, en virtud de denuncia, o por orden del Ministerio Público Fiscal, los delitos de acción pública, impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores e individualizar a los culpables.»

⁶ Sancionado por Ley Nro. 3192.

Si el delito fuere de acción pública dependiente de instancia privada, sólo deberá proceder cuando reciba la denuncia prevista en el artículo 9, con los recaudos allí prescriptos».

El Artículo 278 define las atribuciones de la Policía en su función judicial:

«Los funcionarios de la policía tendrán las siguientes atribuciones:

- 1) Recibir denuncias;*
- 2) Cuidar que el cuerpo y los rastros del delito sean conservados y que el estado de las cosas no se modifique hasta que llegue el Fiscal;*
- 3) Disponer, en caso necesario, que ninguna de las personas que se hallare en el lugar del hecho o sus adyacencias, se aparten del mismo mientras se lleven a cabo las diligencias que correspondan, de lo que deberá darse cuenta inmediatamente al Fiscal;*
- 4) Si hubiere peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación, hará constar el estado de las personas, cosas y de los lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, y demás operaciones que aconseje la policía científica;*
- 5) Disponer de los allanamientos del artículo 173 y las requisas urgentes con arreglo al artículo 176;*
- 6) Si fuere indispensable, ordenar la clausura del local en donde se suponga por vehementes indicios, que se ha cometido un delito grave, o proceder conforme al artículo 235;*
- 7) Individualizará a los testigos, pudiendo interrogar a los mismos en las condiciones previstas por este Código;*
- 8) Aprender a los presuntos culpables en los casos y formas que este Código autorice; y*
- 9) Usar de la fuerza pública en la medida de la necesidad.*

No podrán recibir declaración al imputado, pero si éste espontáneamente quisiera hacer alguna manifestación, se dejará constancia de la misma.

Los auxiliares de la policía tendrán las mismas atribuciones para los casos urgentes o cuando cumplan órdenes del Fiscal o del Tribunal que intervenga».

El Art. 280 dice:

«COMUNICACIÓN Y PROCEDIMIENTO. Los funcionarios de la policía comunicarán inmediatamente al Fiscal competente, todos los delitos que llegaren a su conocimiento.

Se formará un proceso de prevención que contendrá:

- 1) El lugar, hora, día, mes y año en que fue iniciado;*
- 2) El nombre, profesión, estado y domicilio de cada una de las personas que en él intervinieran; y*
- 3) Las declaraciones recibidas, los informes que se hubieran producido y el resultado de todas las diligencias practicadas.*

La intervención de los funcionarios policiales cesará cuando comience a intervenir el Fiscal, pero la policía en su función judicial continuará como auxiliar del mismo.

El sumario de prevención será instruido y remitido sin tardanza al Fiscal, dentro de los cinco (5) días corridos a partir de la fecha de su iniciación. Dicho término

podrá prolongarse hasta diez (10) días, en virtud de autorización judicial, en caso de distancias considerables o dificultades insalvables de transporte».

Otros artículos del Código Procesal Penal en el que se encuentra regulada la actuación de la Policía como auxiliar de la Justicia:

El Art. 113 establece:

«PODER COERCITIVO. LUGAR DE LOS ACTOS PROCESALES. En el ejercicio de sus funciones, el órgano judicial competente podrá requerir la intervención de la fuerza pública y disponer las medidas que considere necesarias para el seguro y regular cumplimiento de los actos que ordena.

El Ministerio Público Fiscal podrá constituirse en cualquier lugar del territorio provincial, con el objeto de llevar adelante actos propios de su función».

El Art. 173 del mismo Código dice:

«ALLANAMIENTO SIN ORDEN. No obstante, lo dispuesto en los artículos anteriores, la Policía podrá proceder al registro y al allanamiento de morada sin previa orden judicial cuando:

1) Por incendio, explosión, inundación u otro estrago, se hallare amenazada la vida de los habitantes o la propiedad;

2) Se denunciara que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en una casa o local, con indicios manifiestos de ir a cometer un delito;

3) Se introduzca en una casa o local algún imputado de delito a quien se persigue para su aprehensión; y

4) Voces provenientes de una casa o local anunciaren que allí se está cometiendo un delito o pidan socorro».

El Art. 176, respecto de las requisas personales, por remisión expresa del Art. 278 inc. 5 dice:

«REQUISA PERSONAL⁷. El Juez, a requerimiento del Ministerio Público Fiscal, ordenará la requisa de una persona, mediante decreto fundado, siempre que haya motivos suficientes para presumir que oculta en su cuerpo o sus ropas cosas relacionadas con un delito. Antes de proceder a la medida podrá invitársele a exhibir el objeto de que se trate.

El Juez podrá proceder personalmente o disponer la delegación del acto.

Las requisas se practicarán separadamente, respetando el pudor de las personas.

Si se hiciera sobre una mujer serán efectuadas por otra, salvo que eso importe demora en perjuicio de la investigación.

La operación se hará constar en acta que firmará el requisado; si no la suscribiera se indicará la causa.

La negativa de la persona que haya de ser objeto de la requisa, no obstará a la misma, salvo que mediaren causas justificadas».

⁷ Sobre las «requisas personales» en especial, ver Nota a Pie nro. 1 y Dictamen 04/2020-FG de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, publicada en la página web del organismo.

Luego, el Art. 238 dice:

«DETENCIÓN SIN ORDEN JUDICIAL. Los funcionarios y auxiliares de la policía tienen el deber de detener aún sin orden judicial:

1) Al que intentara un delito, en el momento de disponerse a cometerlo;

2) Al que fugare, estando legalmente detenido;

3) A la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de culpabilidad, a partir de la existencia de una información razonablemente fidedigna, que posibilite la revisión judicial en el momento previsto por el artículo 240; y

4) A quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad».

El Art. 240 dice:

«PRESENTACIÓN DEL DETENIDO. El funcionario o auxiliar de la policía que haya practicado una detención sin orden judicial, deberá presentar inmediatamente al detenido ante la autoridad judicial competente»

El Art. 257 define los fines de la Investigación Fiscal Preparatoria:

«...1) Recolectar elementos probatorios que posibiliten fundamentar tanto la acusación como el pedido de sobreseimiento; y 2) Comprobar la extensión del daño causado por el delito...».

De la mera lectura del articulado transcrito, surge que la Policía como auxiliar de la función judicial, en la persecución del delito, **no actúa por su propia voluntad**, sino bajo estrictos parámetros legales que la ubican como un actor más de aquellos que intervienen en el proceso de aplicación de una sanción legal a una conducta considerada disvaliosa: la materialización de la garantía del «debido proceso».

La «persecución penal» de esa conducta disvaliosa puede comenzar con la actuación policial (Art. 277, primer supuesto, CPP), pero nunca se agota allí mismo.

Se impone, entonces, la pregunta: ¿cómo debe proceder la Fuerza Policial ante un delito de las particularidades presentadas?

IV. LA PERSECUCIÓN A LA CONDUCTA INFRACTORA DEL ART. 205 DEL CÓDIGO PENAL.

1. Las particularidades del delito tipificado en el Art. 205 del Código Penal.

Las personas detenidas o demoradas por los y las agentes policiales en el marco de la violación de las medidas administrativas de aislamiento, que integran la tipicidad del Art. 205 del Código Penal son sorprendidas «en flagrancia» (Art. 238 inc. 4).

¿Por qué? Porque la característica sobresaliente del tipo penal es que se integra con una serie de decisiones administrativas que fijan las medidas que deben cumplir los ciudadanos en el marco del así denominado «aislamiento social, preventivo y obligatorio». La violación a las decisiones administrativas se subsumen al verbo típico: «...el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia...»

Entre las medidas del aislamiento se encuentran la prohibición de circulación a un determinado horario, la prohibición de reunirse, el requerimiento de permisos específicos y tareas comerciales que no pueden desarrollarse.

La acción de los y las agentes policiales, termina siendo, entonces, de una mera constatación de las infracciones a las decisiones administrativas que se integran al Art. 205. Cuando un ciudadano está circulando en la vía pública sin un permiso adecuado o fuera del horario establecido en «esas decisiones administrativas», está «cometiendo un delito». Cuando, en un operativo de frontera provincial, una ciudadana intenta ingresar indebidamente a la provincia, está «cometiendo un delito».

En todos estos casos, la policía actúa como «auxiliar permanente» del Poder Judicial.

2. Las denuncias recibidas en la FIA. A raíz de la situación de peligro a la salud pública que importa el estado de pandemia y las posteriores decisiones del Poder Ejecutivo Nacional -y, en su consecuencia, del Poder Ejecutivo de la Provincia-, la Policía de la Provincia gestó diversos «operativos» para la prevención del delito (Art. 205 CP) y la mantención del orden público.

Ya hemos visto más arriba los medios de que dispone la fuerza policial para ello.

Las denuncias llegadas a esta sede, en trámites ante la Dirección General de Sumarios Especiales, dan cuenta de un presunto «exceso de celo», de un «exceso en el uso de la fuerza», en definitiva, de un posible «exceso en la persecución» del delito.

El análisis de las presentaciones referidas muestra como elementos comunes los violencia verbal, malos tratos, el uso de la fuerza física, incluso casos de lesiones leves a los ciudadanos o ciudadanas, y hasta el uso de recursos restrictivos de la libertad como el esposamiento, traslado en patrullero y encarcelamiento.

Más allá de la específica investigación que cada caso ameritó y por el que se están instruyendo las investigaciones respectivas, es dable evaluar cómo debe ser el proceder policial en el marco de la ésta en su **función como «auxiliar judicial»**.

En primer término, la Policía no actúa en forma «aislada» o por propia motivación, sino que lo hace siguiendo un marco de instrucciones investigativas y de seguridad (del Ministerio de Seguridad y/o Jefatura de Policía) o instrucciones jurisdiccionales (a través de los funcionarios judiciales o del Ministerio Público).

¿A qué tipo de actuación nos referimos? Según el Art. 277 del Código Procesal Penal:

- a) la investigación de los delitos de acción pública;
- b) impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores;
- c) e individualización de los culpables.

El supuesto en que la Policía actúa bajo instrucciones del Ministerio Público Fiscal, no merece -en el presente dictamen-, mayor análisis.

En el caso de la actuación «por iniciativa propia» o «por denuncia», se aprecia un margen de mayor discrecionalidad, en tanto que la Fuerza Policial actuará en el marco de aquella política investigativa y de seguridad (fijada por el Ministerio de Seguridad y Jefatura, como se ha dicho).

Las políticas investigativas y de seguridad se manifiestan concretamente en las instrucciones que recibe Jefatura de Policía desde el Ministerio de Seguridad (su autoridad política) y el Cuerpo de la fuerza desde la Jefatura.

La manifestación concreta de tales políticas investigativas y de seguridad se concretizan a través de las órdenes de la cadena de mando, hasta la ejecución real y efectiva de las acciones que se consideran pertinentes por los y las agentes que están en el lugar; hasta finalmente dar las comunicaciones establecidas en los Art. 278 y 280 del CPP: El agente o la agente que detienen un auto que circula en infracción al horario, el o la agente que piden por identificación de un ciudadano y el permiso de circulación, etc.

No es dable concluir que, porque la actuación de la Fuerza policial se despliega entre márgenes de discrecionalidad, entonces está ajena a algún tipo de evaluación en virtud de los fines que tiene en miras .

3. Juicio de adecuación⁸. La evaluación que puede válidamente hacerse de la actuación policial exige tener en miras tres elementos: los medios disponibles por la Fuerza, el fin legal para el cual se solicita que utilice esos medios y, finalmente, una relación de «proporcionalidad» entre ambos.

La primera evaluación posible la realiza el o la agente de calle, quien está en el lugar, efectuando la vigilancia, el patrullaje, el operativo; quien se interrelaciona e interpela con el o la ciudadano infractor. El recurso que elige este o esta agente para poner en marcha el debido proceso por la acción típica del delito que aquí estudiamos es la primera oportunidad en la que se sopesa la relación entre medios de que dispone (los recursos funcionales) y los fines que persigue.

Y, para saber si la relación entre medios y fin es proporcional, entendemos que es necesario hacer un «juicio de adecuación».

Afirma CIANCIARDO⁹ que: *«Lo primero que se exige de una medida es que tenga un fin. Lo segundo, que sea adecuada para el logro de ese fin. Es decir, que sea capaz de causar su objetivo»* El autor lo denomina «juicio de adecuación» y servirá de modelo para los presentes párrafos.

Esta «adecuación» puede definirse como *«...un medio adecuado cuando con su auxilio puede **favorecerse el resultado perseguido...**»¹⁰.*

De esta manera, se trata de controlar el (posible) exceso en la actuación pública -en los casos aquí analizados, a través de la Policía- respecto del fin perseguido, la prohibición de ese exceso y, por supuesto, que el «fin» sea adecuado, es decir, favorezca o haga más efectivo el derecho. En otras palabras, que las restricciones a los derechos fundamentales no sean «desproporcionadas»¹¹.

¿Cuál es el fin? El que ha sido propuesto por el Legislador en la norma cuya protección se busca a través del proceso penal. En el Art. 205 del Código Penal. Afirma CREUS que: *«...Por supuesto que el bien jurídico protegido no ofrece aquí duda alguna: directamente se protege la salud pública, que es la que ataca la epidemia»¹².* Y, también: *«...Los atentados contra la salud se incluyen entre los*

8 El juicio de adecuación entre medio y fin requiere otras evaluaciones que exceden al presente dictamen (como por ejemplo, las capacidades técnicas requeridas de los medios, las decisiones políticas, etc.). Por ello se toma aquí como pauta general de análisis del proceder policial en el marco de la persecución del delito establecido en el Art. 205 del CP.

9 CIANCIARDO, Juan. «El Principio de Razonabilidad», 2004, Ábaco Ediciones (Buenos Aires), p. 62

10 Op. cit.

11 Ver también, en relación con el juicio de adecuación, el artículo: CIANCIARDO, Juan. «El Subprincipio de Necesidad y el Control Constitucional de Razonabilidad», 2003, ED 185-898, publicado en SAIJ id:DACF030013.

12 CREUS, Carlos. «Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II», 1983, Astrea Ediciones (Buenos Aires), p.88.

delitos contra la seguridad común como creadores de peligro para una comunidad, es decir, para la salud pública, entendiéndose por tal aquella de la que goza el público en general, indeterminadamente. En otras palabras, es el estado sanitario de la población lo que se protege....»¹³

Es imperioso entender que el fin no está en la actuación unitaria, individual, atomizada de la fuerza policial -como bien podría ser, conseguir el objetivo de aprehender al ciudadano en infracción al aislamiento social para que «deje de infringir»- sino que esa acción concreta en realidad es parte de las estrategias para llevar a cabo el medio (el uso de la fuerza) para la protección de la salud pública en el marco de un proceso conforme el Art. 1 del Código Procesal Penal.

La actuación de la fuerza policial es el medio que utiliza el Estado, para alcanzar un fin adecuado y que, para el caso, no está discutido: la protección de la salud pública, el bien jurídico protegido por el Art. 205 del CP.

Ante un hecho presuntamente delictivo, se inicia un proceso en el que uno de los actores, la Policía, tiene determinadas funciones o acciones para que, iniciado ese proceso, concluya de forma tal que, si el «bien valioso» (la salud pública) se vio violentada, entonces la persona sea castigada o, en caso de que no, sea absuelta de la acusación.

Se trata, entonces, de que los y las agentes policiales **escojan** de entre los medios «idóneos» que tienen a disposición (ya enumerados y que surgen del Manual Operativo y el Memo Nro. 02/2020) para el logro del fin: uso de uniforme y portación de arma, patrullaje en sus diferentes modalidades, conocimiento de la jurisdicción, uso de medios sonoros (silbatos, sirenas) y físicos (balizas, gestuales); medios más graves a los derechos individuales, como el uso de la fuerza física, el uso de arma de fuego y esposas; y los que se encuentran en el Código Procesal Penal, en forma excepcional, como el allanamiento de morada, la requisa personal y la detención.

Pero, no «cualquier medio», ya que la elección no es indistinta, sino que, de todos ellos, aquél que sea menos restrictivo de los derechos fundamentales involucrados.

V. LA POLICIA COMO AUXILIAR PERMANENTE DEL PODER JUDICIAL II: PERSECUCIÓN POLICIAL Y PENAL.

A lo ya expuesto, entendemos que es imperioso resaltar que el rol de la Policía como «auxiliar» policial **no** es independiente del desarrollo del proceso penal.

¹³ Op. cit., p.74-75.

Ninguna parte del proceso, en tanto «parte interviniente» y tampoco ninguna fase del proceso (en cuanto etapas en las que se desarrollan los actos procesales) se encuentran aisladas. Responden todas ellas al fin mismo del proceso.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que «...no caben interpretaciones que sólo conducen a atribuir más importancia a los medios que se instrumentan para alcanzar dicha finalidad, que a éste en sí misma... luego de largo proceso, bajo el pretexto de una cuestión de competencia, de hecho se priva al interesado de la administración de justicia, haciendo prevalecer a los medios -las formas- sobre los fines -la sustancia-, conculcándose también el criterio de esta Corte Suprema que estableció que las formas a las que deben ajustarse los procesos han de ser sopesados en relación con el fin último a que éstos se enderezcan, o sea, a contribuir a la más efectiva realización del derecho (confr. Fallos: 308:552, consid. 2º)...».¹⁴

El caso de la Corte Suprema citado, si bien trataba sobre una «cuestión de competencia» y la displicencia de dos jurisdicciones en resolver una situación, bien es trasladable a los casos en estudio.

Así como ningún tribunal puede dejar sin amparo derechos de ciudadanos frente al Poder Público en la «cuestión de competencia», ya que no es más importante el medio (el proceso) que el fin (el derecho que debe -o no-ser reconocido); frente a la persecución del delito, el razonamiento en el presente caso debe ser el mismo.

Aún en flagrancia, las restricciones que se imponen a las libertades personales en forma de «recursos» que la fuerza policial tiene (la aprehensión, la requisa, las notificaciones por la infracción al Art. 205 del CP), en tanto parte de un proceso, nunca pueden ser más importantes, más valiosas, hasta el punto de anular los derechos de las personas.

En el esquema por CIANCIARDO, podemos afirmar que los medios de que dispone la Fuerza Policial **sólo** tienen sentido en el marco de un proceso, en tanto auxiliares de la justicia, en el cual adquieren su finalidad última.

Fuera de este proceso y fuera de las funciones establecidas en los Art. 1 y 7 de la N.J.F. 1064/1981 y del Art. 278 del CPP no hay función policial legítima.

La noción de «**exceso**», entonces, que se ha denunciado en la conducta de algunas y algunos agentes, a la hora de llevar a cabo la tarea de «mantenimiento

¹⁴ CSJN, Fallos 311:2004 «E. G. M. vs. Municipalidad de Pinamar»; y también en Fallos 324:911 «A. C. R. y Otro».

del orden», «prevención» y, por sobre todo, intervención en el marco de las infracciones al Art. 205 del CP, es conteste con **acciones y conductas que no son adecuadas al fin**, conforme a lo ya explicado.

Lo que aquí se explicita no es ajeno a la legislación ya vigente.

Si observamos el texto del Protocolo Operativo, Capítulo V Punto 2 (transcripto en el Pto. II del presente), se exhorta al «personal de servicio» a usar medios no violentos y **sólo** se podrá utilizar la fuerza y las armas de fuego cuando **los medios no violentos no garanticen el logro del resultado previsto**.

La fórmula se aplica desde la negación: la no garantía del logro del resultado previsto [con la intervención policial no violenta] habilita el uso de la fuerza.

Si invertimos la fórmula, se deberá usar siempre medidas no violentas en la medida en que se garantice el logro del resultado previsto [con esas medidas y en función del «para-qué» de esa intervención policial].

El Memorando nro. 2 del Ministerio de Seguridad, elaborado especialmente por la situación de pandemia y regulando los modos de intervención de la Policía, dice: *«...En relación a la posible identificación de personas que se encuentren en infracción a la norma, deberá primar el buen trato y respeto... Consultar sobre los motivos por los que la persona está circulando (...) Se recuerda la necesidad de recabar e indagar -de manera previa a su detención- los motivos por los cuales la persona se encuentra fuera de su domicilio y, en todos los casos en que así proceda, deberá darse la debida e inmediata intervención a la autoridad judicial competente...»*

De la decisión administrativa citada se observa la manda es la primacía del «buen trato y respeto» y la «consulta» respecto de los motivos por los que las personas circulan, para luego sí, dar intervención a la autoridad judicial. El «debido proceso», garantía constitucional, se concretiza en la instrucción en tanto que, por un lado, recepta el trato digno y luego, un primigenio «derecho» de la persona de dar su explicación, aún en la situación de flagrancia.

Reiteramos que el agente o la agente que, en el marco de la efectivización de políticas investigativas y de seguridad, así como en la persecución del delito, se encuentran en la calle, constatando las infracciones penales de los ciudadanos, integran el primer eslabón de la cadena del proceso penal. Con La doctrina y la jurisprudencia brevemente visitada, concluimos la eficacia de la adecuación tiene

relación con la menor afectación del derecho o con la mayor efectivización del derecho (según su faz restrictiva o performativa)¹⁵.

VI. CONCLUSIONES.

1. En el curso del séptimo mes de «aislamiento», se ha generado una casuística suficiente que exige de todos los actores públicos involucrados, un abordaje integral respecto de las denuncias por posibles «excesos».

2. De acuerdo a la normas vigentes, la Fuerza Policial tiene una triple función: a) mantenimiento del orden público; b) prevención del delito y c) auxiliar permanente del Poder Judicial.

Cada una de esas funciones se llevan adelante con acciones determinadas, también por la ley. Por ejemplo: uso de uniforme y portación de arma, patrullaje en sus diferentes modalidades, conocimiento de la jurisdicción, uso de medios sonoros (silbatos, sirenas) y físicos (balizas, gestuales); medios más graves a los derechos individuales, como el uso de la fuerza física, el uso de arma de fuego y esposas; y los que se encuentran en el Código Procesal Penal, en forma excepcional, como el allanamiento de morada, la requisa personal y la detención.

3. Las funciones de la Policía no se realizan en forma aislada sino que dependen de instrucciones de política de seguridad e investigativas

Las directivas emanan del Ministerio de Seguridad o de Jefatura, según sea el caso; y de instrucciones del Ministerio Público Fiscal.

4. Cuando la Policía actúa frente a una acción delictiva, en flagrancia, lo hace en carácter de «auxiliar de la justicia».

En ese caso, el Código Procesal Penal establece como fines de su actuación: a) la investigación de los delitos de acción pública; b) impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores; c) e individualización de los culpables.

5. La característica sobresaliente del tipo penal del Art. 205 del CP es que se integra con una serie de decisiones administrativas (los Decretos de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo Nacional). Estas decisiones administrativas fijan las medidas que deben cumplir los ciudadanos en el marco del así denominado «aislamiento social, preventivo y obligatorio».

15 En igual sentido dictaminó el Fiscal General de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas respecto de las «requisas personales» (ver Nota a pie nro. 1). El Ministerio Público Fiscal hizo lo propio ,receptando conceptualmente el dictamen 04/2020 de la FIA, en la Resolución del Legajo 96993.

6. La actuación de la Policía en estos casos (Art. 205 del CP) debe ser adecuada.

Una acción es adecuada cuando con su auxilio puede favorecerse el resultado perseguido.

8. Para evaluar cómo actúa la Policía hay que tener en cuenta: los medios disponibles por la Fuerza, el fin legal para el cual se solicita que utilice esos medios y, finalmente, una relación de «proporcionalidad» entre ambos.

9. La relación entre los medios de que dispone la Policía y las finalidades por las que actúa sea tal que aquél pueda ser causante de éstas.

10. El y la agente de calle realizan la primera evaluación, al momento de intervenir, en el lugar, en el momento, frente a la comisión en flagrancia, del delito.

En esa primera evaluación, se trata de controlar el posible exceso en la actuación de la policía respecto del fin perseguido, la prohibición de ese exceso y, por supuesto, que el «fin» sea adecuado, es decir, favorezca o haga más efectivo el derecho.

11. Las restricciones ejercidas legítimamente a través de la fuerza policial a los derechos fundamentales, no deben ser «desproporcionadas».

12. Las restricciones que se imponen a las libertades personales en forma de «recursos» que la fuerza policial tiene nunca pueden ser más importantes que el derecho de las personas.

13. Los medios de que dispone la Fuerza Policial sólo tienen sentido en el marco de un proceso, en tanto auxiliares de la justicia, en el cual adquieren su finalidad última.

14. La manda de la autoridad política es clara: prima el «buen trato y respeto» y la «consulta» respecto de los motivos por los que las personas circulan, para luego sí, dar intervención a la autoridad judicial.

El «debido proceso», garantía constitucional, se concretiza en tanto que, por un lado, recepta el trato digno y luego, un primigenio «derecho» de la persona de dar su explicación, aún en la situación de flagrancia.

15. Los y las agentes de la fuerza tienen la obligación de ejercer las facultades, y disponer de los medios y recursos que la Ley y las reglamentaciones les asignan para hacer cumplir la ley, a través del mantenimiento del orden, la prevención del delito y el auxilio permanente de la Justicia.

16. El ejercicio de tales facultades, el uso de tales recursos, en ningún modo puede afectar en forma inadecuada los derechos fundamentales de las personas identificadas en infracción al Art. 205 del CP. Siempre la elección del medio recaerá sobre el que sea menos lesivo.

17. Las ciudadanas y ciudadanos que son identificadas con motivo de la infracción al Art. 205 del CP tienen el derecho de ser tratados con respeto y, dar, en primer término, explicaciones respecto del motivo de la circulación.

VII. Remítase el presente al Ministerio de Seguridad de la Provincia a efectos de que tome intervención y efectúe los aportes y/o aclaraciones pertinentes. Cumplido, remítase a Jefatura de Policía de la Provincia.

FISCAL GENERAL.

FISCALIA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS

DICTAMEN NRO. 07/2020

FDO: JUAN CARLOS CAROLA – FISCAL GENERAL

hmt