

Dirección

ANSELMO CASTELLI, AGUSTÍN CHIT, CARLOS CASAS NÓBLEGA

Coordinación

ALEJANDRO SEBASTIÁN ALE, EUGENIA CAFFERATA,
GRACIELA GONZÁLEZ, MARÍA ALEJANDRA MÉNDEZ, ISABEL NEGRE

Sistema acusatorio: desafíos y nuevas perspectivas

Comité Académico

DANIEL ASÍS, CARINA JAIME, IGNACIO MENDIZÁBAL, LUCÍA ORSETTI

Autores

ANDRÉS FABIÁN BASSO (PREFACIO) - FRANCO E. PICARDI (PRÓLOGO)

JORGE OSCAR VILTES MONIER - ROXANA GUAL - MARÍA JOSEFINA VARGAS - JUAN MANUEL GASSET - MARTÍN MIGUEL MONEDERO - JUAN PABLO BELLO - MARÍA NOEL FERNÁNDEZ RIVERA - SILVINA ZIMERMAN - FACUNDO CAPURRO ROBLES - YANINA TOCCHETTON - NATALIA ZORZIN - HERNÁN KLEIMAN - MATÍAS EZEQUIEL EIDEM - ALEJANDRO MARTÍN BORAWSKI CHANES - JESÚS GABRIEL MERCADO - RAMÓN AGUSTÍN FERRER GUILLAMONDEGUI - JAVIER TEODORO ÁLVAREZ - MALENA DERDOY - MARÍA VICTORIA MEZA - PAULA MALLIMACI BARRAL - FERNANDO GABRIEL ALCARAZ - MELINA JUAN - MARIANA GAMBA CREMASCHI - MATÍAS G. ÁLVAREZ - AGUSTÍN CHIT - DANIEL SCHURJIN ALMENAR - PABLO CASTELLI - PABLO BENDER - SANDRA M. RUGGIERI





SISTEMA ACUSATORIO: DESAFÍOS Y NUEVAS PERSPECTIVAS

DIRECCIÓN

CARLOS CASAS NÓBLEGA | AGUSTÍN CHIT | ANSELMO CASTELLI

COORDINACIÓN

GRACIELA GONZÁLEZ | EUGENIA CAFFERATA | ISABEL NEGRE |
MARÍA ALEJANDRA MÉNDEZ | ALEJANDRO SEBASTIÁN ALE

COMITÉ EDITOR

DANIEL ASÍS | LUCÍA ORSETTI | IGNACIO MENDIZÁBAL | CARINA JAIME

2025



Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Editorial, la Institución, el Director ni del Comité Editorial.

Se prohíbe la reproducción total o parcial
de esta obra sin la autorización expresa.

IJ International Legal Group
Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 - PB,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina
CP: 1048
TE: +54 011 5276-8001

ÍNDICE

Prefacio

Andrés Basso..... 13

Prólogo

Franco E. Picardi..... 15

SISTEMA ACUSATORIO: DESAFÍOS Y NUEVAS PERSPECTIVAS.....

19

Inquietudes que surgen de la aplicación del Código Procesal Penal Federal

Jorge Oscar Viltes Monier..... 21

La Política de Persecución Penal en la Fiscalía de Distrito Salta a partir de la implementación del sistema acusatorio

Roxana Gual..... 47

Las Convenciones Probatorias. Errores y aciertos en su aplicación

María Josefina Vargas..... 67

Cómputo de las medidas de coerción en el Código Procesal Penal Federal

Juan Manuel Gaset..... 81

La nueva ley de “reiterancia”

Martín Miguel Monedero..... 97

Prófugos: rebeldía, captura y extradición

Juan Pablo Bello..... 121

La Asistencia Jurídica Internacional en el nuevo Código Procesal Penal Federal de la Nación

María Noel Fernández Rivera..... 143

El rol del Ministerio Público Fiscal en el goce efectivo de los derechos territoriales de los pueblos indígenas: desafíos y tensiones en la implementación del mandato constitucional Silvina Zimerman Facundo Capurro Robles Yanina Tocchetton Natalia Zorzin.....	163
SALIDAS ALTERNATIVAS AL PROCESO.....	179
La conciliación y los conflictos con la ley penal previos Hernán Kleiman Matías Ezequiel Eidem.....	181
Lavado de activos, delitos tributarios y sistema acusatorio (conf. Leyes 27.743 y 27.739) Alejandro Martín Borawski Chanes.....	195
Delitos ambientales y reparación integral Desafíos y oportunidades en el Código Procesal Penal Federal Jesús Gabriel Mercado.....	211
DERECHO DE LAS VÍCTIMAS.....	229
Breve análisis de los derechos de las víctimas del delito en el Sistema Acusatorio Ramón Agustín Ferrer Guillamondegui.....	231
Reflexiones sobre la aplicación de la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos -Ley n° 27.372- en el sistema acusatorio Javier Teodoro Alvarez.....	253
El trabajo con víctimas en los modelos acusatorios adversariales Malena Derdoy María Victoria Meza.....	277
Más allá de la condena: la reparación económica a las víctimas de violencia sexual en el proceso penal Paula Mallimaci Barral.....	289

CRIMEN ORGANIZADO. NARCOCRIMINALIDAD, TRATA DE PERSONAS Y DERECHO PENAL ECONÓMICO.....	305
Trata de personas y ejercicio de derechos de sus víctimas.	
La casuística en la provincia de Mendoza	
Fernando Gabriel Alcaraz Melina Juan.....	307
Técnicas especiales de investigación en el sistema acusatorio:	
agente revelador y entrega vigilada	
Mariana Gamba Cremaschi Matías G. Alvarez.....	327
El recupero de bienes y activos ilícitos en la Argentina	
J. Agustín Chit.....	343
La publicación de un extracto de la condena dictada contra la persona jurídica: una pena a repensar desde el entorno digital y el lenguaje claro, en el marco del proceso acusatorio	
Daniel Schurjin Almenar.....	363
Exclusión probatoria y derecho a la intimidad de funcionarios públicos. Tensión de principios a la luz de un caso real	
Pablo Castelli.....	379
EJECUCIÓN PENAL	393
Los roles del Juez con funciones de ejecución y del Ministerio Público Fiscal en la tercera etapa del proceso.	
La progresiva implementación del sistema adversarial acusatorio	
Pablo Bender.....	395
OTROS	419
El millonario negocio de los criaderos ilegales: del maltrato animal a la organización criminal	
Sandra M. Ruggieri.....	421

AUTORIDADES DE LA AMFJN

PRESIDENTE

Andrés Fabián Basso

VICEPRESIDENTE ESTAMENTO JUECES

María Elena López

VICEPRESIDENTE MP FISCAL

Franco Eduardo Picardi

VICEPRESIDENTE MP DEFENSA

Maria Carolina Ocampo

VICEPRESIDENTE FUNCIONARIOS

Ignacio Rodríguez Berdier

SECRETARIA GENERAL

Paula Andrea Castro

PROSECRETARIO GENERAL

Marcelo Gallo Tagle

TESORERO

Marcelo Peluzzi

PROTESORERO

Maximiliano Callizo

SECRETARIO DE ACTAS

Eduardo Roberto Machín

CONSEJO DIRECTIVO

Andrés Fabián Basso

María Elena López

Franco Eduardo Picardi

María Carolina Ocampo

Ignacio Rodríguez Berdier

Paula Andrea Castro

Marcelo Gallo Tagle

Marcelo Alejandro Peluzzi

Maximiliano Alberto Callizo

Eduardo Roberto Machín

Vivian Barbosa

Javier Leal De Ibarra

Manuel Malbran

Yamile Bernan

Gonzalo Gassull

Corina Paulucci

María Fernanda López Puleio

Herman Mendel

Ariel Alejandro Ovelar

María Virginia Sansone

Néstor Pablo Barral

María Pilar Rebaudi Basavilbaso

María Mercedes Crespi

Agustín Davila Marks

María Jimena Monsalve

REVISORES DE CUENTAS

Federico Calvete

Luciano Lauría

Pablo Esteban Larriera

**AUTORIDADES COMISIÓN
DE REVISTA Y BIBLIOTECA**

PRESIDENTA

Melina de Bairros Moura

COORDINADOR

Alejandro Sebastián Ale

INTEGRANTES

María Amelia Expucci

María Alejandra Méndez

Guadalupe Jantus

Pablo Ordóñez

Hemilce Núñez

Graciela González

Estela Vera Gómez Bello

Eugenia Cafferata

Manuel Álvarez del Rivero

Patricio Luxardo

Camila Blanco

Sergio Jallil

Prefacio**Andrés Basso***

Es un honor presentar esta obra fruto del esfuerzo conjunto de la Comisión del Ministerio Público Fiscal y de la Comisión de Revista y Biblioteca de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional. En estas páginas, se refleja un compromiso plural y dedicado hacia la profundización y fortalecimiento del sistema acusatorio en el fuero federal, iniciativa que representa un avance sustancial en pos de garantizar la transparencia, eficiencia y justicia en nuestra institución.

La implementación del sistema acusatorio constituye un cambio paradigmático en nuestra tradición judicial, promoviendo mayores derechos a la defensa, más celeridad en los procesos y una mejor participación de las partes en igualdad de condiciones. Este trabajo colectivo busca no solo documentar y analizar las fases de esta transformación, sino también ofrecer herramientas y perspectivas que propicien su consolidación y perfeccionamiento.

A través de sus capítulos, los lectores encontrarán análisis, antecedentes, desafíos y buenas prácticas que contribuyen a fortalecer la comprensión y el desarrollo de este proceso en nuestro país. Este esfuerzo colectivo busca consolidar un marco de referencia que sirva de guía para todos los operadores judiciales involucrados.

Nos sentimos orgullosos de la colaboración interdisciplinaria y del compromiso compartido de quienes, desde diferentes ámbitos, aportan su experiencia y conocimientos. A través de esta publicación, esperamos contribuir a la formación, reflexión y mejora continua del sistema judicial federal, y fortalecer el compromiso de todos los actores en la construcción de una administración pública más justa, equitativa y eficaz.

* Presidente de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional.

Merecen un especial agradecimiento las y los integrantes de la Comisión de Revista y Biblioteca por este nuevo proyecto; el Comité Editorial de la obra, las autoridades de la AMFJN y la Editorial IJ Editores, quienes todos los días hacen que este trabajo sea posible.

Agradecemos a quienes participaron en su elaboración y confiamos en que este recurso será de utilidad para magistrados, funcionarios, académicos y todos los interesados en el desarrollo y perfeccionamiento del sistema acusatorio en nuestro país.

Muchas gracias por acompañarnos una vez más.

Prólogo

Franco E. Picardi*

La implementación del sistema de administración de justicia penal adversarial en el ámbito federal, dejó de ser una utopía para transformarse en una realidad concreta, que avanza paso a paso y que pronto alcanzará a todas las jurisdicciones del país. Este escenario impacta en los procesos de trabajo al interior del Ministerio Público Fiscal de la Nación (“MPF”), y renueva nuestras prácticas institucionales cotidianas; incluso en aquellos lugares en los que se han puesto en funcionamiento solo algunas de sus reglas.

En efecto, el sistema acusatorio transforma el modo en que gestionamos e investigamos los casos, así como la manera en la que nos vinculamos con las personas imputadas y las víctimas. Es un cambio de paradigma rotundo, que nos exige a quienes formamos parte del MPF un renovado compromiso con modalidades de trabajo modernas, así como despojarnos de otras, más arraigadas en las lógicas del “trámite” judicial y del expediente. Esto, sin dudas, es motivo de celebración y considero que una buena forma de hacerlo es poner en diálogo perspectivas en relación al sistema adversarial y sus diversas aristas, como así también sobre los desafíos que éste nos propone.

Esta publicación tiene ese objetivo: darle voz a las experiencias que poseen diversos/as colegas de distintas partes del país que ya trabajan con el sistema acusatorio; a las inquietudes y propuestas que surgen en torno a las nuevas dinámicas que rigen a partir de éste; y, a distintas ideas que nos ayudan a pensar los desafíos que tenemos como equipos de trabajo a cargo de las investigaciones, para así alcanzar mejores resultados político-criminales, con énfasis en las investigaciones complejas.

* Fiscal Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Vicepresidente de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, en representación del Ministerio Público Fiscal

A más de 10 años de la sanción del nuevo Código Procesal Penal es de suma alegría para mí presentar este libro, el cual tiene su origen en la Comisión del MPF de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional. En ese ámbito de camaradería e intercambio, participamos magistradas, magistrados y funcionarias y funcionarios de diversos puntos del país, que integramos el organismo y compartimos ideas para mejorar nuestra labor diaria. La Comisión, además, se ha transformado en un espacio de pertenencia, con una agenda propia desde la cual se promueven actividades y generan encuentros para poner en discusión aspectos relevantes del funcionamiento de las fiscalías, tales como el impacto del sistema adversarial en nuestras oficinas.

Esta publicación es parte de este espacio que hemos construido y consolidado y, por supuesto, que es preciso seguir fortaleciendo; por eso no es casual que sea el primer libro de la Comisión del MPF, aunque espero que inaugure una nueva tradición y se publiquen muchos otros. No solo por el resultado final, sino porque en el proceso de elaboración nos ponemos en contacto, intercambiamos opiniones, y, nos acercamos como parte de un conjunto con objetivos e intereses comunes. Sin dudas, concebir e impulsar espacios de construcción colectiva, académica e intelectual, fue uno de los principales desafíos que asumí desde mi lugar como Vicepresidente de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, en representación del MPF.

Así, esta obra reúne escritos diversos, que nos hablan de aspectos sustanciales del sistema adversarial, la investigación criminal y las sanciones penales. En este libro, encontraremos artículos sobre el rol de la judicatura y sus alcances; sobre las regulaciones en torno a las convenciones probatorias y las medidas cautelares; sobre el comportamiento de las personas imputadas y las reglas procesales aplicables; sobre el manejo de la evidencia y los derechos fundamentales en casos contra funcionarios/as públicos/as; sobre las sanciones establecidas para personas jurídicas y sus adecuaciones frente al sistema adversarial; sobre las cualidades de las relaciones institucionales y la asistencia jurídica internacional; sobre las salidas alternativas al proceso y, además, su aplicación en casos complejos; sobre los derechos de las víctimas, su participación en el proceso penal y las reparaciones económicas, como así también respecto del rol que debe cumplir el MPF en torno a garantizar derechos fundamentales de grupos históricamente vulnerabilizados; sobre la política de persecución penal estratégica y su orientación hacia la criminalidad compleja; sobre el uso de técnicas especiales

de investigación en casos de relevancia político-criminal; sobre el recupero de activos y su impacto en la fase económica de los fenómenos criminales; y, sobre la ejecución penal frente al nuevo sistema.

Como se observa, este libro acerca al lector/lectora artículos que dialogan sobre distintas instancias del proceso penal; así como su diseño estratégico, el tratamiento de la evidencia, la participación de las partes ; y aspectos que hacen a la ejecución de la pena desde una mirada adversarial.

Los autores y autoras se distinguen por su vasta experiencia práctica en el sistema de administración de justicia y cada uno nos invita, desde una mirada crítica y actualizada, a seguir reflexionando sobre nuestra profesión y cómo ejercerla.

Agradezco especialmente a ellos/as por haber contribuido con este libro y por compartir con entusiasmo sus trabajos y opiniones , también a las autoridades de la Comisión MPF y la Comisión Revista y Biblioteca, y finalmente al Comité Académico integrado por Daniel Asís, Lucía Orsetti, Ignacio Mendizábal y Carina Jaime por su gran tarea, profesionalismo y esfuerzo para que esta publicación sea una realidad.

Como he dicho, espero que este sea el primer libro de muchos otros a crearse y publicarse desde la Comisión del MPF de nuestra estimada Asociación; que quienes lo lean lo disfruten tanto como yo; y, que -por sobre todo- nos convoque a seguir reflexionando bajo un espacio común, acerca de cómo contribuir a la permanente construcción de un sistema de justicia más eficiente, ecuánime y de cara a la comunidad.

SISTEMA ACUSATORIO: DESAFÍOS Y NUEVAS PERSPECTIVAS

Inquietudes que surgen de la aplicación del Código Procesal Penal Federal

Jorge Oscar Viltes Monier*

I. Introducción

Este trabajo es una adaptación de la tesis que fuera presentada para finalizar la Especialización en Fiscalía Penal Acusatoria de la Universidad Nacional de Salta. El tema de tesis coincide con el espíritu de esta labor colectiva y es por obra de la casualidad que encontró un lugar propicio para compartirlo. A su vez, cabe aclarar que esa tesis nació de la inquietud que genera la práctica de aquellos que tienen la más alta responsabilidad y honor de formar parte de la primera jurisdicción federal en la que se implementó el Código Procesal Penal Federal. Abordar un estudio desde el interior del sistema acusatorio trae como lógica consecuencia la preocupación y la sospecha de una mirada sesgada por la pertenencia a la organización de la que precede. Es por ello que, aparece necesario comenzar poniendo sobre la mesa esta advertencia inicial y proponer un remedio contra esos inevitables y válidos temores. Tener la mirada desde el interior de la “cocina” o del “fragor de la batalla” permite llevar a la lente del microscopio aspectos y temas de estudio que desde el exterior resultan difíciles de advertir. Precisamente, eso es lo que se propone, aislar en la lente del microscopio un problema que surge de la inquietud de aquellos que están en el fragor de la batalla.

Así es que, en el presente trabajo se procura un análisis del sistema acusatorio con la visión puesta en lograr al menos una inquietud por repensar el principio de la imparcialidad del juzgador, principalmente en las etapas previas al

* *Abogado por la Universidad Católica de Salta. Especialista en Ciencias Penales por la Universidad Católica de Salta. Especialista en Fiscalía Penal Acusatoria por la Universidad Nacional de Salta. Doctorando en Derecho por la Universidad Austral. Auxiliar Fiscal del Ministerio Público Fiscal de la Nación.*

debate. Es ahí donde se ubica la última propuesta para poner a buen resguardo la objetividad en el presente análisis. Pues la respuesta a los interrogantes planteados no se ubica en la necesidad de mejorar la persecución penal, interés del Ministerio Público Fiscal, sino más bien en el ámbito del deber ser, para lograr proponer líneas de investigación que en un futuro permitan legislar un sistema acusatorio de mayor sensibilidad al principio de separación de funciones.

Es de buen tino valorar que el sistema acusatorio puede ser analizado desde diferentes aristas, todas ellas valiosas. Pero, pretender abarcar a todas en el presente trabajo no es su esencia; pues, además de que sería un acto de arrogancia, resulta imposible de llevarlo a cabo en el acotado tiempo y extensión de esta publicación. Es por ello que, como prevención, se parte de la necesidad de concebir al sistema acusatorio como una política pública que permite cumplir con la manda constitucional, contenida en diferentes artículos que establecen como modo de juzgamiento de los delitos al proceso acusatorio; y que, en cuanto política pública, asimismo, engloba diferentes temas de abordajes que lo ubican al proceso acusatorio como una respuesta más que dan los órganos del Estado a otros grandes problemas de la sociedad, vinculados con la inseguridad, la obligatoriedad del derecho, la justicia, entre otros.

Tener en claro esta perspectiva como punto de inicio sobre el que se va a construir el razonamiento permite, también, comprender que al sistema acusatorio se lo puede examinar como modo de juzgamiento de los delitos. En su formación dogmática, concebida por el legislador al delinearla en el Código Procesal Penal Federal, se lo puede estudiar desde los diferentes problemas que representa la implementación; o bien, se lo puede abordar como mecanismo de respuesta frente a problemas de seguridad pública junto a otras políticas diseñadas a nivel gubernamental para tales fines. Todos estos abordajes ofrecen diferentes lentes para un objeto de estudio general que es el sistema acusatorio; y todos ellos, a partir de su entendimiento, ofrecen respuestas a problemas que se presentan en la vida cotidiana de manera desordenada o caótica.

Aclarado ello, el presente trabajo tiene por objeto indagar si, en la configuración del proceso penal acusatorio por parte del legislador argentino, materializado en el Código Procesal Penal Federal con vigencia desde el 10 de junio de 2019, en las provincias de Salta y Jujuy, existen institutos formulados desde una preocupación hacia la actividad del fiscal y una sobreestimación de las funciones de contralor que tienen los jueces de garantías que no encuentra asidero en los

principios acusatorio y de separación de funciones. Esta propuesta, permitirá verificar si en el plano del diseño existen resabios inquisitoriales del sistema mixto que, lejos de poner a resguardo garantías constitucionales, encierran un descreimiento y desconfianza a la actuación del Ministerio Público Fiscal; omitiendo valorar que, así como el juez debe ser imparcial para decidir los casos que llegan a su conocimiento, el fiscal debe actuar bajo el principio de objetividad, regulado expresamente en el art. 91 de la ley ritual así como en su ley orgánica.

Sabido es que, el legislador colocó en cabeza del Ministerio Público Fiscal la persecución penal criminal otorgándole diferentes herramientas para poder llevar adelante su cometido, que es la solución de los conflictos penales que ingresan al sistema de justicia criminal, asegurando de ese modo la unívoca función de juuzgamiento al juez; quien durante la investigación desarrolla funciones de garantía de los derechos afectados por el ejercicio de la acción punitiva. Asimismo, es conocido que el Código Procesal Penal Federal positivizó entre sus principios el de separación de funciones en la parte general de su articulado; diseñó un proceso penal con etapas previas al juicio bien definidas, otorgándole al fiscal la disponibilidad de la acción a través de las salidas alternativas; consagró el control del fiscal a través de un juez de garantías que no tiene acceso al legajo; y empoderó a una defensa que en el vetusto pero aún vigente Código Procesal Penal de la Nación (que consagra un sistema mixto) pasó de simplemente solicitar medidas de investigación a un juez de instrucción, que ya decidió sobre el destino del imputado, a tener su propio legajo de investigación.

Sin embargo, y sin poner en tela de juicio los beneficios cuantitativos y cualitativos que trajo la nueva normativa procesal penal a la investigación de los delitos de competencia federal, a más de cinco años de la implementación del Código, y en base a la experiencia obtenida en la investigación de casos de narcocriminalidad organizada, cabe preguntarse si, en la regulación de ciertos institutos, el legislador diseñó el control al fiscal únicamente en la necesidad de que el Juez pueda opinar sobre los actos de investigación, pese a que ese ámbito forma parte de la soberanía del Ministerio Público Fiscal.

Frente a esto, cabe preguntarse: a) ¿por qué el juez debe homologar los acuerdos en las salidas alternativas, como la conciliación que versan sobre bienes jurídicos perfectamente disponibles?; b) ¿por qué el juez debe decidir en la prórroga de la investigación previa a la formalización y la no comunicación al afec-

tado cuando no hay imputado?; c) ¿por qué puede el juez revocar de oficio las medidas cautelares u oponerse al otorgamiento de la libertad del imputado por parte del Ministerio Público Fiscal?; d) ¿por qué puede el juez decidir sobre actos de investigación que no impliquen afectación a garantías constitucionales?

Las posibles respuestas a esas preguntas llevan a una refutación de carácter general, consistente en que el juez no puede avanzar sobre tales decisiones sin vulnerar el principio acusatorio; pues, si bien encuentran soporte normativo, existe una contradicción no susceptible de armonización. El juez, cuando avanza sobre estas decisiones en el marco de las audiencias previstas en el Código Procesal Penal Federal, toma una lanza que adopta posición de ataque con la propia separación de funciones, principio que el propio legislador se ocupó de resguardar.

La homologación de un acuerdo cuando se dispone de la acción penal, la prohibición de actuación de oficio del juez, el interés del fiscal en asegurar la comparcencia al proceso del imputado, la soberanía del fiscal en los actos de investigación que no impliquen avanzar sobre garantías constitucionales o traspasar el principio de tolerancia mínima a la investigación por parte de los ciudadanos ante la posible existencia de un delito, dan sustento a la respuesta que adelanta la solución a la hipótesis del presente trabajo. Ello, robustecido por el aseguramiento de que la no participación del juez a través del control previo a los actos de investigación tutela de mejor modo la garantía de recusación que tiene todo imputado contra el magistrado que autoriza una medida de injerencia.

Vale la última aclaración, estos no son los únicos institutos regulados desde una óptica de sobreestimación de la imparcialidad del juez de garantías y una subestimación de la objetividad del fiscal, existen otras. Quedará en las inquietudes del lector buscarlas y democratizarlas, quizás con la posibilidad de que comparta la motivación que se persigue en estas páginas: crear espacios de discusión para lograr un sistema acusatorio más puro, en sentido ontológico.

II. Los cuatro institutos en análisis

El objeto del presente trabajo persigue responder a la siguiente pregunta: ¿existen en el Código Procesal Penal Federal institutos que no ponen a buen resguardo la separación de funciones entre el juez de garantías y el fiscal? Es del

caso puntualizar que, el enfoque desde que se efectúa el presente trabajo no es desde la crítica a un Código que fue fruto de un acuerdo político para que la investigación penal en el fuero federal se adecúe a las exigencias de la Constitución Nacional y los estándares que surgen de los Tratados Internacionales de Derechos humanos. Por el contrario, persigue su mejoramiento constante partiendo de una base sobre la cual no debe retrocederse.

Aclarado ello, la hipótesis planteada identifica a cuatro institutos reglados en la norma procesal que permiten responder afirmativamente al problema. Así, aparece, en primer lugar, la intervención del juez de garantías en los criterios de oportunidad a través de la audiencia de homologación de los acuerdos de conciliación. En segundo lugar, se encuentra el control del juez de garantías a la solicitud fiscal de continuación de la investigación sin comunicación al afectado en la audiencia del art. 253 del CPPF. En tercer lugar, se encuentra la potestad de revocación de oficio a las medidas cautelares por parte del juez de garantías. Finalmente, en cuarto lugar, aparece el control del juez de garantías a la adopción de la técnica especial de investigación del agente revelador por parte del fiscal.

Sin perjuicio de que cada uno de esos institutos van a ser analizados particularmente y en relación con la hipótesis planteada, cabe señalar que, la lectura de las discusiones parlamentarias previas a la sanción del Código Procesal Penal Federal revela una desconfianza a la actividad investigativa de los delitos que pueden realizar los órganos involucrados en el sistema de justicia criminal.

Aproximarse a los debates parlamentarios conlleva desentrañar cual es la interpretación auténtica de la ley y encontrar una respuesta justificada a la forma en que se regularon los institutos en análisis. El debate parlamentario, como instrumento de interpretación, inclusive, ha sido receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diferentes sentencias. Prueba de ello es el precedente Montalvo, donde el Supremo Tribunal dijo que “los debates parlamentarios constituyen interpretación auténtica de la ley”¹.

La desconfianza advertida en esas discusiones legislativas es la prueba viva de una constante tensión entre los derechos de la sociedad a que se investiguen los delitos de criminalidad organizada con un deber de máxima diligencia y las garantías que los individuos deben tener cuando son investigados. Asimismo, reveló que la discusión parlamentaria no se centró sobre los principios que debieron guiar en el diseño de los diferentes institutos, sino sobre los controles

¹ CSJN. Fallos: 313:1333.

que debían hacer los Jueces para impedir que una investigación penal se tiña con los colores políticos del gobierno de turno.

En definitiva, esto acredita que no se discutió si el Ministerio Público Fiscal, en el ámbito de su competencia, puede realizar ciertos actos de investigación, sino más bien de qué forma se podría realizar el control. Cabe aclarar que, cuando el control no era claro, se optó directamente por exclusión del instituto en análisis; como, por ejemplo, sucedió cuando se discutió sobre las técnicas especiales de investigación a través de medios electrónicos.

Entre las afirmaciones más salientes por los legisladores, se destaca la del Senador Solana, quien, al referirse a la vigilancia electrónica, señaló: “esto que se pretende introducir en el código procesal supone dar carta blanca a cualquier fiscal, quien ante una mínima presunción puede afectar la privacidad de cualquier persona interceptando conversaciones, correos electrónicos y todo sistema de comunicación, sin importarle cuánto afecta a terceras personas (...). Resulta evidente que para la persecución de un delito hay que realizar técnicas idóneas. Pero en modo alguno podemos aceptar que para lograr ese fin se afecten derechos individuales y se establezca un régimen policial de control absoluto que afecte los derechos de terceros, so pretexto de una investigación penal”².

Otra manifestación relevante fue la del Senador Rodolfo Urtubey, quien integró la Comisión de Redacción del Código en análisis. En defensa del Código Procesal Penal Acusatorio expresó: “¡Ojalá alguna vez, por lo menos en el caso de jueces o fiscales, pensemos que podemos darles instrumentos para combatir el delito organizado!”³.

Esa suspicacia que intentó dejarse de lado con la aprobación del Código Procesal Penal Federal sobrevivió en el diseño de ciertos institutos. Y ello constituye un argumento más que relevante para preguntarse y responder si no es posible repensar ciertos institutos para poner a resguardo, en definitiva, a los principios que inspiran al sistema acusatorio. Un código que se inspira en los principios de buena fe, objetividad e imparcialidad no puede pensarse desde la desconfianza a la actuación que puedan desplegar los diferentes órganos que intervienen en el sistema de justicia criminal.

² Diario de Sesiones del Senado de la Nación Argentina de 25/04/18, p. 20.

³ Ibidem. p. 42.

III. La intervención del juez de garantías en los acuerdos de conciliación

3.1. La regulación específica versus los principios

La primera pauta de interpretación del ordenamiento jurídico es la ley. En ella podemos encontrar específicamente lo que ha querido el legislador al dictar una norma jurídica. Es por ello que, en este apartado, el enfoque debe partir necesariamente de lo que dice el art. 34 del Código Procesal Penal Federal. En él se establece que: “Sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del Ministerio Público Fiscal en el artículo 22, el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte. El acuerdo se presentará ante el juez para su homologación, si correspondiere, en audiencia con la presencia de todas las partes”.

Interpretando este texto normativo, cabe preguntarse: ¿cuáles son las razones que motivan la intervención del juez de garantías en un criterio de disponibilidad de la acción penal? La regulación normativa, tal cual como está redactada, obliga a que los acuerdos deban ser presentados ante el juez para su homologación y que el Ministerio Público Fiscal o la víctima deban verificar su cumplimiento para solicitar, caso contrario, “la reapertura de la investigación”.

Esta regulación le otorga al Ministerio Público Fiscal una intervención secundaria, pues los acuerdos celebrados entre imputado y víctima pueden ser presentados directamente ante el juez de garantías. Esto significa, en la praxis, que el fiscal puede ser notificado para concurrir a una audiencia de homologación de un acuerdo de conciliación en la que no intervino. En consecuencia, es posible que no pueda verificar acabadamente que el acuerdo cumpla con todos los requisitos que las resoluciones de la Procuración General de la Nación le imponen institucionalmente⁴. Peor aún, puede suceder que se homologuen acuerdos sin la presencia del Ministerio Público Fiscal o que, habiendo intervenido, su dictamen solo sea tenido en cuenta a los efectos formales.

⁴ Cabe señalar que, la conciliación no tan sólo está vigente para las provincias donde se implementó el Código. En efecto, la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal, a través de la Resolución N° 2/2019, puso en vigor entre otros al art. 34, para todos los tribunales con competencia en materia penal de todas las jurisdicciones federales del país y para todos los tribunales de la justicia Nacional Penal.

Cabe recordar que, recientemente, el Procurador General de la Nación Interino Eduardo Ezequiel Casal dictó la resolución 92/23, donde se establecen estándares de actuación para los fiscales en el instituto de la conciliación. Entre esos estándares, se encuentra la necesaria intervención del Ministerio Público Fiscal en los acuerdos de conciliación, la obligación de velar por la tutela de los derechos reconocidos en instrumentos nacionales e internacionales, el buen resguardo de las razones de política criminal, el aseguramiento de la participación efectiva de las víctimas y la oportunidad procesal del acuerdo conciliatorio. En definitiva, la resolución viene en este sentido a reafirmar el rol que le cabe al órgano acusador en estos acuerdos.

Ahora bien, regulado de esta forma el instituto, y con una resolución del Procurador General de la Nación donde insta a los fiscales a plantear la nulidad de la homologación de los acuerdos conciliatorios celebrados sin su intervención, ¿cuál es el sentido de la homologación judicial en un acuerdo que implica la disposición de la acción penal? Máxime cuando se trata de una potestad que le compete enteramente al Ministerio Público Fiscal. Ante este estado de situación, la homologación de los acuerdos de conciliación, como intervención principal en el trámite de la conciliación, coloca al juez de garantías en una situación de primacía en un instituto que es en esencia un criterio de disponibilidad de la acción penal, potestad que le corresponde exclusivamente al Ministerio Público Fiscal.

Siendo ello así, a partir de los principios que están consagrados en el propio Código florece como necesaria una nueva regulación que ponga a buen resguardo el principio acusatorio. Los principales argumentos que sustentan esta posición parten de la naturaleza del instituto de la conciliación, el rol del Ministerio Público Fiscal y la imparcialidad del órgano jurisdiccional.

En relación a la naturaleza del instituto de la conciliación se debe valorar que es un medio alternativo de resolución del conflicto penal, regulado como un criterio de oportunidad que le permite al Ministerio Público Fiscal prescindir del ejercicio de la acción penal en determinados delitos previstos específicamente en la ley. Desde el punto de vista práctico, este instituto, al igual que otros criterios de oportunidad, le permite al sistema procesal penal hacerse cargo de una realidad: existe una imposibilidad material de poder llevar a instancia de debate todos los casos que llegan a su conocimiento. No hacerse cargo de esa realidad significa, en los hechos, la privación a las víctimas de la instancia de

reparación que significa el juicio oral y público como así también de otras formas de reparación. Desde el punto de vista ontológico, es un sistema lícito de auto-composición de conflictos en el que las partes, víctima y ofensor, buscan la solución.

Si este sistema auto composicional lícito depende de la voluntad de las partes, la intervención del juez en su función homologatoria resulta cuanto menos cuestionable. Ello en razón de que, su función encuentra justificación a fines tuitivos de la voluntad de las partes, lo que puede afectar el principio acusatorio y, en consecuencia, su imparcialidad, y a efectos de darle fuerza ejecutoria al acuerdo en sí mismo. No puede soslayarse que la terceridad con carácter de imparcialidad es propia de la heterocomposición como forma de solución de los conflictos.

Si bien es cierto que la intervención del tercero imparcial puede presentarse en los sistemas de autocomposición como la conciliación, aquí la función del tercero aparece en un rol de coordinador de las posiciones encontradas en las partes⁵. En los procesos penales, a diferencia de los civiles, la intervención del juez como tercero imparcial encuentra menos razón de ser a poco que se repare que es el Ministerio Público Fiscal quien tiene a su cargo la disposición de la acción penal, y la verificación del cumplimiento del acuerdo puede desencadenar en una reactivación de la investigación frente al incumplimiento. Asimismo, se debe valorar que, en los procesos civiles, la función del Ministerio Público Fiscal es al efecto del control de legalidad y que la verificación del incumplimiento puede traer aparejada una demanda de ejecución del acuerdo incumplido.

Este entendimiento de la naturaleza de la conciliación como sistema de autocomposición lícito y criterio de oportunidad, conduce al segundo argumento para cuestionar la función homologatoria del juez, más propia de procesos civiles que de los penales. Si al Ministerio Público Fiscal le corresponde, como deber, decidir qué ingresa al sistema de justicia criminal como conflicto, qué va a llevar a instancia de debate y qué solución le corresponde a cada conflicto penal, ¿por qué el acuerdo conciliatorio se presenta ante el Juez?

La resolución del Procurador General de la Nación en la que establece la intervención necesaria del Ministerio Público Fiscal en los acuerdos de conciliación, como reglamentación, en definitiva, del art. 22 del Código Procesal

⁵ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, "Conflictos, autotutela y control jurisdiccional", en *Revista IUS ET VERITAS*, N° 46, Ed. Ius Et Veritas de la Universidad Católica del Perú, Lima, Julio 2013, p. 46.

Penal Federal que insta a los operadores a la solución de los conflictos penales, permite sustentar que los acuerdos de conciliación deben ser presentados ante el fiscal para su homologación. El rol de coordinador de la voluntad de las partes, víctima y ofensor le corresponde al fiscal, porque precisamente en ese acuerdo puede encauzar la pretensión punitiva en función de los intereses de la víctima. Es el fiscal el que conoce el mérito sustantivo de la pretensión punitiva, el que conoce la voluntad de la víctima porque será su principal testigo en el debate y el que puede poner a buen resguardo la política criminal.

Una regulación desde esta óptica pone foco en la solución del conflicto, en el cumplimiento de lo conciliado y en la víctima. Pues, estos intereses van a ser asegurados por el Ministerio Público Fiscal en la negociación. Ese acuerdo tendrá fuerza ejecutoria porque deriva del acuerdo de las partes prestado ante un funcionario público que dará fe de lo acordado.

A ello cabe agregar que, el propio imputado velará por su cumplimiento en razón de que, luego de cumplido el acuerdo, podrá instar ante el Juez su sobreseimiento. De esta manera, se asegura el control por parte del Juez de Garantías a la actividad del Fiscal. Asimismo, en la resolución desincriminatoria el imputado accede a la cosa juzgada que lo pone a buen resguardo de cualquier persecución penal doble.

Seguramente, en esta propuesta todavía estará latente la desconfianza al Ministerio Público Fiscal en los acuerdos así presentados. Para poner a buen resguardo esas inquietudes, no puede soslayarse que esa decisión o rechazo a la homologación de los acuerdos conciliatorios puede someterse a controles internos dentro del propio ámbito del órgano de la acusación. En efecto, actualmente en el Código Procesal Penal existe el control a la utilización de ciertos criterios de oportunidad a través de la figura del fiscal revisor.

Finalmente, como tercer argumento se debe valorar que esta propuesta pone a buen resguardo la imparcialidad del juzgador. Ello en razón de que su intervención no es al momento de homologar el acuerdo, sino al resolver el sobreseimiento en caso de cumplimiento. De este modo, se asegura su ajenidad al conocimiento de la investigación y, en caso de litigio sobre el cumplimiento o no de las pautas de acuerdo, la posibilidad de decidir sin esa “contaminación” previa, derivada de la homologación. No debe pasarse por alto que, tal cual como está regulada, los acuerdos pueden presentarse ante el juez directamente, quien para decidir deberá inmiscuirse en los hechos objetos de imputación. Un pos-

terior incumplimiento del acuerdo y formalización de la investigación podría traer aparejado un interés para que el Ministerio Público Fiscal no continúe con la investigación de un acuerdo fracasado que previamente homologó, dando nuevas oportunidades; o bien que ello sea obstáculo para valorar objetivamente cualquier circunstancia desincriminatoria planteada por la defensa.

En definitiva, la suma total de estas argumentaciones, desde los principios que inspiran el código, permite postular que la conciliación, pese a ser una potestad que le corresponde exclusivamente al Fiscal, se la reguló desde el rol de contralor del Juez, afectando el principio de separación de funciones que debe existir en todo proceso acusatorio. A estos argumentos se le debe agregar que, el derecho comparado también reguló de manera distinta al instituto en cuestión; y, a su vez, la jurisprudencia ha reflejado los problemas aquí expuestos, los que con una reforma legal podrían evitarse.

3.2. El Derecho Comparado

Sobre el derecho comparado, Castán Tobeñas enseña: “es aquella disciplina que utilizando como materiales de investigación determinadas manifestaciones históricas o positivas del derecho, trata de poner en relación unos sistemas jurídicos con otros, para fijar los elementos comunes y obtener no solo finalidad de reconstrucción histórica sino también otras variadas de índole cultural y formativa de alcance interpretativo y de orden crítico y político o de reforma. Es un proceso metódico, ordenado y sistemático”⁶. De esta definición surge su importancia, pues permite conocer la forma en la que otros ordenamientos jurídicos resuelven idénticos problemas.

Un recorrido por diferentes Códigos Procesales Penales Iberoamericanos permitió conocer que la propuesta sobre la regulación de la conciliación penal tuvo acogida favorable en el Código de la República Dominicana, como así, también, en el de la República del Salvador.

Al regular la procedencia de la conciliación, el Código de la República Dominicana establece en el art. 37 que “En las infracciones de acción pública la conciliación procede en cualquier momento previo a que se ordene la apertura

⁶ CASTÁN TOBEÑAS, José, “Reflexiones sobre el Derecho Comparado y el método comparativo”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, N° 203, Editorial Isntituto Editorial Reus, Madrid, 1957, p. 543.

del juicio. En las infracciones de acción privada, en cualquier estado de causa. En los casos de acción pública, el ministerio público debe desestimar la conciliación e iniciar o continuar la acción cuando tenga fundados motivos para considerar que alguno de los intervenientes ha actuado bajo coacción o amenaza". Adviértase que, específicamente, pone en cabeza del fiscal el control del libre consentimiento de las partes que intervienen en el acuerdo conciliatorio. A su vez, el art. 39 al regular los efectos dispone que "Si se produce la conciliación, se levanta acta, la cual tiene fuerza ejecutoria. El cumplimiento de lo acordado extingue la acción penal. Si el imputado incumple sin justa causa las obligaciones pactadas, el procedimiento continúa como si no se hubiera conciliado". A diferencia de lo que ocurre en el derecho argentino, la fuerza ejecutoria del acto de conciliación surge de la propia ley y no de la homologación por parte del juez.

Por su parte, el Código del Salvador establece en su art. 32 que la "conciliación podrá realizarse en sede fiscal, siempre que la víctima, el imputado, sus representantes, el civilmente responsable o cualquier interesado en satisfacer el perjuicio causado, lo soliciten por escrito y los acuerdos sean satisfechos en su totalidad por las partes en el mismo acto de la conciliación, debiendo, en su caso, cesar la detención del imputado por parte de la Fiscalía General de la República".

3.3. La Jurisprudencia

La regulación del instituto de la conciliación desde la función homologatoria del juez, también, dio lugar a diferentes fallos donde se indaga sobre el rol del Ministerio Público Fiscal y el carácter vinculante o no de su decisión. En efecto, la jurisprudencia oscila entre dos posiciones. La primera, en la que el dictamen fiscal es vinculante siempre que se encuentre fundado. La segunda, que sostiene que el fiscal encuentra limitada su actuación al caso de incumplimiento del acuerdo conciliatorio por parte del imputado.

Sobre la primera posición, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional Sala I sostuvo que la acusación "puede oponerse (...) hasta en un asunto con contenido patrimonial y sin grave violencia, siempre que lo haga fundadamente y por cuestiones de política criminal"⁷.

⁷ CNCCC, Sala I, F. y S., 3/9/2020, reg. 2672/2020.

Con relación al otro criterio, la Sala II de igual tribunal tiene dicho que: “respecto del papel que cabe al Ministerio Público Fiscal en los acuerdos conciliatorios dentro de la aplicación del CPPN, señalé la necesidad de su participación y conformidad. Sin embargo, también entendí que en los casos en los que manifieste su oposición, debe analizarse, mutatis mutandi, los argumentos que esa parte esgrime de acuerdo al estándar establecido en el precedente ‘Gómez Vera’. Es decir, que la mera oposición de la fiscalía es insuficiente para rechazar un acuerdo de conciliación pues el análisis de la oposición fiscal debe hacerse caso por caso, verificando la razonabilidad de los fundamentos, sin recurrir a fórmulas absolutas. Y en definitiva, si existe tal oposición el tribunal será el que resuelva el caso (...) Es decir, de ningún modo constituye un requisito normativo, como señala la recurrente, contar con el consentimiento de la fiscalía para conciliar un caso”⁸.

Estas posiciones encontradas, donde se discute sobre la función del fiscal en un criterio de oportunidad, se reguardan en una redacción que le da preeminencia al juez y al acto de homologación. Es por ello que, es necesaria una revisión de este artículo, a fin de que defina con meridiana claridad el rol o la función que le cabe a cada uno de los actores que intervienen en este instituto.

Esa falta de nitidez, también, lleva a confundir a quien le compete el resguardo de las víctimas. Pues, mientras hay fallos que le niegan carácter vinculante a la decisión del fiscal, hay otros que reclaman al Ministerio Público Fiscal no haber asegurado los intereses de la víctima. Es decir, mientras algunos pronunciamientos jurisdiccionales desestiman el rol fiscal, también les exigen, a los fines de la homologación, advertir que la víctima pudo no haber actuado libre y voluntariamente.

IV. La investigación previa a la formalización

4.1. El art. 253 del CPPF y su aplicación en las jurisdicciones de Salta y Jujuy

El artículo en análisis establece que “Iniciada la investigación previa a la formalización, el representante del Ministerio Público Fiscal podrá realizar las medidas probatorias que considere pertinentes con miras a satisfacer los requisitos de la formalización de la investigación.

⁸ CNCCC, Sala II, A., 18/11/2021, reg. 1766/2021.

Cuando el posible autor estuviere individualizado, el representante del Ministerio Público Fiscal deberá comunicarle la existencia de la investigación haciéndole saber los derechos que este Código le otorga, entre ellos el de designar abogado particular, o en su defecto, un Defensor Público a los fines del control previsto en el artículo 256.

En el caso previsto en el párrafo anterior, el plazo para la formalización de la investigación no podrá exceder los noventa (90) días, prorrogables por el mismo término ante el juez de garantías en audiencia unilateral.

El representante del Ministerio Público Fiscal podrá solicitar al juez de garantías en audiencia unilateral continuar la investigación previa a la formalización, sin comunicación al afectado, cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de las diligencias probatorias pendientes permitieren presumir que la falta de comunicación resulta indispensable para su éxito”.

Este artículo ha generado, en las jurisdicciones donde se encuentra implementado el Código Procesal Penal Federal, importantes antecedentes jurisprudenciales derivados de las inquietudes que generó su aplicación. Se debe advertir que, las discusiones giraron principalmente al plazo de esta etapa procesal, es decir, los 90 días prorrogables por 90 días cuando el posible autor estuviere individualizado.

En efecto, el Ministerio Público Fiscal se encontró que, frente a casos de criminalidad organizada, solo contaba con un plazo de 180 días hábiles para poder formalizar la investigación. Por ello, ante el inminente vencimiento del plazo de investigación previsto, comenzó a plantear en audiencias unilaterales ante los jueces de garantías la solicitud de prórrogas excepcionales y sin comunicación a los afectados, para poder continuar con las investigaciones.

Las soluciones adoptadas por los jueces de garantías generalmente acompañaron la pretensión fiscal. Sin embargo, la Cámara de Revisión fue variando en su decisión, hasta que finalmente decidió convalidar la actuación sometida a su conocimiento. En esa variación jurisprudencial es posible distinguir a los fines didácticos tres etapas claramente definidas.

Una primera etapa, en la que el Ministerio Público Fiscal, ante un Código Procesal Penal sin recorrido jurisprudencial, y a fin de mantener el éxito de su caso, cumplía rigurosamente con el plazo establecido en el art. 253. El cumplimiento de ese plazo podría derivar en una formalización o bien en un archivo.

Una segunda etapa, en la que el Ministerio Público Fiscal, al ir nutriendo sus investigaciones con los nuevos casos iniciados a partir del 10 de junio de 2019, fue dándose cuenta de que sus investigaciones se complejizaron. Ello, trajo como resultado que fuese más frecuente la necesidad de plantear en audiencia prórrogas extraordinarias para continuar con la investigación y poder satisfacer los requisitos de una formalización de la investigación, aún en el supuesto de que el posible autor estuviera individualizado.

Ese planteo fue admitido por la generalidad de los jueces de garantías de ambas jurisdicciones bajo la lógica de que resultaba contradictorio que un Código Procesal Penal Federal, que instalaba un sistema acusatorio y le otorgaba múltiples herramientas para la investigación de criminalidad organizada, estableciera un plazo tan acotado para satisfacer los requisitos de la formalización. Prueba de ello fue el caso Coirón N° 48609/20 resuelto por el Juez Federal de Garantías Dr. Julio Bavio, en el que dijo: “Corresponde disponer por segunda vez la prórroga por 90 días del plazo previsto en el artículo 253 3º párrafo, toda vez que desde el punto de vista de técnica legislativa, no se puede compartir en hechos complejos como los de narcocriminalidad, un plazo de la naturaleza del prescripto que trunque una investigación de esta gravedad, cuando es sabido que muchas veces pueden demorar 3 años hasta que estén identificados los integrantes de la organización y pueda avanzarse en un hecho concreto; máxime cuando se advierte un caso que tiene actividad constante y que se viene rellenando”⁹.

Ello fue así hasta que el Juez Federal de Tartagal, en el caso Coirón N° 36063/19, sostuvo que, necesariamente, cuando el autor posiblemente pudiere estar individualizado los plazos de investigación establecidos en el artículo en cuestión no podían ser objeto de prórrogas de extraordinarias¹⁰.

Ello motivó que el Ministerio Público Fiscal interpusiera recurso de apelación bajo el argumento de que no correspondía contabilizar los plazos del art. 253, en el entendimiento de que no existía autor individualizado. En consecuencia, no correspondía poner en conocimiento de los investigados la investigación, ni solicitar de poder continuarla sin su comunicación, por cuanto se investigaba a una organización cuyos integrantes y modalidad de actuación no fueron individualizadas. Asimismo, tampoco existía un hecho que les pueda ser impun-

⁹ Juez Federal de Garantías de Salta Dr. Julio Bavio, Caso Coirón N° 35912/19 - Carpeta Judicial: 13364/19, H. C. s/inf. Ley 23.737, Fecha de audiencia: 2019. Audiencia de fecha 21/09/23.

¹⁰ Juzgado Federal de Tartagal, Caso Coirón N° 36063/2019, R. J. s/infracción ley 23.737, 18/10/19.

tado, ni prueba de él, ni la posibilidad de subsumirlo en un tipo penal concreto. Es decir que, en el caso, no existió un “ posible autor individualizado ” en los términos del art. 253 que deba ser notificado de la investigación, o con relación a quien se deba solicitar continuar la investigación sin comunicársela, pues hasta el momento no se había producido ningún hecho delictivo que pueda serle imputado.

Al intervenir la Cámara Federal de Salta, Sala I, para controlar la decisión adoptada por el Juez de Garantías, en fecha 1/11/19, convalidó el criterio y entendió que cuando existía autor individualizado se debía comunicarle la investigación o solicitar autorización para continuarla sin esa comunicación, activando, en consecuencia, el plazo previsto por la normativa.

Así, es posible caracterizar a la tercera etapa, en la que el Ministerio Público Fiscal, cada vez que tuvo un autor individualizado y ante el vencimiento de los primeros 90 días, solicitó al Juez de Garantías la prórroga de la investigación previa a la formalización. Ante la imposibilidad de reunir los elementos que le permitiera formalizar la investigación y la proximidad del vencimiento del plazo, el órgano de la acusación fue solicitando continuamente prórrogas de carácter extraordinario.

En ese contexto fue que la Cámara Federal de Salta, Sala II, tuvo que decidir, ante el planteo de la defensa, si resultaba nula la investigación formalizada que fue precedida de prórrogas extraordinarias del plazo previsto en el art. 253. El tribunal entendió, recurriendo a una interpretación armónica del Código, que la utilidad del plazo era guiar la investigación, por lo que dicha actuación no era nula. Asimismo, el fallo instó a los jueces de garantías a efectuar un control más exhaustivo de los requisitos para poder habilitar dichas prórrogas: la gravedad del hecho y la naturaleza de las medidas investigativas efectuadas¹¹.

4.1. Breves notas sobre la interpretación del art. 253 a partir de los principios y lo discutido en el Derecho Procesal Penal Chileno

El art. 253 viene a regular la etapa previa a la formalización de la investigación. Su objetivo es, básicamente, permitirle al fiscal satisfacer los requisitos de la formalización cuando los primeros 15 días establecidos para la valoración inicial

¹¹ Cámara Federal de Salta, Sala II, Carpeta Judicial N° 9297/23, Audiencia de fecha 21/09/23.

han resultado insuficientes para ese cometido (art. 248 del CPPF). Cabe recordar que, para que el fiscal pueda formalizar una investigación, debe poder precisarle al imputado la existencia del hecho con relevancia penal, la calificación jurídica, el grado de participación y los elementos de prueba (art. 258 del CPPF).

Frente a todas esas exigencias que requiere la formalización, derivadas del ejercicio del derecho de defensa, corresponde preguntarse si los primeros 15 días de la valoración inicial y los 90 días prorrogables por una sola vez cuando existiere autor individualizado permiten al Ministerio Público Fiscal cumplir su cometido en esta etapa.

La respuesta podría ser sí, siempre que se trate de investigaciones sencillas. Sin embargo, habrá otras en las que el plazo establecido resulte insuficiente para satisfacer los requisitos de formalización, debido a la complejidad de la investigación. Esta irrazonabilidad sólo podrá ser advertida ante las circunstancias concretas del caso construido por el fiscal. Es por ello, por lo que esta técnica legislativa adoptada por el legislador a través de plazos máximos de duración, breves en sí mismos, no se ajusta a lo que la realidad presenta, produciéndose, en consecuencia, quiebres interpretativos por parte de la jurisprudencia.

Una segunda respuesta sería también afirmativa por la comparación del plazo de investigación con otros plazos establecidos en el ordenamiento jurídico. Esta comparación permite demostrar la irrazonabilidad del plazo, sin la necesidad de recurrir a las circunstancias fácticas del caso planteado.

Al respecto, se debe valorar que la etapa preparatoria en el procedimiento ordinario tiene un plazo máximo de 1 año prorrogable por 180 días. Ese plazo se cuenta a partir de la formalización de la investigación (art. 266 del CPPF).

A su vez, cuando el fiscal solicita que se aplique el procedimiento para casos complejos, los plazos de la investigación penal preparatoria se duplcan pudiéndose prorrogar por un año más. Este plazo también se cuenta desde la formalización, previéndose una duración total, incluido el debate y las instancias recursivas, de 6 años (art. 335 del CPPF).

Como se advierte, los plazos de la etapa preparatoria en el procedimiento ordinario duplican al de la investigación previa a la formalización prorrogada y, en el caso del procedimiento complejo, lo cuadriplican. Esa comparación, simplemente aritmética, demuestra su irrazonabilidad. Máxime cuando la praxis en Salta y Jujuy demostró, que los procesos aún complejos terminan mucho antes del plazo regulado. No puede soslayarse que el art. 335 del CPPF, cuando

establece los plazos de duración del procedimiento aplicable para casos complejos, nada dice de la investigación previa a la formalización. Por lo que, la literalidad de la interpretación lleva a concluir que, aun en ese caso, el plazo de esa etapa de la investigación debe mantenerse; y, en definitiva, constituye un argumento más para demostrar que su duración no fue regulada del mejor modo.

Esa irrazonabilidad comparativa entre los plazos termina de demostrarse con la duración de los plazos de prescripción. El art. 62 del Código Penal, inciso 2, establece que el plazo mínimo de prescripción es de 2 años para los delitos reprimidos con pena de prisión o reclusión. Entonces, si el legislador estableció un plazo mínimo de prescripción de los delitos de 2 años, porque el fiscal tiene que desplegar una investigación previa a la formalización en un plazo notoriamente inferior, favoreciendo la impunidad del investigado.

Todo ello, permite concluir que ese plazo tiene como única finalidad controlar la actividad del fiscal en una etapa en la que su actuación debería ser soberana. Si existe un temor respecto a esa soberanía, concurren otros controles que permiten su revisión sin sacrificar la finalidad que le fue encomendada. Esta es, la de investigar los delitos con un deber de máxima diligencia, potestad que en el caso de un cumplimiento anormal puede traer aparejada responsabilidad internacional en determinadas clases de delitos; sobre todo, en aquellos casos vinculados a la criminalidad organizada transnacional. No se debe olvidar que en el Ministerio Público Fiscal descansa el derecho a la verdad de las víctimas y de la ciudadanía en general, que reclama un bien jurídico colectivo como es la seguridad.

Este último punto de vista trae aparejado la necesidad de atender en la regulación de la investigación previa a la formalización a través de la óptica del principio acusatorio y la imparcialidad del juez de garantías. Es una etapa donde el fiscal trabaja para poder formalizar la investigación o bien archivar el caso y, para ello, puede realizar medidas probatorias sin recurrir al juez de garantías y otras a las que sí, como, por ejemplo, cuando se avanza sobre alguna garantía constitucional.

Es por ello que, al existir un control del juez de garantía ante cada medida que significa una intromisión de garantías constitucionales, no se advierte cual es el sentido del art. 253 del CPPF al exigir la comunicación al afectado o la audiencia de autorización ante el juez de garantías para continuar la investigación sin esa comunicación. Máxime cuando esas medidas implican una investigación

sin aviso al afectado para evitar que se frustre, como, por ejemplo, podría acontecer con las interceptaciones telefónicas; o bien cuando la medida implica para al afectado un anoticiamiento de que puede existir en su contra una investigación penal, por ejemplo, un allanamiento o una requisita.

Tal cual como está regulado, implica un doble control para el/la fiscal, lo que deja entrever esa preocupación o desconfianza hacia la actividad investigativa. Adviértase que, la audiencia unilateral para continuar la investigación sin comunicación al afectado trae como consecuencia procesal que empiece a correr el plazo de 90 días. Mientras que, la comunicación al afectado puede dar lugar al control de la defensa previsto en el art. 256 del CPPF.

En este artículo se establece que, la víctima constituida en querellante y el imputado ante la notificación pueden solicitarle al fiscal que le brinde información sobre el objeto de la investigación y las diligencias efectuadas y las pendientes de ejecución. Si el fiscal se niega pueden recurrir al juez de garantías, quien le fijará al fiscal un plazo para la formalización.

Aquí está la afectación palmaria al principio acusatorio y la prueba de que el control así regulado compromete la imparcialidad del juez. Pues, ¿qué sucede si el fiscal, en el caso de que le fue autorizada la investigación sin comunicación al afectado y transcurrieron los 90 días, o en el supuesto del art. 256, agotó el plazo para formalizar la investigación y no reunió los elementos que le permitan formalizar su investigación? ¿Debe formalizarla? La pregunta, más bien, es: ¿puede el juez de garantías obligarlo en un plazo a formalizar la investigación?

La respuesta es negativa, porque ello conllevaría a una intromisión en la estrategia del caso del fiscal por parte del juez. En el derecho procesal penal chileno, esta cuestión fue tratada por la jurisprudencia al valorar el art. 186 del Código Procesal Penal de dicho país, de gran similitud con el art. 256 del CPPF.

Así, la Corte de Apelaciones de Temuco de Chile dijo: “Que para una adecuada decisión del asunto materia del recurso, cabe considerar que la norma prevista en el Art. 186 del código antes referido, y que permite el control judicial de la investigación aún antes de la formalización pidiendo el imputado al juez de garantía que se ordene al fiscal informarle de los hechos objeto de la investigación, o que le fije un plazo para formalizarla, situación esta última que ocurrió en autos –tiene por fin que la persona investigada pueda ejercer los derechos que la ley consagra al imputado; principalmente, para que prepare sus medios de defensa y, en su caso, para ser juzgado en un plazo razonable. Sin embargo,

tampoco puede perderse de vista que la decisión de formalizar o no la investigación es atribución exclusiva del Ministerio Público, por cuanto solo a él pertenece la dirección de aquella, de tal modo que si arriba a la conclusión que no hay antecedentes suficientes para ello, habiendo vencido el plazo que tenía al efecto, debe proceder a su cierre”¹².

Tal cual como está redactado, el 253 del CPPF trae aparejado todas estas inconsistencias desde el punto de vista del sistema acusatorio. Al ponerse el foco sobre la actividad del fiscal se desnaturalizó la función del juez. Los jueces, de acuerdo con la previsión normativa, podrán fijarle un plazo al fiscal para que formalice o para que no continúe la investigación sin comunicación al afectado, obligando de este modo a formalizar. Pero, también, algunos verán en esa previsión la posibilidad de que, vencido los plazos y ante la decisión del fiscal de no formalizar, instarlo a hacerlo. Para evitar todas estas cuestiones interpretativas resulta necesario una nueva regulación que tenga por objeto, en definitiva, confiar en la objetividad del fiscal prevista en el art. 90 del CPPF; y, durante la investigación, mientras no se afecte una garantía constitucional que requiera la intervención de un juez, la obligación de soportar la “molestia” que puede significar una investigación, si en efecto queremos como sociedad un buen servicio de administración de justicia y un resguardo de la seguridad ciudadana.

V. El agente revelador

5.1. La regulación en el Código Procesal Penal Federal

El agente revelador en la actual norma procesal se encuentra regulado como una técnica especial de investigación solamente reservada para aquellos delitos que pueden ser calificados como de criminalidad organizada (art. 185 del CPPF).

Es una técnica netamente investigativa que tiene por objeto designar a un/a agente de las fuerzas de seguridad o policial para “simular interés y/o ejecutar el transporte, compra o consumo, para sí o para terceros de dinero, bienes, per-

¹² Corte de Apelaciones de Temuco de Chile, de 28/11/03, citado por HERRERA SEGUEL, Marta, “Control Judicial previo a la Formalización de la Investigación. Las posibles sanciones ante la inobligatoriedad del Plazo” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, Chile, 2005, Semestre I.

sonas, servicios, armas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o participar de cualquier otra actividad de un grupo criminal, con la finalidad de identificar a las personas implicadas en un delito, detenerlas, incautar los bienes, liberar a las víctimas o de recolectar material probatorio que sirva para el esclarecimiento de los hechos ilícitos. En tal sentido, el accionar del agente revelador no es de ejecución continuada ni se perpetúa en el tiempo, por lo tanto, no está destinado a infiltrarse dentro de las organizaciones criminales como parte de ellas”.

Entonces, si es una técnica investigativa que no implica inmiscuirse en organizaciones y construir prueba anticipada, sino más bien indagar sobre la conducta de personas sospechadas de un delito, ¿por qué el legislador facultó su designación al juez previo pedido del fiscal? (186 del CPPF). La inquietud no resiste análisis, no existen motivos que permiten sostener válidamente esta regulación sin vulnerar el principio acusatorio.

El control judicial previo de esta medida adoptada por el fiscal termina comprometiendo, inclusive, la imparcialidad del juzgador. ¿Acaso un juez que autorizó previamente la designación del agente revelador y los alcances de su intervención va a declarar luego, a pedido de la defensa, la nulidad de su actuación? Otro argumento a considerar es que el análisis de razonabilidad, proporcionalidad e idoneidad le compete más al fiscal que al juez. En definitiva, es el fiscal quien conoce la investigación, los recursos con los que dispone, el plazo que tiene y demás pormenores. El juez, quien tiene lógicamente solo la información que le brinda el fiscal en la audiencia, difícilmente puede efectuar un análisis conglobado de la totalidad de las circunstancias. Ello, sumado a que la investigación tiene un carácter dinámico y que la necesidad e idoneidad de las diferentes medidas van variando de acuerdo con los devenires de la investigación. En consecuencia, si se pretendió con la regulación un control más estricto para el fiscal, el control previo terminó afectando la actividad del fiscal, pero también los derechos del imputados. Pues, estos tendrían un aseguramiento útil de sus garantías a partir de un control posterior por parte de los órganos jurisdiccionales.

5.2. La regulación del agente revelador en el Código Procesal Penal Chileno

Esta propuesta de modificación normativa, por una que otorgue exclusivamente al fiscal la posibilidad de designar al agente revelador, se encuentra prevista por

el ordenamiento procesal penal chileno. Dicho instituto está regulado en el artículo 226 b del Código Procesal Penal Chileno.

Allí, se dispone que “el Fiscal Regional competente podrá autorizar a funcionarios policiales determinados para que se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores cuando sea necesario para lograr el esclarecimiento de hechos que involucren la participación en una asociación delictiva o criminal, establecer la identidad e intervención de sus responsables, conocer los planes de la asociación, y prevenir la comisión de sus delitos o comprobar los que hubieren cometido”¹³. Adviértase que no cualquier fiscal puede adoptar la medida, garantizándose de ese modo un control institucional jerárquico sobre la técnica.

Respecto al procedimiento, la norma dispone que “El Fiscal Regional deberá resolver la solicitud efectuada por el fiscal en un plazo máximo de 72 horas. En caso de negativa, el fiscal podrá solicitar nuevamente autorización para que funcionarios policiales se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores, aportando nuevos antecedentes. No será necesaria la autorización establecida en el inciso primero, en aquellos casos en que sea el Fiscal Nacional o el Fiscal Regional quien dirija personalmente la investigación, conforme a lo establecido en los artículos 18 y 19 de la ley N° 19.640”¹⁴.

Con relación a los requisitos que deberá tener en cuenta el Fiscal Regional para disponer la medida, la norma le requiere que se asegure y se limite “a las acciones estrictamente necesarias para los objetivos de la investigación, que los agentes reveladores o infiltrados no induzcan a la perpetración de delitos, y que la seguridad de los agentes reveladores o infiltrados se encuentra debidamente resguardada”¹⁵. Asimismo, deberá “a) Circunscribir el ámbito de actuación de dichos agentes en conformidad con los antecedentes y el delito o los delitos invocados en la solicitud correspondiente. b) Expresar la duración de la autorización, la que no podrá exceder de sesenta días. Ella será prorrogable por períodos iguales, y deberá cumplir los mismos requisitos establecidos para su otorgamiento. c) Establecer las medidas que deben adoptar para asegurar los objetivos establecidos en el inciso anterior, incluyendo aquellas previstas en el inciso cuarto del artículo 226 C”¹⁶.

¹³ Código Procesal Penal de Chile, art. 226, inc. b.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

No puede soslayarse que, mientras nuestra norma procesal le establece al juez de garantías un control de razonabilidad, proporcionalidad e idoneidad de la medida empleada, la norma chilena le exige al fiscal a través de una minuciosa reglamentación los extremos que debe tener para disponer la medida. Lo que revela, en definitiva, un mejor aseguramiento de los derechos del imputado, quien, además, luego de utilizada la medida podrá, con un agravio real y no meramente conjetural, someter al control del juez la medida utilizada. Una vez más, el derecho comparado nos brinda opciones para resolver idénticos problemas.

5.3. La actuación oficiosa del juez de garantías en las medidas de coerción

El Código Procesal Penal Federal tuvo muchas virtudes. Una de ellas fue el diseño de las medidas de coerción. El primer acierto fue su previsión en un listado que las enumera con un criterio de menor a mayor restricción a la libertad de las personas imputadas (art. 210 del CPPF). Esa enumeración en función del grado de lesividad de la medida ya brinda una pauta interpretativa de la prisión preventiva, pues la coloca al final de ese listado.

Otro acierto en este tema fue la regulación del procedimiento. Toda medida de coerción debe ser litigada en audiencia garantizando los principios de contradicción, celeridad, inmediación y publicidad. Así, se estableció como principio general que no pueden ser impuestas de oficio por el juez (art. 209 del CPPF). Complementario a este principio, se reguló que sólo se podrá aplicarla por expreso pedido del Ministerio Público Fiscal o del querellante (art. 223 del CPPF).

Todas esas normas operativizan en las medidas de coerción el principio acusatorio y la imparcialidad del juzgador. El legislador quiso que todas las medidas de coerción se litiguen y que, en definitiva, sea el Ministerio Público Fiscal quien deba demostrar las razones de imposición de la medida solicitada. En efecto, es a él a quien le compete asegurar la comparecencia del imputado al proceso.

Entonces, si esa es la lógica del litigio en las medidas de coerción, ¿por qué en la revocación o sustitución de las medidas de coerción el juez puede disponerlas de oficio? (art. 226 del CPPF). Si se analiza este artículo en función del principio general contenido en el art. 16 del Código Procesal Penal Federal es posible afirmar que el resguardo de la libertad les compete a todos los órganos del sistema de justicia criminal.

A ese argumento es posible agregar que el juez puede revocar o sustituir dicha medida, siempre que hayan desaparecido los presupuestos que fundaron su imposición. Entonces, en la decisión previa de imposición se dio el litigio sobre la medida respectiva, por lo que la revocación de oficio solo lo es a los efectos de ejecutar la sentencia.

Sin embargo, esta previsión oficiosa del juez en un sistema acusatorio adversarial no encuentra ubicación lógica en la normativa procesal. Todas estas argumentaciones que tratan de explicar su sentido constituyen esfuerzos interpretativos que no saltan los obstáculos de logicidad del sistema.

El Código fue claro al establecer que el juez no puede imponer las medidas de coerción de oficio (art. 209), que solo pueden ser solicitadas por el fiscal o el querellante (art. 223), por lo que mal podría sustituirlas de oficio (art. 226). También, fue claro al establecer que es a la defensa a quien le compete acreditar que han desaparecido los supuestos de su imposición.

Sobre la acreditación, por parte de la defensa ante los jueces, respecto a que han desaparecido los supuestos que justificaron la imposición de la medida de coerción, la jurisprudencia también se ha expedido. Así, la Cámara Federal de Salta, Sala I, dictó el precedente “Manrique Avilés”.

En ese caso, se consideró que “Este fallo ofrece la oportunidad de analizar y efectuar una correcta interpretación del art. 226 del CPPF. La obligación internacional analizada por la CIDH para la revisión periódica de las medidas de coerción nace en el contexto de prisiones preventivas prolongadas en el tiempo sin el debido control judicial.

Ello obliga a interpretar el 226 del CPPF en ese contexto y a partir de la frase que marca el sentido de la revisión “cuando hayan desaparecido los supuestos analizados”. El art. 226 no funciona como tercera o cuarta revisión de lo ya analizado previamente por los jueces y cuando la defensa activa esta cláusula tiene una especial carga de probar nuevas circunstancias evidentes que los jueces no hayan tenido la oportunidad de valorar. Asimismo, se debe valorar que la defensa tenía la posibilidad de interponer recurso extraordinario y no lo realizó”¹⁷.

La interpretación de los jueces dejó en claro que a quién le compete instar y demostrar que los supuestos de imposición de las medidas de coerción han desaparecido es a la defensa. En consecuencia, esa interpretación torna inope-

¹⁷ Cámara Federal de Salta, Sala I, Caso Coirón 51778/2021, 23/9/21.

rativa la previsión del art. 226 que le otorga la potestad revocatoria de oficio de la medida de coerción a los jueces.

Finalmente, en este análisis no puede dejar de advertirse que el Código Procesal Penal de la Nación todavía vigente en aquellas provincias donde no se implementó el sistema acusatorio también prevé una norma con esta potestad oficiosa. En el art. 318 se estableció que la excarcelación podía ser acordada de oficio. Por su parte, el art. 333 también admitió la revocación de oficio.

Aún en este Código, que estableció un sistema procesal mixto, la jurisprudencia también puso en tela de juicio la actuación oficiosa de los jueces en lo que respecta a las medidas de coerción. En efecto, la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, en diferentes precedentes, declaró la nulidad de las resoluciones de oficio que otorgaban excarcelaciones sin la intervención del fiscal¹⁸.

VI. Conclusión

¿Existen disposiciones en el Código Procesal Penal Federal que regulan la investigación penal preparatoria y se contraponen al principio acusatorio y de imparcialidad del juzgador? Esa fue la pregunta que orientó el presente trabajo y cuya hipótesis permitió responderla en forma positiva e identificar previamente a 4 institutos:

La intervención del juez de garantías a través de la homologación de los acuerdos de conciliación arribados por el ejercicio del fiscal de la disponibilidad de la acción penal.

El control del juez de garantías a la solicitud fiscal de continuación de la investigación sin comunicación al afectado en la audiencia del art. 253 del CPPF.

La potestad de revocación de oficio a las medidas cautelares por parte del juez de garantías.

El control del juez de garantías a la adopción de la técnica especial de investigación del agente revelador por parte del fiscal.

Al llegar a la instancia final de este análisis, y habiendo estudiado cada uno de esos institutos, es posible concluir que en su diseño normativo sí se identifican contraposiciones con los principios bases del sistema acusatorio. En función de ello, es posible efectuar las siguientes consideraciones de índole general:

¹⁸ Cámara Federal de Salta, A., D. A.-G., R. A.-Q., L. Y. y V., Z. A. s/Excarcelación, C. N° 350/11, 16/08/2011 y en los autos *Incidente de excarcelación de M. T. F. B.*, punto XI del considerando, C. N° FSA 520001445/2011/1/CA1, 25/03/2014.

- El Código Procesal Penal Federal estableció verdaderamente un sistema acusatorio adversarial que supera ampliamente por su respeto a la Constitución Nacional y los derechos del imputado al Código Procesal Penal Mixto.
- Solamente en algunos institutos se establecieron demasiados controles a la actividad investigativa desarrollada por el fiscal.
- Esa excesiva reglamentación desde el análisis de las discusiones parlamentarias encuentra explicación en una desconfianza a la labor investigativa.
- La desconfianza no se puede traducir en controles del juez de garantías al fiscal. Ello atenta contra la adversarialidad del sistema, la imparcialidad del juzgador y coloca a la defensa en un rol de espectador.
- La regulación de los institutos advertidos desde esa óptica quita responsabilidad institucional al Procurador General de la Nación, a quien en definitiva le compete el control jerárquico de la actuación de los fiscales.
- Este tipo de regulaciones también deja inoperativo al principio de objetividad que debe respetar el fiscal.

Es por todo ello, y por las consideraciones de índole particular efectuadas en cada uno de los institutos analizados, que resulta necesario readecuar la normativa del Código Procesal Penal Federal. El sistema acusatorio necesita de constantes readecuaciones no porque el sistema pueda ser calificado negativamente, sino porque de ese modo se puede acercar a un ideal de pura adversarialidad que permita solucionar el conflicto y descubrir la verdad.

La Política de Persecución Penal en la Fiscalía de Distrito Salta a partir de la implementación del sistema acusatorio

Roxana Gual*

Introducción

A partir del 10 de junio de 2019 el Ministerio Público Fiscal de la Nación se encuentra transitando una gran transformación, que comenzó en las jurisdicciones de Salta y Jujuy a través de la puesta en funcionamiento del nuevo Código Procesal Penal Federal, que implica un cambio de paradigma hacia el sistema acusatorio. Este se caracteriza principalmente por la separación de la función de acusación de la función de enjuiciamiento, funciones que deben ser atribuidas a órganos distintos: el Fiscal es el órgano acusador por excelencia, a cargo de la investigación de los delitos; y los Jueces, por su parte, tienen la función de control de legalidad de la actividad investigativa, así como, también, de garantizar la imparcialidad del órgano encargado de su enjuiciamiento¹. Este último es un principio de gran relevancia, que se encuentra expresamente previsto en el Código Procesal Penal Federal en los artículos 8º y 9º².

Esta estricta separación de funciones conlleva que el Ministerio Público Fiscal pueda decidir y llevar adelante su política de persecución penal, al ser el órgano encargado del ejercicio de la acción penal; pudiendo prescindir de la

* Abogada. Magíster en Derecho Penal Internacional por la Universidad de Granada (España). Especialista en Fiscalía Penal Acusatoria por la Universidad Nacional de Salta. Especialista en Derecho Penal por la Universidad Católica de Salta. Auxiliar Fiscal de la Fiscalía de Distrito de Salta

¹ DEL RÍO FERRETI, Carlos, *Los poderes de decisión del juez penal. Principio acusatorio y determinadas garantías procesales (el deber de correlación)*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 71.

² Artículo 8º.- “Imparcialidad e independencia. Los jueces deben actuar con imparcialidad en sus decisiones. Se debe garantizar la independencia de los jueces y jurados de toda injerencia externa y de los demás integrantes del Poder Judicial.” Y Art. 9º.- “Separación de funciones. Los representantes del Ministerio Público Fiscal no pueden realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no pueden realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal.”

persecución penal, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, por motivos de utilidad social o razones de política criminal³. Este sistema permite que el Ministerio Público pueda centrar sus esfuerzos en la persecución de los delitos que el Estado considera relevantes, como el narcotráfico, la trata de personas, los hechos de corrupción, el lavado de activos, el tráfico ilegal de personas, entre otros; y sobre los que el Estado argentino ha asumido el compromiso internacional de persecución y sanción.

Este cambio de paradigma implica un Ministerio Público Fiscal con un rol activo en la persecución de los delitos; es decir, que la misma sea estratégica y eficaz, que permita tener resultados concretos. Debemos tener presente que los fiscales asumen un papel protagónico frente a la comunidad, pasando de ser un organismo totalmente invisible, del que poco se sabía y del que se desconocía cuál era la función que llevaba adelante, a ser un organismo con una gran responsabilidad, que es la de representar los intereses de la comunidad⁴, y a deber rendir cuentas de la tarea que están realizando.

Para llevar adelante este cambio, el Ministerio Público Fiscal de la Nación dispuso un nuevo diseño de organización moderno, que le permite a los fiscales trabajar en la gestión de los casos que ingresan al sistema penal, así como, también, en la política de persecución del delito y en el abordaje de la conflictividad, para lograr un trabajo más efectivo. Para ello, se deberá fijar criterios uniformes de actuación, buscando una persecución exitosa, que será el gran desafío que se le presenta hoy al Ministerio Público.

Así, en este nuevo diseño de organización aparece un actor importante, que cobra relevancia en el sistema acusatorio, el Fiscal coordinador de Distrito, sobre quien me explayaré más adelante.

I. El Ministerio Público Fiscal: camino hacia la persecución penal estratégica

Este nuevo Ministerio Público Fiscal que va apareciendo en los procesos de reforma, como el que estamos transitando en Argentina, hizo evidentes los cam-

³ PGN, Resolución N° 97/19, 25/11/2019, consultado en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/PGN/2019/PGN-0097-2019-001.pdf>]

⁴ Art. 120 de la Constitución Nacional.

bios en la dinámica judicial de los operadores, que, conforme lo señala Binder⁵, tuvieron impactos distintos. El citado autor habla de tres generaciones de reforma: la primera se refiere a la idea de que el Ministerio Público debía adquirir una forma de organización propia, no refleja, es decir, establecer una organización que no debía necesariamente seguir las reglas de la organización judicial (por ejemplo, turnos, formas de organización del trabajo, competencias, etc.). Esto es lo que se conoce como la ruptura del “modelo reflejo” y aquí es donde fueron apareciendo las fiscalías especializadas.

La segunda generación está sustentada en la nueva mirada del Ministerio Público, pues comienza una época de desarrollo de los modelos organizativos y una mayor preocupación por la tecnificación de la gestión, con progresiva incorporación de profesionales provenientes de otras áreas como la ingeniería, la administración de empresas, entre otras. Es aquí donde surgen problemáticas como el creciente flujo de público, el establecimiento de nuevas plataformas de atención, la incorporación de nuevas tecnologías y la accesibilidad a sus servicios. Se trata, entonces, de una etapa que se focaliza en la atención de la víctima, se deja de pensar en el Ministerio Público como un conjunto de fiscalías especializadas y regulares, de base territorial, y se lo comienza a entender como una organización capaz de desarrollar distintos procesos de trabajo, con estándares de calidad y de duración totalmente distintos (atención personalizada y atenta hacia el denunciante, procesos de trabajo orientados a la búsqueda de salidas reparadoras, como la conciliación o mediación, procesos de respuesta rápida –abreviados)⁶.

Finalmente, en la tercera generación, Binder señala que se “[...] busca intensificar la dimensión político-criminal del proceso de reforma, mediante la integración de la política de persecución penal en el marco de un planeamiento democrático de la política criminal”⁷; y entiendo que es aquí donde nos encontramos y donde se encuentra el mayor desafío que hoy tiene el Ministerio Público Fiscal de la Nación.

⁵ BINDER, Alberto, “Etapas del desarrollo organizacional del Ministerio Público”, en *Ponencias del Seminario Internacional Desafíos actuales y futuros de la persecución penal y de la atención a víctimas y testigos en Chile*, Fiscalía Nacional de Chile, Santiago, 2014, consultado en [www.fiscaliaechile.cl].

⁶ BINDER, Alberto, “Etapas del desarrollo organizacional del Ministerio Público”, ob. cit.

⁷ BINDER, Alberto, *La reforma de la justicia penal en América Latina como política a largo plazo*, en NIÑO, Catalina (Coord.), *La Reforma a la Justicia en América Latina: Las lecciones aprendidas*, Bogotá, Friederich Ebert, 2016.

Refiere el autor que, esto plantea desafíos y nuevos problemas, ya que se debe integrar la persecución penal en un marco político criminal, lo que implica hacer de ella una actividad que utilice los datos de la inteligencia criminal y del análisis del delito. A su vez, implica un nuevo avance en la relación con los sistemas policiales y otros organismos del Estado que producen información sobre la criminalidad.

En esta etapa de la reforma, Binder se refiere a la persecución penal estratégica, que cada caso tenga un marco de referencia estratégico y se haga responsable de las consecuencias y de los efectos que produce en términos de control de criminalidad.

Así, el autor se pregunta, ¿cuál es el desafío que se nos presenta en esta etapa?, frente a esto se concluye que todo recae en la eficacia del Ministerio Público Fiscal. Sobre esto, refiere:

“Significa, por una parte, pensar en la persecución penal, como una actividad organizada del Estado para acabar con la impunidad, es decir, para volver real el programa punitivo y, por otra, poner a disposición de las víctimas los instrumentos necesarios para que ellas sean gestoras eficaces de sus propios intereses. Nada de eso significa un debilitamiento del sistema de garantías. No lo significa – porque los problemas de eficacia nada tienen que ver en la práctica con el sistema de garantías – y no debe significar, ya que en un Estado sometido al Estado de derecho el respeto a esos límites es una condición esencial de la legitimidad del poder penal”⁸.

Asimismo, sostiene que, en esta etapa que está transitando el Ministerio Público Fiscal, estamos frente a una situación de ineficacia del proceso penal. Por ello, señala cinco tareas que se presentan como urgentes y que deben ser destacadas en una visión político – criminal del proceso penal:

1) Construir una visión estratégica de la persecución penal:

En este punto Binder concluye que:

⁸ BINDER, Alberto, *Tensiones Político- Criminales en el proceso penal*, Ponencia presentada en el XXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, realizado en Bogotá, septiembre de 2007, organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

“Desde el punto de vista de los intereses personales de la víctima, el proceso penal se enfrenta a un caso, a un conflicto individual en el que una o varias personas están inmersas y que extiende sus efectos a un círculo restringido de personas. Desde el punto de vista de la persecución estatal, el proceso penal se enfrenta a un caso, en tanto expresión de una regularidad social”⁹.

En esta ponencia, el autor sostiene que se debe abandonar esta estructura de trabajo de caso a caso, que ello suele llevar al fracaso en términos de persecución criminal, por lo tanto:

[...] policías y fiscales se encuentran inmersos en el procesamiento de casos sin mayor estrategia, incluso actúan muchas veces sobre segmentos de ese mercado (criminal) que son fácilmente sustituibles, agravando incluso el fenómeno criminal (al aumentar la violencia por inexperiencia por ejemplo) y tornando totalmente inútil su trabajo (2010:41).

Las nuevas herramientas que están tratando de modificar esta mirada sobre el fenómeno criminal y las formas de intervención en él son la persecución penal estratégica y la persecución penal comunitaria. La primera (PPE) constituye “la orientación que busca integrar el trabajo de los fiscales en el marco de una estrategia global de comprensión de una forma específica de criminalidad”. La Persecución Penal Comunitaria (PPC), por su parte, entiende “la integración del trabajo de los fiscales, en comunidades específicas, que realizan alianzas con otros sectores sociales y estatales para responder de un modo integral (no sólo con la persecución penal) a una determinada área de criminalidad”¹⁰.

Por su parte, Rodríguez¹¹, señala que la persecución penal estratégica constituye una política criminal que tiene por objeto definir los hechos criminales que se van a perseguir, partiendo de una selectividad racional: el grado de afectación social de la conducta y el análisis de los patrones delincuenciales.

⁹ Ídem.

¹⁰ dem

¹¹ RODRÍGUEZ, A., “Persecución penal estratégica: una propuesta de política criminal”, en *Revista Análisis Político*, Vol. 3, año 2, Guatemala, Konrad Adenauer Stiftung, p. 26, consultado en [http://www.kas.de/wf/doc/1975-1442-4-30.pdf]

En relación con la situación de la Argentina, Binder¹² (2010) refiere que:

[...] está muy lejos de consolidar una perspectiva de este tipo y ello nos lleva a inevitables fracasos. Mucho más aun cuando nuestra estructura federal y regional nos obliga a esfuerzos de coordinación mayores, porque esos mercados no son simplemente locales y la eficacia en una provincia o región es altamente dependiente de lo que se haga en otra; -agregado que-

[...] La integración en el nivel informativo, en el análisis compartido de la información, en la integración policial o en la persecución penal es todavía extremadamente débil frente a la extensión, complejidad y dinamismo de los mercados que regulan buena parte de la criminalidad más importante o más extendida.

El camino que debemos seguir es hacia una Persecución Penal Estratégica (PPE).

2) Modernizar el sistema de investigación de los delitos:

En este punto, el autor refiere que es impensable que la persecución penal cumpla sus finalidades sin el apoyo de un sistema eficiente y moderno de investigación de los delitos. Por esta razón, sostiene que es necesario modernizar los sistemas de investigación existentes, por cuanto hay varias deficiencias, relacionadas con el uso de la información, a las que ni los fiscales ni policías logran acceder de un modo eficiente, rápido y productivo. Asimismo, es necesario que la información sobre los fenómenos criminales se encuentre actualizada, ya que, de otro modo, resulta complicado que se pueda construir una PPE. A ello, agrega la falta de coordinación y cooperación entre los distintos tipos de policías y de estos con otros agentes del Estado que llevan adelante investigaciones, por ejemplo, agentes aduaneros, agentes de migraciones, agentes de AFIP, entre otros. También, refiere a la falta de coordinación y cooperación entre policías y fiscales, ya que no existen canales organizacionales, culturales y de método para un trabajo mancomunado.

¹² BINDER, Alberto, *Política de seguridad y control de la criminalidad*; Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2010, p. 43-44.

3) Evitar la sobrecarga endémica:

Aquí, el autor señala cómo la ineeficacia o ausencia de mecanismos de intervención de la conflictividad produce un efecto de congestión endémica de la justicia penal, a pesar de haberse tenido en cuenta en los nuevos códigos procesales durante los procesos de reforma. Estos incorporaron distintos mecanismos para solucionar este problema de sobrecarga endémica, como los procedimientos abreviados, procedimientos conciliatorios, la suspensión del proceso a prueba, la reparación directa. Así, todos estos mecanismos procesales resultaron aptos para canalizar una respuesta penal diversificada a la multiplicidad de casos que no requieren una respuesta penal en muchos casos, o para cuando ella es muy costosa o poco eficaz. A su vez, los Ministerios Públicos Fiscales tienen la tarea de impulsar el uso coherente de estos mecanismos.

4) Utilizar todos los recursos sociales:

Sobre ello, Binder sostiene que la impunidad es una preocupación social, pero, a pesar de ello, no se observa todavía una participación activa de la sociedad en la utilización de mecanismos como acciones colectivas o querellas institucionales. Esto sucede porque, según el autor, los fiscales u otros sectores del Estado no diseñan políticas específicas de colaboración ni de utilización de las capacidades instaladas de estos sectores sociales, al contrario, en ocasiones entran en conflicto con ellos, y aunque se defiendan los mismos intereses, los desplazan o desalientan.

5) Una víctima con derechos. Al rescate de la acción.

Finalmente, el autor sostiene que el objetivo de toda política criminal es procurar la tutela de derechos de las víctimas.

Al respecto, refiere que, si bien las víctimas han ido ganando protagonismo en el reconocimiento de sus derechos, ello no se refleja en la práctica, donde hay poca participación de las víctimas por parte de los fiscales, también en los modelos de organización del Ministerio Público, en las estrategias de los casos y en la poca capacidad de diálogo entre los querellantes públicos y privados.

Sostiene Binder que, está vigente esta vieja idea de la acción pública como atributo esencial del Estado; a lo que añade que es necesario revisar los verda-

deros fundamentos de la teoría de la acción, que están siempre ligados a los intereses de personas de carne y hueso.

Esta idea de desarrollar un sistema de persecución eficaz, también, se relaciona con el hecho de que el Ministerio Público Fiscal debe abandonar la visión tradicional según la cual su función se limita a la resolución individual de cada caso que llega a su conocimiento. Asimismo, debe dirigir sus esfuerzos hacia una persecución penal estratégica del fenómeno criminal que se esté investigando, es decir, ver los casos en su conjunto, lo que le permitirá elaborar una estrategia de persecución.

En función de ello, y abandonando la lógica de trabajo de caso a caso, se debe trabajar poniendo el acento en lo que se denomina “fenómeno criminal”. Binder sostiene que, debe entenderse que “no es una realidad natural sino que es el entrecruzamiento de fenómenos culturales (conflictividad) y políticas estatales (procesos de criminalización)¹³.

Se debe abandonar la lógica de trabajo de caso por caso aislado, como veían trabajando tanto los fiscales como la policía, ya que esta forma no permite ver los fenómenos criminales que se están produciendo. Esto impide a los agentes del sistema penal observar la actuación de grupos o estructuras criminales, las formas en que estos operan y obtienen sus beneficios económicos¹⁴.

Por su parte, Rodríguez sostiene que una persecución penal estratégica requiere de una comprensión bastante exacta de los fenómenos criminales, de las bandas que operan en el país, de los mercados ilícitos y de los patrones delictivos. Para ello, se requiere información sobre la criminalidad, basada en un análisis permanente de los hechos delictivos y una sistematización de la información en unidades especializadas de inteligencia. La información procesada por las autoridades del Ministerio Público y la policía permite que estos organismos procedan a plantear sus acciones de persecución penal, se establezcan metas y objetivos por la fiscalía, basados en la realidad del fenómeno criminal y en la incidencia que se quiere efectuar en la realidad¹⁵. Esto, también, ayuda a que el Ministerio Público pueda dedicar los recursos necesarios para su intervención.

¹³ BINDER, Alberto, *Política de seguridad y control de la criminalidad*; ob. cit., p. 15

¹⁴ RODRÍGUEZ, “Persecución Penal Estratégica”; ob. cit., p. 26

¹⁵ RODRÍGUEZ, “Persecución Penal Estratégica”; ob. cit., p. 27.

II. El sistema acusatorio y la Fiscalía de Distrito

La persecución penal en Argentina está a cargo del Ministerio Público Fiscal, que es el órgano encargado de perseguir los delitos y ejercer la acción penal. Así proviene expresamente de la Constitución Nacional en el art. 120, donde se establece que su función es “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad” y “promover y ejercitar la acción pública”. Por su parte, la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal (Ley 27.148), en su art. 3º, establece: “Funciones en materia penal. El Ministerio Público Fiscal de la Nación tiene a su cargo fijar la política de persecución penal y ejercer la acción penal pública [...]”; y en su art. 12, al referirse a las funciones y atribuciones del Procurador General de la Nación, establece: “a) Diseñar y fijar la política general del Ministerio Público Fiscal de la Nación y, en particular, la política de persecución penal que permita el ejercicio eficaz de la acción penal pública.”

En relación con la figura recientemente creada del Fiscal coordinador de distrito, en el art. 17, señala: “La fiscalía de distrito es el órgano encargado de llevar adelante las funciones del Ministerio Público Fiscal de la Nación en un ámbito territorial determinado [...]”, y en el art. 18 indica: “El fiscal coordinador de distrito será el responsable directo del buen funcionamiento de la institución en el área respectiva. Ejerce la acción penal pública y las atribuciones que la ley le otorga al Ministerio Público Fiscal de la Nación.

En el art. 19, por su parte, se señalan las funciones del fiscal coordinador de distrito, entre las que cabe destacar:

“d) Centralizar información con fines investigativos y examinar las vinculaciones entre los distintos casos; f) Establecer relaciones de coordinación, actuación, intercambio de información, asistencia y apoyo con las direcciones generales; h) Asignar a las procuradurías especializadas los casos que requieran una actuación centralizada en virtud de su complejidad, extensión territorial, diversidad de fenómenos involucrados, conexión con otros casos y demás cuestiones que lo hagan aconsejable para una mayor eficacia de la persecución penal. El fiscal de la fiscalía de distrito correspondiente deberá estar informado y podrá colaborar en el caso; i) Interactuar

con las autoridades y organismos provinciales, municipales y comunales para la investigación de hechos delictivos federales que tengan conexión o efectos con delitos o infracciones locales.”

Entre sus deberes establecidos en el art. 20, se encuentra: “f) Procurar que la investigación de los casos se realice de manera ágil y desformalizada”.

A su vez, desde la Procuración General de la Nación, se fueron dictando resoluciones relativas a la nueva organización del Ministerio Público Fiscal, y del nuevo rol que deben cumplir los fiscales, especificando sus funciones. Así, la Resolución PGN N° 2760/13¹⁶ (de fecha 19/12/2013) establece la creación de cinco distritos, entre ellos Salta, y el nombramiento de un fiscal coordinador de distrito (figura nueva que aquí aparece). En esta resolución, la Procuradora General de ese entonces dijo que era necesario:

“[...] establecer un nuevo esquema de organización del Ministerio Público Fiscal, con el propósito de mejorar la eficacia de la institución para abordar la problemática del crimen organizado; [...] que esta división del territorio en distritos tiene por finalidad focalizar el diseño e implementación de estrategias de persecución de este fenómeno criminal adecuadas a las características de cada lugar del país”.

Posteriormente, con la sanción del nuevo Código Procesal Penal Federal, y su puesta en funcionamiento en las jurisdicciones de Salta y Jujuy, en junio de 2019, se puso en marcha en estas jurisdicciones el sistema acusatorio, estableciendo este nuevo Código en su art. 90:

“EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL tiene a su cargo la investigación de los delitos y la promoción de la acción penal pública contra los autores y partícipes [...]. Para el más adecuado cumplimiento de sus funciones, el MINISTERIO PÚBLICO FISCAL de la Nación promoverá una amplia coordinación y actuación conjunta con los Ministerios Públicos Fiscales de las provincias y de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, mediante la celebración de los respectivos convenios”.

¹⁶ Consultada en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2013/PGN-2760-2013-001.pdf>].

Asimismo, la Procuración General de la Nación dictó diferentes resoluciones referidas a la puesta en funcionamiento del sistema acusatorio en las jurisdicciones de Salta y Jujuy. La Resolución PGN N°35/19¹⁷ (26/04/2019) establece el nuevo diseño de las Fiscalías, haciendo hincapié, con relación al Fiscal Coordinador de Distrito, que entre sus funciones está la de interacción con otras instituciones, refiriendo que ello consiste en la coordinación con organismos nacionales con sede en la jurisdicción (en particular, con las fuerzas de seguridad), y coordinación con autoridades provinciales y municipales (en particular Ministerio Público Fiscal). Por su parte, mediante Resolución MP N° 127/19¹⁸, se aprobó el esquema de organización del Distrito Salta, y en ella se señala que el fiscal coordinador de distrito “es el responsable directo del buen funcionamiento de la institución en el área respectiva; ejerce la acción pública y las atribuciones que la ley le otorga al Ministerio Público Fiscal de la Nación”.

De esta manera, el fiscal coordinador de distrito es la máxima autoridad del Ministerio Público Fiscal dentro de su jurisdicción, ya que supervisa no sólo la coordinación y organización de las unidades fiscales a su cargo (Res. PGN N° 35/2019), sino que, también, ejerce todas las atribuciones que la ley otorga al Ministerio Público Fiscal de la Nación. Por ello, debe aplicar la política de persecución establecida por el Procurador General y resaltar la que se presente con características particulares en su jurisdicción.

En función de ello, será la Fiscalía de Distrito el ámbito desde donde deberá establecerse la política de persecución propia del distrito (siguiendo lineamientos de la Procuración General), atendiendo a las características de los fenómenos criminales que se vayan presentando en su ámbito de actuación, para lo cual deberá trabajar con un análisis criminal, coordinar con otros organismos del Estado (nacional, provincial y municipal) involucrados en su persecución, y, finalmente, poder elaborar un Plan de Persecución Penal Estratégica respecto a algún fenómeno criminal que considere de relevancia; tarea que deberá llevar adelante el Fiscal coordinador de Distrito. Por todas estas funciones, resulta de gran importancia que este último sea un fiscal que gestione y coordine; dos funciones de gran relevancia y nuevas para los fiscales, ya que les implica salirse y hacer algo distinto de su función de investigar, esto va mucho más allá.

¹⁷ Consultada en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2019/PGN-0035-2019-001.pdf>]

¹⁸ Consultada en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/mp/2019/MP-0127-2019-001.pdf>]

En esta línea, el Ministerio Público Fiscal de la Nación fue avanzando en el entendimiento de que los Fiscales deben tener definida una política de persecución penal, prueba de ello es la creación de la Dirección de Análisis Criminal y Planificación de la Persecución Penal (Resolución PGN 204/14¹⁹) y de la Fiscalía General de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios Comunitarios (Resolución PGN 13/07²⁰).

Con relación a la primera, la entonces Procuradora General de la Nación, destacó la necesidad de dotar al Ministerio Público Fiscal de “[...] herramientas que permitiesen el desarrollo e implementación de estrategias de persecución criminal efectivas, tanto a partir de la creación y puesta en funcionamiento de Procuradurías y Unidades especializadas, como por medio del impulso del uso de tecnologías modernas de investigación [...].” En particular, refiere que:

“[...] la creación de la Dirección de Análisis Criminal y Planificación de la Persecución Penal (DACP) encuentra su razón de ser en la necesidad de identificar, analizar y producir aquella información indispensable para el diseño de políticas de persecución criminal y para el establecimiento de modelos de investigación propios y autónomos de utilidad.

También, sobre el trabajo que realizará la Dirección se señala que:

“[...] esta Dirección trabajará sobre el estudio de datos emergentes de causas penales en trámite y concluidas, así como sobre otros elementos empíricos significativos relacionados con los fenómenos delictivos. Y este cometido es el que orienta que la actividad de esta Dirección se termine insertando en un más amplio programa de análisis del delito, que involucra la creación de nuevas áreas abocadas a la producción de estadísticas, con el propósito de optimizar la intervención del Ministerio Público Fiscal en el proceso penal [...]. En suma, la Dirección de Análisis Criminal y Planificación de la Persecución Penal (DACP) deberá perfeccionar herramientas críticas que favorezcan el diseño de un mapa institucional del delito

¹⁹ Consultada en [<https://www.mpf.gov.ar/resoluciones/pgn/2014/PGN-0204-2014-001.pdf>]

²⁰ Consultada en [<https://www.mpf.gov.ar/resoluciones/pgn/2007/pgn-0013-2007-001.pdf>]

que oriente a este organismo en la implementación de metodologías de persecución penal más eficaces y en un todo respetuosas de las expectativas ciudadanas en materia de justicia.

También, resulta de relevancia destacar la función de la Fiscalía General de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios Comunitarios, siendo que, desde la Procuración General²¹, se le asignaron entre otras las siguientes funciones: a) asistir y asesorar al/a la Procurador/a General en la formulación de la Política Criminal del Ministerio Público fiscal y las estrategias de relación de éste/a con la comunidad en general y sus asociaciones intermedias; b) asistir al/a la Procurador/a General de la Nación en la evacuación de consultas formuladas por los otros poderes del Estado, cuando dichas consultas estén vinculadas con temas propios de la política criminal; c) asesorar al/a la Procurador/a General de la Nación en la evacuación de las consultas formuladas por los/as magistrados/as, funcionarios/as, o empleados/as del Ministerio Público Fiscal, vinculadas con temas del derecho penal, derecho procesal penal y política criminal, de cara a la unificación en los criterios de actuación; d) proponer las estrategias de persecución penal que considere necesarias, a partir de los estudios de victimización, del desempeño de los y las integrantes del Ministerio Público y de la información criminal registrada; entre otras.

En el año 2022²² y 2024²³, esta Fiscalía emitió un documento, “Las instrucciones generales de política criminal del Ministerio Público Fiscal. Estudio preliminar y Digesto”, que incluye dos trabajos sumamente interesantes donde se sistematiza las instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal de la Nación vinculadas con sus criterios de actuación en materia de política criminal desde el retorno a la democracia hasta agosto de 2024; ello permite analizar la política de persecución penal a lo largo de estos años, principalmente considerando el avance que ha ido teniendo el Ministerio Público Fiscal en sus facultades, luego de la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994, cuando toma una relevancia especial, en tanto le es asignado el mandato constitucional de “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales”.

²¹ PGN, Resoluciones N° 13/07 (ya citada), y N° 68/19, consultada en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2019/PGN-0068-2019-001.pdf>]

²² Consultado en [<https://www.mpf.gob.ar/wp-content/uploads/2022/04/FiscPolCrim-Las-instrucciones-generales-de-poli%CC%81tica-criminal-del-MPF.pdf>]

²³ Consultado en [<https://www.mpf.gob.ar/wp-content/uploads/2024/10/Digesto-Politica-Criminal.pdf>]

de la sociedad” (CN art. 120). Este mandato se expresa en la que constituye la principal tarea de la institución: el ejercicio de la acción penal pública a partir del establecimiento de su política de persecución penal o política criminal²⁴.

A través de las instrucciones generales, la Procuración General determina los criterios de actuación que deberán seguir los fiscales que integran el Ministerio Público. Ellas reflejan la política de persecución penal de la institución, permiten desarrollar una política criminal ordenada y armónica, y ofrecen transparencia republicana, en tanto permiten que la ciudadanía conozca cuál será la posición de la institución en cuestiones penales fundamentales, tales como el abordaje de fenómenos criminales como el narcotráfico, la trata de personas, terrorismo, delitos aduaneros o la posición del organismo frente a institutos como la suspensión de proceso a prueba, las salidas alternativas de resolución de conflicto, entre otros. A su vez, estas instrucciones generales de política criminal funcionan como garantía de una persecución penal coordinada por parte de todos los miembros del Ministerio Público Fiscal.

Los fiscales deben seguir estas instrucciones generales impartidas por la autoridad máxima del organismo²⁵, que guiará su actuación; lo que tiene relación directa con el principio de unidad de actuación como pilar fundamental de la estructura organizacional del Ministerio Público, ya que cada acción de sus magistrados representa la intención de la institución en su totalidad, a partir de una organización jerárquica donde es el/la Procurador/a quien fija las metas a realizar en ejercicio de la persecución penal²⁶.

En estos compendios, se puede encontrar la política de persecución penal del Ministerio Público Fiscal, por ejemplo, en materia de narcotráfico²⁷, lavado de dinero y delitos tributarios²⁸, lesa humanidad²⁹, secuestros extorsivos³⁰, trata

²⁴ Documento del año 2022 citado, p. 11.

²⁵ El/la Procurador/a, como máxima autoridad del Ministerio Público Fiscal, es quien fija las metas a realizar en el ejercicio de la persecución penal (Ley 24.946, art. 1 y Ley 27.148, art. 9 inc. a)

²⁶ Ley 24.946 art. 1 y Ley 27.148 art. 9 inc. a).

²⁷ PGN, Res. N° 40/89 que dispone que los fiscales deben profundizar las investigaciones vinculadas con el tráfico de estupefactivos, con un especial énfasis en la incautación de los materiales y ganancias que hubiera generado la actividad, consultada en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/1989/pgn-0040-1989-001.pdf>], Res. PGN N° 68/21 que recomienda a los fiscales a adoptar el Protocolo de Cooperación sobre entregas controladas de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos; entre otras resoluciones, consultada en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2021/PGN-0068-2021-001.pdf>].

²⁸ PGN, Res. N° 1483/15, se instruye a los fiscales a que utilicen la “Guía de actuación en la persecución penal del transporte transfronterizo y tenencia injustificada de instrumentos monetarios y dinero en efectivo”, entre otras resoluciones, consultada en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2015/PGN-1483-2015-001.pdf>].

de personas³¹, violencia de género³²; entre otros fenómenos criminales, y nos marcan, también, la respuesta que va a dar el Ministerio Público Fiscal en estos casos, la que puede conocer toda la comunidad.

Estas instrucciones generales constituyen una herramienta de gran importancia en el actual sistema acusatorio, con un Ministerio Público Fiscal a cargo de la investigación, y que gestiona los casos que ingresan al sistema, por cuanto la meta es ser eficaces y eficientes en la persecución penal, y a través de ellas se fijan criterios uniformes para una investigación exitosa.

La política de persecución es dinámica, va cambiando con la realidad a la que está destinada. De allí que, el Ministerio Público deba ser proactivo, buscar constantemente una mejora en las estrategias de persecución penal.

III. La persecución penal en las Fiscalías de Distrito: La Fiscalía de Distrito Salta

Para llevar adelante la política de persecución del Ministerio Público Fiscal en su jurisdicción, el Fiscal coordinador del distrito deberá gestionar reuniones, mesas de trabajo con organismos públicos nacionales, provinciales y municipales, asociaciones civiles u organismos no gubernamentales, a fin de tomar conocimiento sobre las problemáticas que se plantean en su distrito, recogiendo la información que le brinden estos organismos, y que le permita efectuar reco-

³¹ PGN, Res. N° 56/01, art. 7, consultada en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2001/pgn-0056-2001-001.pdf>]; PGN, Res. N° 110/05, art. 2, consultada en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2005/pgn-0110-2005-001.pdf>], entre otras, que dispone que los fiscales deben agilizar y profundizar las investigaciones pertinentes en cumplimiento de los compromisos internacionales, debiéndose oponer a cualquier planteo dilatorio que intente evitar el debate oral, Res. PGN N° 138/05, consultada en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2005/pgn-0138-2005-001.pdf>], y Res. PGN N° 13/08, consultada en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2008/pgn-0013-2008-001.pdf>], entre otras resoluciones.

³⁰ PGN, Res. N° 79/23, consultada en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2023/PGN-0079-2023-001.pdf>], dar intervención en estos casos a la Unidad Fiscal Especializada en Criminalidad Organizada (UFECO), entre otras resoluciones.

³¹ PGN, Res. N° 805/13, consultada en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2013/PGN-0805-2013-001.pdf>], Res PGN N° 46/11, consultada en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2011/pgn-0046-2011-001.pdf>] y Res. PGN N° 3838/17, consultada en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2017/PGN-3838-2017-001.pdf>], ambas sobre una guía para los casos de explotación laboral, entre otras resoluciones.

³² PGN, Res. N° 1232/17, consultada en [<https://www.mpf.gob.ar/buscador-resoluciones/?texto=&numero=1232&tipo=7&anio=2017&pag=0&cant=10>], que instruye a los fiscales a utilizar la “Guía de actuación en casos de violencia doméstica contra las mujeres” y Res. PGN N° 16/23 que instruye a los fiscales a utilizar el “Protocolo de investigación y litigio de casos de violencia sexual”, entre otras resoluciones.

mendaciones sobre políticas de persecución a los fiscales de su distrito. Del mismo modo, deberá promover mesas de trabajo con las fuerzas de seguridad, a fin de generar un espacio de intercambio de información que permita al fiscal coordinador de distrito conocer las políticas de prevención que llevan adelante desde el ministerio de seguridad; como, también, ser actualizado sobre la dinámica de los fenómenos criminales que se presentan en la jurisdicción, lo que posibilitará establecer técnicas de detección de estos delitos o, en su caso, mejorar las deficiencias técnicas que se puedan presentar para su detección. Ello, teniendo en cuenta que las organizaciones criminales van modificando constantemente su “modus operandi” utilizando nuevas herramientas y recursos, de allí que, el Ministerio Público Fiscal, para llevar adelante una investigación exitosa, no debe estar ajeno a todos estos cambios que se van presentando.

En el caso del Distrito Salta, durante estos casi seis años de implementación del sistema acusatorio se ha ido observando la presencia de distintos fenómenos criminales en la jurisdicción, lo que llevó al fiscal coordinador del distrito a trabajarlos conjuntamente con organismos del estado que están involucrados en su detección.

Un ejemplo para citar fue el fenómeno criminal de contrabando de granos que se presentó en la jurisdicción a gran escala desde el año 2021 a 2022, que implicaba no sólo maniobras de contrabando de granos por parte de finqueros y transportistas, sino también la complicidad en estas maniobras de personal de Gendarmería Nacional, que liberaba los controles para que esta mercadería llegue a zona de frontera (Salvador Mazza) y allí pasar hacia el Estado Plurinacional de Bolivia por pasos no habilitados (como ser fincas que colindan con este país vecino).

Este trabajo implicó reuniones con funcionarios de AFIP-DGI (en aquel momento, hoy ARCA) y de la Dirección Regional Aduanera Noroeste, en las que estos organismos brindaron información sobre datos estadísticos que tenían en relación al transporte de granos sin la documentación obligatoria (carta de porte), así como, también, presentaron al fiscal del distrito la cantidad de granos que llegaban a la localidad de Salvador Mazza (zona de frontera), que ampliamente excedían el consumo interno de la población.

Con todo ello, sumado a los datos sobre exportación de granos que tenía Aduana, fue que se comenzó a trabajar con estos organismos en la detección de la maniobra ilícita. Así, el fiscal coordinador de distrito Salta, mediante Resolu-

ción FDS N° 61/2022, recomendó a los fiscales de las Sede Descentralizadas de Orán y Tartagal (ambas de zona de frontera con Bolivia) intervenir en todos los casos de contrabando o encubrimiento de contrabando de granos, dando inmediata intervención a AFIP-DGI y AFIP-DGA, a fin de contar con un asesoramiento técnico en el análisis de la documentación, detección de irregularidad en su transporte, entre otras, que permita el Fiscal del caso tomar una decisión. También, cabe en este punto destacar que, desde estos organismos se brindó una capacitación a los auxiliares fiscales y personal del Ministerio Público Fiscal de la Nación sobre la documentación específica necesaria para llevar adelante un transporte de granos. Esto fue organizado desde el Distrito en el entendimiento de que si queremos combatir un fenómeno criminal debemos conocerlo con la especificidad que requiere.

Todo este trabajo posibilitó una intervención precisa del Ministerio Público Fiscal en este fenómeno criminal, con causas en las que se avanzó hacia la detección de los pasos no habilitados utilizados para hacer pasar los granos hacia Bolivia, así como, también, desbaratar una organización criminal integrada por funcionarios de Gendarmería Nacional involucrados en el contrabando de granos³³.

En los años 2022 y 2023, también surgió otro fenómeno criminal, el contrabando de neumáticos que ingresaban a nuestro país desde el Estado Plurinacional de Bolivia y de la República de Paraguay. En este caso, el fiscal coordinador del distrito Salta, mediante Resolución FDS N° 41/2023, recomendó a los fiscales federales del distrito que, ante un caso de transporte de neumáticos, verifiquen si se trata de mercadería de origen extranjero, si los neumáticos poseen el CHAS (Certificado de Homologación de Autopartes de Seguridad) y, en caso de que el transportista presente documentación, se sugirió dar intervención a AFIP-DGI a los fines de detectar inconsistencias que pudiere tener.

³³ Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Salta, Carpeta Judicial FSA N° 3014/2021/14 “c/A, R.; R., D. E.; P., M. A. y M. C., A. s/infracción a la ley 22.415, cohecho activo y pasivo”, 04/10/2022. Entre los funcionarios condenados de Gendarmería Nacional, se condenó al Cte. Ppal del Escuadrón “Aguaray” (Salta) a la pena de 5 (cinco) años y 6 (seis) meses de prisión, la inhabilitación absoluta por el término de condena, las inhabilitaciones del art. 876 inc. e, f, g y h del Código Aduanero, como autor del delito de cohecho pasivo en concurso ideal con el delito de contrabando de exportación de mercaderías agravado por el número de personas intervenientes y su condición de miembro de la fuerza de seguridad, en calidad de partícipe primario (art. 12, 40, 41, 45, 54 y 256 del C.P., art. 864 inc. “a”, art. 865 inc. “a” y “c”, art. 876 inc. “e”, “f”, “g” y “h” de la ley 22.415).

Del mismo modo, se sugirió dar intervención a la Dirección Regional Aduanera Noroeste (División Investigaciones) a los fines de analizar la documentación presentada por el transportista e informar si su emisor puede acreditar la procedencia u origen de los neumáticos, ya sea como agente importador/exportador o compras a proveedores dentro del territorio nacional. Asimismo, a través del diario de mayor difusión en la jurisdicción se informó a la comunidad sobre los riesgos de adquirir este tipo de neumáticos que no cuentan con las medidas de seguridad adecuadas, ya que no poseen el CHAS; ello refleja un Ministerio Público activo y en contacto con la comunidad.

Por otra parte, el aumento de casos de contrabando de mercadería de origen extranjero generó un gran flujo de trabajo. El fiscal coordinador del distrito, siguiendo las pautas del Procurador General³⁴, mediante Resolución FDS N° 58/2022, recomendó a los fiscales del distrito la aplicación de un criterio de oportunidad (art. 31 del CPPF) en los casos de contrabando o encubrimiento de contrabando (arts. 863 y sgtes., 874 del Código Aduanero), y que, conforme el análisis de cada caso con sus particularidades, lo considere procedente. Esta resolución fue producto de la observación, desde el distrito, del gran flujo de trabajo de estos casos. Dado que, siendo Salta y Jujuy dos provincias de frontera, son muchos los casos de secuestros de encomiendas, por ejemplo, con mercadería de origen extranjero (como zapatillas, ropa, electrodomésticos, entre otros), ante la falta de actualización del monto objetivo de punibilidad del Código Aduanero, cuya última actualización fue en el año 2017³⁵.

En este sentido, el fiscal del distrito señaló que corresponde realizar una selección racional de los casos en los que el Estado no posee interés público en la persecución, para dar lugar a la intervención de hechos de mayor trascendencia que merecen aumentar los niveles de respuesta social. El propio CPPF en su art. 22 se refiere a la solución de conflictos, y hace referencia a que los jueces y fiscales deben dar preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social. Finalmente, se hace referencia a que en estos casos, de aplicación de criterio de oportunidad,

³⁴ PGN, Resolución N° 97/2019, en la que se resolvió “Disponer que los criterios de oportunidad reglados en el artículo 31 del Código Procesal Penal Federal sean aplicados en aquellas jurisdicciones en las que aún rige el procedimiento previsto por la Ley 23984 por los integrantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación [...].”

³⁵ Actualizado por el art. 250 de la Ley 27.430 que actualizó el monto anteriormente previsto en el art. 947 del Código Aduanero que era de cien mil pesos argentinos a quinientos mil pesos argentinos.

los Fiscales podrán disponer la donación de mercaderías que se encuentren aptas a entidades de bien público (escuelas, fundaciones, comedores, etc.) dando una utilidad social a esa mercadería.

Esta resolución ha permitido que los fiscales del distrito puedan cerrar estos casos aplicando un criterio de oportunidad, efectuar una donación de estas mercaderías a fundaciones, comedores, hospitales, entre otros, y centrar sus recursos en causas de mayor complejidad, como lo son el narcotráfico, trata de personas, casos de corrupción, entre otros.

Con las citadas resoluciones, quiero destacar el trabajo que se viene realizando desde Fiscalía de Distrito Salta en materia de persecución penal, buscando ser más eficientes y eficaces en las investigaciones.

Conclusión

A modo de cierre puedo decir que, hoy el gran desafío que atraviesa el Ministerio Público Fiscal de la Nación desde la instauración del sistema acusatorio es ir hacia una persecución penal estratégica, buscando ser eficaz y eficiente en las investigaciones; para llevar adelante esta tarea hay dos cuestiones claves, la coordinación y gestión. Es claro que, un Ministerio Público aislado de los demás organismos del Estado no puede llevar adelante esta tarea, de allí la importancia de la figura del fiscal coordinador de distrito, quien ejecutará estas funciones en su jurisdicción.

Para ello, entiendo que el fiscal coordinador de distrito deberá escuchar las sugerencias o señalamientos que le realicen los organismos gubernamentales y no gubernamentales, como también los ciudadanos.

Será, también, de gran importancia el trabajo conjunto que realice con la DAC. Esto es, que le permita poder elaborar un plan de persecución penal estratégico en su distrito, que tenga en cuenta patrones comunes que se presentan en los fenómenos criminales, construcción de patrones, identificación de modus operandi, un mapeo criminal, análisis de redes, entre otros; delinear metas, objetivos y evaluación de los avances.

Y, por otra parte, se deberá promover la participación de los fiscales coordinadores de distrito en el diseño de la política de persecución penal; serán ellos quienes podrán informar al Procurador General sobre los fenómenos criminales

que se presentan en cada jurisdicción. Al respecto, la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación dispone que el Consejo General del MPF³⁶ tendrá entre sus funciones la de “a) asesorar al Procurador General en el diseño de la política de persecución penal [...]”³⁷. Por ello, se podría pensar en invitar a participar de este Consejo a los fiscales coordinadores de distrito; o se podrían organizar desde la Procuración General reuniones regionales de fiscales coordinadores de distrito, a los fines de recibir el Procurador General información que le permita diseñar y fijar la política general del Ministerio Público Fiscal de la Nación, y, en particular, la política de persecución penal que permita el ejercicio eficaz de la acción penal pública³⁸.

A casi ya seis años de la puesta en funcionamiento del Código Procesal Penal Federal, y con el avance de su implementación en distintas jurisdicciones³⁹, debe el Ministerio Público Fiscal de la Nación avanzar en materia de análisis criminal y establecer un plan de persecución penal en los distritos conforme a las características propias de la criminalidad en cada jurisdicción. Esto, también permitirá al organismo rendir cuentas ante la sociedad.

El tema desarrollado será un punto sobre el que se deberá seguir trabajando, quedando abierto para futuras profundizaciones; lo importante es que el cambio comenzó con la implementación y puesta en funcionamiento del sistema acusatorio en Argentina, asumiendo el Ministerio Público Fiscal un rol protagónico; y que, en función de ello, el organismo se encuentra trabajando para funcionar dentro los parámetros de eficiencia y eficacia y así poder brindar una respuesta de calidad a la comunidad sobre los conflictos que se gestionan en la institución, buscando en todos los casos la solución del conflicto que mejor se adecue al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social⁴⁰. Queda mucho trabajo por hacer, pero el cambio y los grandes resultados de estos seis años son altamente positivos y están a la vista.

³⁶ Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación (Ley 27148), art. 16: “El Consejo General del Ministerio Público Fiscal de la Nación estará integrado por el Procurador General de la Nación, quien lo presidirá, y por seis (6) vocales con cargo de fiscal general. Sus vocales durarán dos (2) años en esta función y serán elegidos por el sufragio directo de los magistrados del Ministerio Público Fiscal, de conformidad con la reglamentación que se dicte al respecto [...]. El consejo sesionará ordinariamente al menos dos (2) veces al año”.

³⁷ Ley 27.148, art. 15 inc. a).

³⁸ Ley 27.148, art. 2 inc. a).

³⁹ Vigente en el Distrito Salta, Distrito Rosario, Distrito Mendoza, Distrito Comodoro Rivadavia, Distrito General Roca, y a partir del 7 de abril de 2025 en el Distrito Mar del Plata.

⁴⁰ Art. 22 del Código Procesal Penal Federal.

Las Convenciones Probatorias. Errores y aciertos en su aplicación

María Josefina Vargas*

I. Introducción

Con la implementación del nuevo paradigma adversarial en el Código Procesal Penal Federal (en adelante CPPF) en la jurisdicción de Salta¹, se adoptó la oralidad en todas las audiencias procesales, donde las partes a través de la teoría del caso presentan su versión de los hechos y, junto con las pruebas con las que van a sostener el relato, tratan una contienda a fin de acreditar la posición que les toca defender.

Es relevante la forma en que se estructure desde el inicio la teoría del caso, que será la brújula del litigante en todo el proceso penal, el planteamiento tanto del fiscal como de la defensa sobre los hechos penalmente importantes, los fundamentos jurídicos que los apoyan y las pruebas que los demuestran; todo con una visión estratégica.

En el ámbito probatorio, el CPPF estableció que la convicción judicial debe formarse sobre la base de la prueba oral producida durante el juicio².

De esta forma, una primera etapa denominada Investigación Penal Preparatoria, que comienza con la Audiencia de Formalización³, se caracteriza por recolectar evidencias y posteriormente -si hay mérito suficiente en contra del

* Auxiliar Fiscal de la Unidad Fiscal Federal Salta. Ministerio Público Fiscal de la Nación.

Magíster en Derecho Penal Internacional (U. Granada) y Especialista en Fiscalía Penal Acusatoria (UNSA).

¹ Aplicado en las jurisdicciones de Salta y Jujuy a partir del 10/06/2019.

² Conforme art. 288 del CPPF, “toda intervención de quienes participen en la audiencia de debate se hará en forma oral, permitiendo que de manera directa el tribunal y las partes tomen conocimiento. Los jueces no podrán admitir durante la audiencia y bajo ningún aspecto la interposición de argumentaciones o peticiones por escrito durante la audiencia, sin perjuicio de autorizar a los intervenientes a recurrir a notas para ayudar a su memoria”.

³ Art. 258 del CPPF describe el trámite de la Audiencia de Formalización.

imputado- se formula la acusación por escrito⁴; luego de considerar los elementos probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, y se pueda afirmar con probabilidad de verdad que la conducta se cometió y que el imputado es autor o partícipe⁵.

Posteriormente, cumplida la investigación preliminar por parte del acusador con el pedido de juicio contra el imputado, los códigos procesales acusatorio/adversariales prevén en primer lugar el control de acusación, donde se determina si existe razonable probabilidad de probar un hecho con relevancia jurídico penal, en un juicio oral.

En esta etapa intermedia, se desarrolla la audiencia de control de acusación (art. 279 del CPPF), la que tiene una función importante como filtro de admisibilidad probatoria, ya que no se puede trasladar al debate ninguna controversia sobre este aspecto y, además, cada parte tendrá un conocimiento acabado de la información que aportará cada medio probatorio.

Asimismo, es en esta oportunidad procesal en la que se permite a las partes la celebración de convenciones probatorias, acuerdos respecto a diversos hechos o circunstancias que se van a tener por acreditados en el proceso y que brindan una solución a los intereses confrontados, de forma voluntaria y consensuada, siendo un mecanismo de simplificación procesal que agiliza el debate⁶.

Conforme lo expuesto, es en el juicio oral donde deben practicarse las pruebas, a través de las técnicas del interrogatorio y contrainterrogatorio, porque sólo lo que ha sido oralmente debatido en el juicio, con la declaración de testigos y peritos, puede ser fundamento legítimo de la sentencia; así lo exigen los principios que rigen al proceso acusatorio, que se encuentran plasmados en los arts. 1 al 23 del CPPF y enumerados en el art. 2 del CPPF como los principios de igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización.

Todo se debe valorar en audiencia oral, evitándose la incorporación de un instrumento escrito. En el caso de ser necesaria la incorporación de un documento o acta, debe buscarse la persona que, por medio de su testimonio, lo haga

⁴ Art. 274 del CPPF en cuanto establece que la acusación deberá presentarse por escrito con las formalidades requeridas.

⁵ GARZÓN, I., *La etapa preparatoria en el Proceso Penal Acusatorio*, Colección Proceso Penal Adversarial. MARTÍNEZ, Santiago, GONZÁLEZ POSIGO, Leonel (Dir.), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editores del Sur, 2018, p. 72.

⁶ El art. 280 del CPPF dispone que el auto de apertura del juicio contendrá: c) los hechos que se dieron por acreditados en virtud de las convenciones probatorias.

posible. Allí radica la actividad estratégica que deben cumplir las partes para ingresar al juicio oral una prueba documental que les resulte favorable.

En este aspecto, cabe resaltar el rol que cumple la prueba documental en las audiencias cuando es utilizada correctamente. Son muchas las probanzas que se diluyen en la oralidad de los testigos o peritos, siendo un recurso muy valioso cuando van acompañadas con el testimonio de la persona que puede dar fe de los hechos que se desprenden de esa prueba. Asimismo, el Tribunal podrá contar con una doble percepción, si escucha el relato del testigo y observa, al mismo tiempo, la proyección audiovisual o la grabación de ese hecho que se quiere acreditar.

II. Audiencia de Control de la Acusación

De esta forma, se puede afirmar que uno de los grandes aciertos del nuevo Código Procesal Penal Federal es haber establecido una etapa intermedia obligatoria, que es la audiencia de control de acusación⁷, que se da cuando la investigación penal preparatoria ha concluido, momento procesal crucial que tiene por objeto filtrar toda la información que llegue al debate.

Por lo que, esta etapa queda determinada por la acusación, por medio de la cual el representante del Ministerio Público Fiscal define los cargos contra el imputado, es decir, los hechos delictivos que se le atribuyen, junto a la calificación jurídica y la prueba en que se sostiene⁸.

Su relevancia radica en que, dentro de la misma, se desarrollan una serie de actividades procesales que tienden a desentrañar si es procedente o no la apertura del juicio. Cabe destacar que, en esta etapa, se ofrecen todas las pruebas que apoyan la teoría del caso de cada parte y es el juez de Revisión que interviene en esta audiencia quien resuelve su admisibilidad o rechazo, debatiéndose asimismo la procedencia de la acusación.

En otras palabras, es en la audiencia de control de acusación donde las partes deberán revelar sus posturas, para que el juez pueda evaluar la pertinencia y utilidad de las pruebas ofrecidas. Por otro lado, es el momento en que el Fiscal debe descubrir toda la evidencia colectada, sea de cargo o de descargo, en base al principio de objetividad, buena fe y lealtad procesal.

⁷ conf. art. 274 del CPPF.

⁸ BORINSKY M.H y CATALANO M.I, *Sistema Acusatorio. Lineamientos del Código Procesal Penal Federal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2021, p. 273.

En este sentido, la audiencia de admisibilidad probatoria posee un notorio propósito de preparación del juicio, ya que implica establecer límites a las partes en relación a qué van a probar y cómo van a hacerlo.

Los tres grandes objetivos asociados a la audiencia de etapa intermedia pueden ser sintetizados como: a) Mejorar la eficiencia en el sistema de justicia a través de la posibilidad de alcanzar acuerdos entre las partes; b) Controlar la calidad de la información en el proceso; y c) Realizar un debate relacionado con la admisibilidad y exclusión probatoria.

Se trata, entonces, de una etapa de suma importancia, porque en ella no sólo se define la teoría del caso de cada parte, sino que, además, se determina la prueba que va a ser producida en el juicio, se depura la que no resulta relevante y las partes pueden llegar a celebrar convenciones probatorias con los beneficios que tales acuerdos traen aparejados, en orden a la celeridad y a la simplificación de las pruebas en el proceso.

Por último, la audiencia de control de acusación finaliza siempre con el dictado de una resolución judicial. En caso de que sea admitida la acusación y las pruebas ofrecidas por las partes, se dictará el auto de apertura a juicio oral⁹, que, en concreto, consiste en la delimitación fáctica, probatoria y jurídica del desarrollo del debate.

III. Las Convenciones Probatorias

En la audiencia de control de acusación, las partes pueden ponerse de acuerdo en que ciertas proposiciones fácticas o elementos probatorios no van a ser discutidos por ellas en el debate.

En este sentido, fueron definidas por Nieto Di Biase¹⁰ como los acuerdos a los que arriban las partes para dar por acreditadas cuestiones de hecho y de prueba de los que no existe controversia, en el marco del principio dispositivo que rige al sistema acusatorio de corte adversarial.

Su finalidad radica en que se tengan por acreditadas ciertas proposiciones fácticas, para las cuales no será necesario producir probanzas. Al no haber con-

⁹ Según art. 280 del CPPF.

¹⁰ NIETO DI BIASE, M., *Las Convenciones probatorias. En búsqueda de la celeridad y la eficacia del proceso penal*. ciudad Autónoma de Buenos Aires, consultado en [https://www.eldial.com/nuevo/archivo-doctrina_nuevo.asp?base=50&t=d&id=10420, 20/01/25]].

tradictorio en alguna cuestión, se torna innecesaria la producción de prueba en el debate para que el juez postule una de ellas. Pueden ser propuestas por las partes o por el juez, siempre que se cuente con la voluntad de los interesados.

Desde el punto de vista estratégico, este recurso puede permitir, a quienes intervienen en el proceso, centrar el objeto del juicio en aquellos aspectos realmente controvertidos y omitir el tratamiento de los hechos en los que haya acuerdo, acotando el debate a lo estrictamente controversial.

IV. Oportunidad procesal

La audiencia de control de acusación es el momento en que las partes pueden formular proposiciones fácticas o elementos probatorios que no van a ser discutidos en el debate.

Teniendo en cuenta que uno de los fundamentos de la etapa intermedia es evitar que no se realicen juicios desmedidos, en la audiencia de control de acusación se posibilita a las partes proponer convenciones probatorias: aspectos que, aun formando parte del hecho que se presentará en el juicio, no serán controvertidos por los interesados.

Con respecto a la oportunidad para plantearlas, en mi opinión, podrían darse incluso durante la celebración del debate; y ello en el sentido de que se debe buscar siempre tender a la celeridad y economía procesal, que debe primar en todo proceso penal de base acusatorio.

Por lo cual, reducir el ámbito probatorio a lo realmente controvertido es poderoso en términos de desnudar el caso y dejar para el juicio la prueba estrictamente necesaria para decidir sobre la controversia, como una forma de otorgar celeridad y eficiencia al proceso penal.

Sobre el punto, González Postigo¹¹ advierte que, resulta conveniente precisar el tipo de acuerdos al que se refieren los códigos, en tanto puede prestarse a una confusión entre convenir hechos o elementos de prueba.

Añaden los autores Lorenzo y Lopardo¹² que, las convenciones probatorias

¹¹ GONZÁLEZ POSTIGO, L., *Investigación y Acusación. Colección Proceso Penal Adversarial*. MARTÍNEZ, Santiago, GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel (Dir.), Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editores del Sur, 2018, p. 167.

¹² LORENZO, L. y LOPARDO, M., *Los caminos de la prueba. Textos sobre estrategia y Litigación*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editores del Sur, 2021, p. 156.

son fácticas, aclarando que lo que se acuerda son determinados hechos del caso. En este sentido, explican que la convención probatoria no es una habilitación que hacen las partes para ingresar testimonios o informes en forma escrita al juicio; sino que acuerdan hechos del caso, de forma tal que, el tribunal sabe que es un aspecto que en la sentencia se tendrá por acreditado, aun cuando no haya concurrido prueba al juicio para referirse al mismo.

La finalidad del pacto es depurar el juicio de innecesarios debates respecto de “hechos o sus circunstancias” frente a los que no hay controversia entre las partes, siempre que ello no implique renuncia a los derechos constitucionales, lo cual se aviene o resulta armónico con el carácter predominantemente adversarial del nuevo modelo de enjuiciamiento¹³.

Al respecto, se ha afirmado¹⁴ que, las convenciones probatorias constituyen acuerdos de los intervenientes sobre hechos no controvertidos del procedimiento que, al ser aprobados por el Juez de Revisión, dispensan de la carga de acreditarlos a través de los medios de prueba legales, hechos que, luego, no podrán ser discutidos durante el debate.

En otras palabras, como lo sostiene el autor Alliaud¹⁵ cuando se habla de acuerdos probatorios, en realidad, a lo que se hace mención es a que no se discutirá en el juicio determinado hecho, porque éste se da por plenamente acreditado.

V. Rol de los Jueces en las Convenciones Probatorias

Debe partirse de la base de que, con la implementación del sistema acusatorio, se advirtió una separación tajante de funciones entre acusador y juez, donde el fiscal investiga y acusa, mientras que un juez controla las garantías constitucionales y ejerce la jurisdicción.

En concreto, se ha dejado sentado que la función prevista a los jueces dentro del sistema acusatorio propuesto por el CPPF se encuentra explícitamente limitada en su art. 9¹⁶, que veda a la jurisdicción realizar cualquier acto que implique

¹³ LA ROSA M. R. y ROMERO VILLANUEVA, H., *Código Procesal Penal Comentado*, Tomo II, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Thomson Reuters, La Ley, 2019, p. 57.

¹⁴ HORVITZ LENNON, M. I. y LÓPEZ MASLE, J., *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

¹⁵ ALLIAUD, A., *Audiencias Preliminares*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2016, p. 167.

¹⁶ Art. 9. Separación de funciones: Los representantes del Ministerio Público Fiscal no pueden re-

el impulso de la persecución penal, como asimismo deja en cabeza del representante del Ministerio Público Fiscal la disponibilidad de la acción¹⁷.

Esto implica que, en el nuevo proceso penal se encuentra garantizada la igualdad de partes, donde presentan sus posturas ante un juez imparcial expectante que no conoce el caso y tratan de convencer.

Sin perjuicio de esta clara distinción de funciones, es durante el desarrollo de la audiencia de control de acusación donde el Juez de Revisión debe asumir un rol activo en la consecución y proposición de acuerdos de partes.

En la práctica judicial de Salta se advierte esta actitud pro-activa de los jueces de Revisión, que alientan a las partes a la celebración de acuerdos probatorios¹⁸.

Ello teniendo en cuenta que, al modelo adversarial le importa que el sistema procesal logre pruebas de calidad y que los juicios se acoten a lo estrictamente controvertido.

Esto es así, en tanto, al no ser el juez que intervendrá en el debate, tiene libertad para ingresar al análisis del mérito del caso y realizar ofrecimientos a los litigantes. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en la etapa intermedia los jueces no pueden entrar a valorar la prueba.

Precisamente, en lo que respecta al papel que desempeña el juez en esta etapa del proceso, se ha señalado que “está caracterizado por ser proactivo siendo sus funciones las de conducir la audiencia y decidir en lenguaje claro y simple [...]. Se resalta su carácter conciliador debiendo estar atento a los puntos en los que se puede consensuar y en los cuales debe resolver tomando nota de las peticiones de las partes”¹⁹.

Aclarando que, “Las partes no siempre llegan a la sala de audiencias con miras a conciliar o ponerse de acuerdo sobre determinadas cuestiones, es por eso que bajo el paradigma de gestión de la conflictividad, los jueces deben identificar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no pueden realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal [...]”.

¹⁷ Cámara Federal de Casación Penal, “A., M. M. y otro s/Audiencia de Sustanciación de impugnación” 6/03/2025, Carpeta judicial FSA 4287/2020/5, en un caso impugnado por ambas partes ante una suspensión del proceso a prueba que no fue homologado por el Juez de Garantías ni por el Juez de Revisión. Allí el Juez de Casación resolvió en base al dictamen del Procurador Fiscal en la misma causa donde dejó asentado está clara división de funciones entre el fiscal y los jueces.

¹⁸ Conforme lo establece el art. 135 inc. e), segundo párrafo: “durante la audiencia prevista en el art. 279 del CPPF, el juez puede provocar el acuerdo entre las partes si estimara que, según las pruebas ofrecidas, se trata de un hecho notorio”.

¹⁹ ASCONA, Rosa Elizabeth, *El Rol del juez en la conducción de la audiencia de la etapa intermedia*, consultado en [<https://jusmendoza.gob.ar/wp-content/uploads/2022/06/Ascona-Rosa-Elizabeth.pdf>]

tificar cuándo se puede resolver el conflicto primario, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento entre sus protagonistas y a la paz social”²⁰.

Al respecto, se estableció que los jueces que dirijan las audiencias de control de la acusación deben ser muy cuidadosos en términos de no convertir a las mismas en juicios anticipados e introducirse en la valoración de los casos.

Aquí es donde aparece la complejidad: en tanto los jueces de juicio valorarán la prueba en términos de credibilidad, los jueces de las audiencias anteriores (especialmente en esta audiencia de control de acusación) no pueden adentrarse en esos terrenos puesto que si lo hicieran estarían desvirtuando la finalidad de la audiencia²¹.

Reafirmando lo anterior, se sostiene que ningún consenso puede valer como criterio de formación de prueba. Las garantías de los derechos no son derogables ni disponibles²².

VI. ¿Incorporación por lectura?

Este es el apartado más polémico, en cuanto a que, con las convenciones probatorias arrimadas por las partes, ya no existe necesidad en el debate de probar los hechos que formaron parte del acuerdo.

Sin embargo, al inicio del juicio oral, el tribunal no cuenta sino con el auto de apertura elaborado por el Juez de Revisión, el cual contiene la exposición de la acusación y de la defensa. El auto de apertura tiene la función de acotar el debate y delimitar la prueba que se va a rendir en él.

Con respecto a las convenciones probatorias, estas proposiciones fácticas o elementos probatorios que no son discutidos por las partes, necesariamente deben presentarse ante el tribunal de juicio a fin de que los jueces del debate puedan conformarse el marco fáctico y jurídico con miras al dictado de una sentencia definitiva.

La forma en que en la práctica jurisdiccional se efectúa es al inicio de los alegatos de apertura, cuando el Ministerio Público Fiscal hace mención a qué hechos no van a ser probados durante el debate, porque forman parte de una convención probatoria y, por lo tanto, no se van a discutir en las audiencias.

²⁰ ASCONA, Rosa Elizabeth, ob.cit.

²¹ LORENZO, L., *Manual de Litigación*, 1^a ed., Buenos Aires, Ediciones Didot, 2012.

²² FERRAJOLI, L., *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001, p. 27.

Es de suma importancia que, al comienzo del debate, se describan los acuerdos probatorios, teniendo en cuenta que los jueces del juicio no conocen los hechos y no participaron en la audiencia de control de acusación y los posibles acuerdos celebrados en las mismas no van a ser ventilados en las audiencias respectivas.

VII. Posturas/interpretaciones de la Magistratura sobre la aplicación

En primer lugar, cabe mencionar la normativa legal que versa sobre el tema, teniendo en cuenta que el articulado del Código Procesal Penal Federal posee normas dispersas sobre la regulación de las convenciones probatorias.

Al respecto, se establece en el art. 135 inciso e) del CPPF, dentro de las reglas mencionadas, que “si el hecho fuera admitido por todas las partes, el órgano jurisdiccional puede prescindir de la prueba ofrecida, declarándolo comprobado en el auto de apertura del Juicio”.

Asimismo, “durante la audiencia prevista en el art. 279 del CPPF, el juez puede provocar el acuerdo entre las partes si estimara que, según las pruebas ofrecidas, se trata de un hecho notorio”.

Además, lo menciona el art. 280 del CPPF en cuanto dispone que el auto de apertura del juicio contendrá: c) los hechos que se dieron por acreditados en virtud de las convenciones probatorias.

Un ejemplo de aplicación, en relación a las convenciones probatorias, en la audiencia de control de acusación²³ se dio cuando la Fiscalía formuló, junto con la defensa particular, las siguientes convenciones probatorias:

- a) sobre la naturaleza, calidad y cantidad del estupefaciente secuestrado desistiendo en consecuencia el fiscal de la prueba testimonial del perito que realizó la pericia química y del personal preventor que efectuó el secuestro, pesaje y *narcotest*.
- b) sobre lo que se encontró en el automóvil el día del procedimiento, excluyéndose en consecuencia a los testigos de actuación y del personal preventor.

²³ Tribunal Oral Federal de Salta, *IMPUTADO: C. B., M. y otro s/Audiencia de debate (Art. 294)*, Legajo Fiscal N°86782/2020, Carpeta Judicial N° 89/2021, fecha 4/06/2021.

A pesar de esas convenciones probatorias, al comienzo del debate, la defensa introdujo un planteo de nulidad sobre el procedimiento efectuado por el personal preventor que había sido parte del acuerdo probatorio.

Al momento de resolver, los Jueces del Tribunal Oral Federal analizaron las convenciones probatorias diciendo: “La novedad que trae el CPPF sobre los acuerdos probatorios nos remite a las reglas generales de los contratos, de los acuerdos, más propias del proceso civil que el penal, o el privado que el público. Son instituciones nuevas dentro de la normativa procesal.”

Agregando que: “Cabe recordar que uno de los artículos de la parte general, referente a los contratos, decía que los contratos deben celebrarse y ejecutarse en buena fe, y de acuerdo a lo que verosímilmente entendieron las partes al momento de la conformación del acuerdo de voluntades.”

Y sosteniendo que: “en los acuerdos probatorios, si hay algo dentro del mismo que quedará de lado y no será alcanzado por dicho acuerdo, es necesario que se haga una referencia puntual de reserva sobre aquello que sí va a ser discutido, y no debe entenderse alcanzado por el acuerdo. Un acuerdo que versa sobre el secuestro de la sustancia, su calidad y cantidad y que no tenga una cláusula de reserva sobre aspectos que pueden ser controvertidos, puede hacer que la contraria, en este caso la Fiscalía -pero puede en algún caso ser la Defensa-, tenga una omisión probatoria confiada en los términos del acuerdo probatorio. Puede que incurra en una omisión de ofrecimiento y producción de prueba sobre aquel aspecto que, luego podría aparecer como un punto de controversia en el debate.”

En definitiva, el Tribunal rechazó el planteo de nulidad formulada por la defensa que atacó el procedimiento de la prevención, teniendo en cuenta que formaba parte de la convención probatoria no sólo la cantidad y calidad de la sustancia estupefaciente secuestrada, sino que además esa sustancia fue encontrada dentro del vehículo, y que eso no debía probarse, ni menos aún cuestionar su legitimidad.

Sin perjuicio de ello, en esa ocasión se advirtió que las celebraciones de esas convenciones probatorias jugaron en contra de la teoría del caso de la Fiscalía, al dar por probados aspectos sustanciales del hecho delictivo (transporte de la sustancia ilícita dentro del vehículo) que implicó la renuncia de testigos civiles y preventores que participaron en el procedimiento y que hubieran brindado mayor claridad a los jueces del debate que no conocen los hechos.

Un interrogante que surge es si los jueces del Tribunal Oral deben quedar vinculados a una convención probatoria que sea contraria a las reglas de la sana crítica racional, y por lo tanto absurdas, irrationales o arbitrarias, por más que formen parte del acuerdo de partes y haya sido aprobada por el Juez de Revisión.

Al respecto, se entiende que sólo van a formar parte del debate las pruebas que fueron ofrecidas y admitidas en la audiencia de control de acusación, por lo cual, ante una duda o déficit probatorio que se dé como consecuencia de una convención entre partes, se dará por no acreditada la afirmación contenida en esa convención.

De allí la necesidad que debe analizar cada parte litigante, en términos estratégicos, sobre la conveniencia o no de hacer acuerdos y renuncias en materia probatoria.

Otra postura adoptada en esta jurisdicción por algunos jueces del Tribunal Oral es la exigencia referida a que las convenciones probatorias se incorporen por lectura en el juicio, y basan esa interpretación en los postulados del art. 289 del CPPF en cuanto establece “la lectura o exhibición de los elementos esenciales en la audiencia no podrá omitirse ni siquiera con el acuerdo de las partes”.

Sin embargo, se considera criticable esta interpretación, atento a que el término de las convenciones probatorias no exige ninguna demostración en juicio de ese acuerdo, que no va a ser controvertido en el debate, por lo cual, esa proposición fáctica que forma parte de las mismas, no debe ser acreditada y, en consecuencia, “la incorporación por lectura” no es la finalidad de la aplicación de este instituto.

Otro caso de interés, en relación a la aplicación de esta herramienta, lo fue respecto al hecho del secuestro de 900 gramos de marihuana transportados en la ruta, en el cual la Fiscalía sostenía la calificación por transporte, mientras que para la defensa se configuraba el delito de tenencia simple de estupefacientes. Se hizo una convención probatoria sobre el hecho, no se iba a discutir la tenencia de la droga en cuanto a su cantidad y calidad, lo que litigó en juicio fue el dolo de tráfico²⁴.

²⁴ Dato que surgió de la entrevista efectuada a los Fiscales Federales con relación al trabajo Integrador Final efectuado en el marco de la Carrera de Posgrado. Especialización en Fiscalía Penal Acusatoria de la Universidad Nacional de Salta, titulado “Excepciones a la oralidad prevista en el Código Procesal Penal Federal. Su implementación en la jurisdicción de Salta desde el 10/06/2019 al 30/06/2021”, Aprobado en el 2022.

De igual modo, en otro antecedente arribado entre partes convinieron:

a) en no controvertir en juicio que en el marco de ese hecho se secuestraron 55,49 gramos de cannabis sativa (según pericia química) con un grado de pureza que oscila entre el 3% y 3,5 % de HC, desde donde se podrían extraer 535 dosis umbrales o 110 cigarrillos.

b) Además, acordaron sobre la legalidad del procedimiento de fecha 6/2/24, sobre el hallazgo de los celulares, las medidas administrativas adoptadas y las conclusiones arribadas en la pericia técnica.

De este modo, en el debate la discusión versaría sobre la calificación legal que finalmente se le atribuiría al hecho, ya que mientras la Fiscalía le imputaría una tenencia simple, la teoría del caso de la defensa apuntaría a una tenencia atenuada²⁵.

Estas observaciones, sobre la normativa jurídica o regulación legal referidas al tema y su aplicación en los procesos penales, no se limitan a la legislación argentina.

También se han vertido opiniones similares en otros países, como, por ejemplo, en Chile. Así, se ha expresado que “el legislador no reguló de manera completa esta institución, sino que solamente se limitó a establecer criterios formales de aplicación y efectos. Aquí nos encontramos con un terreno oscuro, con una institución que no posee límites legales, y que puede cambiar los hechos de la manera en que mejor les parezca a los intervenientes. Esto representa un real peligro a la búsqueda de la verdad dentro del proceso, donde, si no se tiene la suficiente cautela, o profesionalidad del juez, podría fundarse un procedimiento completo, en base a hechos falsos, que no poseen su comprobación externa, pero que son beneficiosos para los intervenientes”²⁶.

Como se mencionó anteriormente, al no estar debidamente regulada la convención probatoria, ha sido la práctica judicial la encargada de darle forma, lo que no está exento de problemas.

Considero que, estas facultades y herramientas que los jueces tienen en relación con los medios de prueba presentados son cruciales y necesarias para regular, en cierta medida, los acuerdos privados dentro de un proceso que, en

²⁵ Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Vocalía N° 3, *Imputado: B. C. B. s/Audiencia de control de Acusación (art. 279 CPPF)*, 5/06/2024.

²⁶ CANCINO, D. y MÉNDEZ, E., *Convenciones probatorias: aplicación, alcance y límites en el sistema procesal penal chileno*, Tesis de licenciatura, Universidad de Chile, 2020, p. 135, consultado en [https://repositorio.uchile.cl/ handle/2250/175595]

última instancia, busca proteger el interés público, pudiendo redirigir la voluntad de los involucrados o bien desestimarla si se desvía de los fines del procedimiento penal.

VIII. Conclusiones

La utilización de las convenciones probatorias, por medio de las cuales las partes solicitan al Tribunal que tenga por acreditados ciertos hechos que no van ser discutidos en el juicio, puede ser un recurso muy eficaz para imprimirle celeridad y eficiencia al proceso penal.

Sin embargo, para garantizar la efectividad de las convenciones, es fundamental que esos acuerdos sean presentados ante el Tribunal de juicio, dado que los jueces del debate no conocen los hechos previos ni los acuerdos alcanzados en la audiencia de control de acusación.

Para lograrlo, como forma de introducirlo al debate y más allá de que se encuentra descripta en el auto de apertura a juicio oral, bastaría su mención al comienzo de los alegatos de cada parte, para que el Tribunal conozca qué hechos no van a ser discutidos en el juicio porque forman parte de la convención probatoria.

De ese modo, se lograría un ahorro importante de recursos -los que de por sí son escasos- aumentando la eficiencia del sistema en su conjunto. Pero, se requiere un cambio de modalidad tendiente a reforzar y aprovechar todo el alcance de la audiencia intermedia, a fin de que las partes comprendan la importancia de fomentar el uso de la herramienta aquí tratada, teniendo como “norte” un juicio oral que se circunscriba a aquellos aspectos que resultan controvertidos por las partes.

Sin embargo, se deben utilizar las convenciones probatorias con una visión estratégica, porque podría ocurrir que la teoría del caso de la parte, en especial de la Fiscalía, al llegar a juicio, quede debilitada al tener por probados ciertos hechos que en el debate no se van a acreditar, renunciando la parte a determinadas pruebas testimoniales que pueden ser relevantes.

Esto es así, si se tiene en cuenta –como se expresara anteriormente- que el Tribunal de Juicio no conoce los hechos y, al no ser probados en el debate, podrían ocurrir situaciones de déficit probatorio.

De igual forma y en concordancia con lo anterior, el Ministerio Público Fiscal no debería consentir el establecimiento de una convención probatoria que no se encuentre respaldada con sustento en su legajo fiscal y en pruebas incriminantes, principalmente si el hecho acordado tiene un contenido de cargo, en función del principio de objetividad que rige su actuación.

Asimismo, sería conveniente que se legislara un apartado específico sobre las convenciones probatorias, si se advierte que se encuentra regulado en forma dispersa y deficiente en artículos discontinuos del CPPF, art. 135 inciso e), art. 279 y art. 280 inciso c), lo que llevó a que en la práctica no sólo se utilizara muy poco, sino que, también, se formularan diversas interpretaciones jurisprudenciales, llegando a entenderse que los acuerdos probatorios constituyen una de las excepciones previstas en el art. 289 del CPPF y que “la lectura o exhibición de los elementos esenciales en la audiencia no podrá omitirse ni siquiera con el acuerdo de partes”, (lo subrayado me pertenece) por lo que, en todos los casos en que se celebren convenciones probatorias, deben ingresar al juicio por lectura, desnaturalizándose de ese modo este mecanismo procesal.

En este aspecto, resulta problemática la implementación de las convenciones probatorias que, en muchas situaciones, significaron para las partes una debilidad en su teoría del caso, confiados en que esa proposición fáctica que había sido acordada con la defensa, en el momento del juicio, no necesitaba ser probada y, al ser suprimida para dicha etapa, los jueces no pudieron conocer.

Lo expresado permite sugerir la conveniencia de que la mencionada institución sea regulada de manera más apropiada, considerando la importancia de la misma en cuanto a su utilidad como herramienta procesal.

Como así, también, se presenta un gran desafío para todos los operadores judiciales: lograr la eficaz aplicación de este innovador instituto que permite agilizar la tramitación de los juicios, teniendo en cuenta el rol protagónico que cumplen en la determinación de la prueba que llega al debate, con los principios de inmediación y contradicción que lo inspiran, objetivos que determinan la legitimidad de la decisión penal que luego se adopte como fundamento de una convención probatoria así acordada.

De este modo, se dotaría al sistema de mayor eficacia, en orden a la protección de los derechos de los litigantes y del interés público en la resolución de los conflictos, contribuyendo al restablecimiento de la paz social vulnerada por procederes contrarios a las normas, todo lo cual redundaría, en definitiva, en una más ágil y eficiente administración de justicia.

Cómputo de las medidas de coerción en el Código Procesal Penal Federal

Juan Manuel Gaset*

I. Introducción

El objetivo de este trabajo es hacer un recorrido sobre el tratamiento que se le dio al régimen de la prisión preventiva y sus morigeraciones tanto en el Código Procesal Penal de la Nación (en adelante CPPN) como en el Código Procesal Penal Federal (en lo sucesivo CPPF).

Nos avocaremos a analizar las diferentes legislaciones, compararlas y, de allí, resaltar las consecuencias procesales que sus redacciones acarrean en su aplicación práctica.

En ese horizonte, nos detendremos, sobre todo, en la problemática del cómputo de los días en los cuáles una persona es sometida a alguna de las medidas cautelares que los diferentes regímenes contemplan, para dejar sentadas más dudas que certezas, pero con el sentido de poder pensar estas cuestiones que se han dejado sin tratamiento en la norma.

II. El régimen cautelar vigente

Con la paulatina puesta en vigencia del CPPF, estatuido por Ley 27.063 (B.O. 10/12/2014) con las modificaciones de la Ley 27.482, texto ordenado por decreto nro. 118/2019 (8/2/2019) y, ahora, con la última modificación de la ley 27.785, se han introducido cambios sustanciales al procedimiento actual en lo que respecta a la óptica con la que debe analizarse la imposición de medidas cautelares para evitar riesgos procesales que afecten el avance o desarrollo de la causa.

* Abogado. Egresado UBA año 2006. Secretario de Fiscalía General y Auxiliar Fiscal desde 2017.

Mediante la Resolución 2/2019 de la Comisión Bicameral Especial de Monitoreo e implementación del Código Penal Procesal Federal (BO 19/11/2019), pasó a estar operativo el sistema regulado por los art. 210, 221 y 222 de ese plexo normativo.

Así, en los hechos, aparece una reforma sustancial respecto de las medidas cautelares disponibles para asegurar el procedimiento; se advierte un cambio radical en el régimen procesal vigente hasta aquel momento.

Recordemos que, el sistema implementado mediante la ley 23.984 -el CPPN-, aún vigente en numerosos ámbitos jurisdiccionales, contempla como único método de aseguramiento del éxito de la investigación la prisión preventiva (ver art. 312 del CPPN).

Así, “el derecho regula la posibilidad (de) que los órganos estatales limiten con anterioridad a la decisión definitiva las libertades de los individuos con motivo de un procedimiento o proceso penal para asegurar precisamente que habrá a su conclusión una realización efectiva del derecho sustantivo y un concreto ejercicio del ius puniendi”. La prisión preventiva responde a la necesidad (o como se ha expresado, al “legítimo derecho de la sociedad a adoptar medidas de precaución necesarias para asegurar el éxito de la investigación [...] y que no se frustre la ejecución de la eventual condena, por la incomparecencia del reo”: CNCP, Sala I, LL, 2004-E-174)¹.

El art. 24 del CP establece que la prisión preventiva se computará por un día de prisión preventiva uno de prisión.

Por su parte, como única excepción u opción de menor afectación al derecho ambulatorio personal, se contempla la prisión domiciliaria. Sin perjuicio de lo cual este beneficio no resulta facultativo del órgano juzgador, sino que se puede otorgar bajo parámetros previamente establecidos en la normativa.

Así, se puede conceder solamente en caso de enfermedad cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario impidiese recuperarse o tratar adecuadamente la dolencia y no correspondiere el alojamiento en un establecimiento hospitalario; cuando se padece una enfermedad incurable en período terminal; o cuando se trata de una persona discapacitada y su encierro aparezca como inadecuado por resultar un trato indigno, inhumano y cruel. También, cuando se trata de alguien con más de 70 años de edad, mujer embarazada o madre de menor de cinco años (cfr. arts. 314 del CPPN y 10 del CP).

¹ NAVARRO, Guillermo Rafael y DARAY, Roberto Raúl, *Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2019, p. 562.

Por su parte, la Ley de Ejecución Penal -ley nro. 24.660 que también se encuentra vigente, aunque con varias modificaciones significativas- fue utilizada como herramienta para contemplar las situaciones particulares de las personas con causas penales en trámite, ya que en su art. 32 repite aquel precepto sustutivo en cuanto a sus hipótesis habilitantes.

Esto en virtud del art. 11 de la normativa, que establece que la “ley es aplicable a los procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad. Las cuestiones que pudieran suscitarse serán resueltas por el juez competente”.

Es decir que, todos los preceptos de esta regulación fueron aplicados para quienes no tienen condena firme extrapolando consideraciones de una norma orientada a brindar a los internos las herramientas para su adecuada reinserción social (cfr. art. 1 de la Ley) a un análisis de riesgos procesales para la investigación.

En definitiva, estas son las únicas alternativas que el CPPN contempla para evitar un peligro de entorpecimiento de la causa.

Sin perjuicio de ello, vale recordar que las condiciones para su implementación originalmente estaban circumscripciones a la estimación, por parte del órgano jurisdiccional, de ciertos parámetros férreos como la posible imposición de una pena de efectivo cumplimiento, y/o si pudiere corresponder un máximo de pena superior a los ocho años. También, en su caso, cuando de la valoración de las características del hecho, la posibilidad de declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado, o si hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación (cfr. arts. 312, 316 y 319 del CPPN).

Viene al caso rememorar que, la Cámara Nacional de Casación Penal en el Acuerdo 1/08 -Plenario N/ 13- “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, del 30 de octubre de 2008, estableció como doctrina plenaria que “no basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del CPPN), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal”.

Es decir que, a través de la jurisprudencia, los motivos para imponer una restricción preliminar de la libertad deben limitarse a un juicio de probabilidad respecto al peligro de fuga o un potencial entorpecimiento de la investigación en curso.

Siguiendo con la lógica legislativa para su adaptación a los marcos normativos internacionales que comenzaban a tener jerarquía constitucional, se sancionó la ley 24.390 (BO 22/11/1994), como reglamentación al art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mediante la cual se establecieron los plazos de la prisión preventiva.

Así, se impuso que la misma no podrá exceder los dos años, pudiéndose prorrogar por un año más según las características de la causa (cfr. art. 1).

También, se previó la posibilidad de oposición a la libertad cumplido ese plazo cuando el Ministerio Público entendiera que se daban los supuestos del art. 319 del CPPN que antes mencionáramos.

Resta puntualizar que, si por alguna consideración de las desarrolladas precedentemente se decidía, luego de imponer la prisión preventiva, otorgar o conceder el beneficio de la excarcelación se debía aplicar una medida de coerción diferente. Esto es, la imposición de cauciones juratorias, personales o reales, según el caso.

El art. 320 del CPPN reza que “la caución tendrá por exclusivo objeto asegurar que el imputado cumplirá las obligaciones que se impongan y las órdenes del Tribunal, y en su caso, que se someterá a la ejecución de la sentencia”.

Como corolario de este punto, reiteramos que el viejo, pero vigente, ordenamiento procesal en materia penal fue quedando vetusto respecto de los parámetros con que se fueron desarrollando, tanto en el ámbito local como en los organismos internacionales, respecto de los mecanismos por los cuales la Administración de Justicia puede sujetar una persona al proceso en miras al éxito de la investigación.

III. Las novedades del Código Procesal Penal Federal

Así las cosas, sin profundizar nuestro juicio de valor sobre la operatividad del sistema instituido en el CPPN, ya que ello correspondería a un artículo diferente, nos limitaremos a decir que, por sus constantes críticas, interpretaciones dispa-

res y falta de acuerdo entre los juzgados, se intentó, en el CPPF, modificar el tratamiento de las medidas orientadas a asegurar el proceso.

Así, en este sistema, se ha introducido una novedad absoluta. Se ofrece al juzgador un catálogo de medidas de creciente afectación a la libertad individual de las personas para que aplique la que, entiende, se adapte mejor al caso concreto.

Como resaltan Navarro y Daray, “la inclusión de las medidas de coerción en el Código responde a la recomendación de incorporar las que puedan resultar alternativas o sustitutivas a la privación de libertad (Prisión preventiva) emanada de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través, entre otros instrumentos, de sus principios y Buenas Práctica sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (2008), que proclaman el carácter excepcional de la prisión preventiva y la necesidad consecuente de que los Estados hagan uso de otras medidas cautelares que no impliquen la privación de libertad de los acusados mientras dura el proceso penal (...) (Principio III, regla 4)”.

Muestra de ello es la reproducción textual, en el precepto, de las sugeridas por aquella Comisión en el informe sobre el uso de la prisión preventiva de las Américas (§224), que ha dicho “considerar como estándar fundamental de aplicación, que siempre el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación pueda ser evitado razonablemente mediante la aplicación de una medida menos gravosa para el imputado que la requerida por el fiscal, el juzgador deberá optar por la aplicación de aquella, sea en forma individual o combinada” (§225)².

Según el art. 210 del CPPF, estas opciones son:

a. La promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación.

Esta medida supone la clásica caución juratoria, mejor denominada aquí promesa, que se satisface plenamente con el simple ofrecimiento de aquel de someterse al procedimiento y de no entorpecer la investigación.

b. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen.

Importa una actividad de supervisión a llevar a cabo por un tercero al que el juez manifieste considerar, fundadamente, apto para ejercerla. Algun autor la denomina, por tal razón, caución institucional, aunque el texto legal excede ese marco, al ser suficiente *una persona*.

² NAVARRO, Guillermo Rafael y DARAY, Roberto Raúl, *Código Procesal Penal Federal*, ob. cit., p. 360.

c. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe. Esta previsión aparece como la menos novedosa. Indica que esta imposición asegura la verificación continua de la sujeción del imputado al proceso.

d. La prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine; e. La retención de documentos de viaje. En este caso se vincula con la ciudad en que se reside, al lugar en donde tiene sede el Tribunal o al territorio nacional, pero nunca podrá importar la aplicación indirecta de una medida de reclusión del imputado. La excepción a tal prohibición está dada por la autorización judicial. Si no se hubiere impuesto, no habrá razones para impedir, sin más, ausencias del imputado de su domicilio, ni motivo o fundamento jurídico para impedir su salida del país.

e. La retención de documentos de viaje se encuentra íntimamente ligada con la anterior en tanto implica tácitamente la prohibición de salida del país. Por ello su implementación debería estar combinada con el inc. d.

f. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones, de visitar ciertos lugares, de comunicarse o acercarse a determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa. Pueden ser múltiples los lugares de asistencia vedada. Así, el sitio donde se cometió el delito, los domicilios de las víctimas, de los testigos, entre otros. En ese entendimiento, se ha expresado que el impedimento de concurrencia puede referirse a un lugar o eventos determinados o bien la aproximación a un lugar concreto.

g. El abandono inmediato del domicilio, si se tratara de hechos de violencia doméstica y la víctima conviviera con el imputado. Este resguardo no tiene como objetivo sancionar al que ejerce violencia. La finalidad no es punitiva, sino preventiva. Se trata a través de medidas autosatisfactivas de evitar la violencia o su reiteración.

h. La prestación por sí o por un tercero de una caución real o personal adecuada, que podrá ser voluntariamente suplida por la contratación de un seguro de caución, a satisfacción del juez. La fijación del tipo y monto de la caución dependerá de la “libre apreciación de las circunstancias del caso”. La fórmula tiene la laxitud que persigue, de modo de dejar allanado el camino del juez a la insubordinada valoración de todas aquellas circunstancias que ameriten fortificar, y en qué medida, el aseguramiento de futuras comparecencias del imputado.

El informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (30/12/2013) deja en claro que “con respecto al monto de la fianza, debe ser determinado, de acuerdo con las condiciones del acusado, su capacidad financiera (posesiones) y su relación con quien actúe como fiador; y que en definitiva la naturaleza de esta garantía debería ser tal que su pérdida o incumplimiento constituya un factor disuasivo para disipar cualquier intención del acusado de no comparecer al juicio. Todos estos son factores subjetivos que dependerán de la realidad y capacidades específicas de la persona sujeta a juicio (§236)”.

Aquel informe insiste en que “en los casos, en los que se ha comprobado la incapacidad de pago del procesado, deberá necesariamente utilizarse otra medida de aseguramiento no privativa de libertar” (§235).

i. La vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física.

Esta situación se cumple mediante la colocación de un elemento adosado al físico del imputado que permita establecer permanentemente su ubicación. Su sujeción también se encuentra prevista en el art. 28 de la ley 24.660 y las Resoluciones 1379 (26/6/2015) y 86 (23/3/2016) del Ministerio de Justicia, que lo limita a personas afectadas a arresto domiciliario. Sin embargo, en este inciso aparece como un mecanismo de más amplia cobertura a aplicar tanto en forma individual como combinada con la medida prevista en el inc. j. de esta norma.

Agregamos que, este mecanismo permite varias opciones de rastreo. Se puede restringir el radio de cobertura o, mejor dicho, la extensión de territorio en donde el encausado podrá moverse sin pedir autorización, o bien se puede instrumentar un seguimiento permanente sin limitación de espacio.

j. El arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga.

A diferencia del régimen instaurado en el CPPN (y también en la ley de ejecución penal nº 24.660), no limita su aplicación en función de la edad del imputado, de su estado de salud, preñez o condición de madre de menores de cinco años o discapacitados.

Presenta un ámbito más amplio de aplicación y se justifica, a su vez, por su estricta correlación con los riesgos recogidos en los arts. 221 y 222, cuya protección y evitación persigue.

Ya se ha expedido la jurisprudencia al resaltar que “no puede deducirse de ello que los supuestos ahora previstos por el art. 210 del CPPF son los mismos que la ley ya establecía, puesto que ello significa atribuir incoherencia en las decisiones del legislador. Es evidente que las nuevas disposiciones tienen un sentido diferente al que ya estaba previsto por la ley y están relacionadas a la intensidad que, en cada caso, corresponde asignarle a los riesgos procesales. En los supuestos en que ello no revista una gravedad intensa, de manera que pueda sostener que la única solución no es la detención en unidad carcelaria, será procedente el arresto domiciliario”³.

La idea es compartida por la Cámara Federal de Casación Penal, al señalarse que “la correcta inteligencia de la norma en trato es asignarle el sentido eminentemente procesal que posee, por lo que, no obstante no se verifiquen los supuestos previstos en los arts. 10 del CP ni 32 de la ley 24.660, si luego de ponderarse íntegramente los riesgos procesales es posible sostener que el arresto domiciliario resulta suficiente para que aquellos puedan ser neutralizados, la adopción de esa medida debe ser tomada en consideración (CFPC, Sala I causa “De Vido” nro. 9608/2018, rta. 13/12/19)”⁴.

k. La prisión preventiva, en caso de que las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los fines indicados.

Este será el punto central de la crítica que intentamos esbozar y que se desarrollará más adelante.

Por su parte, la normativa deja asentado los motivos taxativos por los cuales se pueden aplicar alguna de estas disposiciones.

El art. 17 del CPPF establece que las medidas restrictivas de la libertad sólo podrán fundarse en la existencia de peligro real de fuga u obstaculización de la investigación. Nadie puede ser encarcelado sin que existan elementos de prueba suficientes para imputarle un delito reprimido con pena privativa de libertad, conforme las reglas de ese Código.

Este artículo ha sufrido una reciente y trascendente modificación. La ley 27.785 agrega que “en la evaluación sobre la existencia de los peligros procesales mencionados (mantiene los anteriormente descriptos), el juez competente tendrá especialmente en cuenta la reiterancia delictiva, consistente en la imputación

³ Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala III, causa *P., D.A.*, nro. 13.822/19.

⁴ NAVARRO, Guillermo Rafael y DARAY, Roberto Raúl, *Código Procesal Penal Federal*, ob. cit., p. 364/368

en una causa penal en forma coexistente con otro u otros procesos en los que la misma persona hubiera sido imputada. A los fines de la determinación de la reiterancia, se considerará imputada a la persona que haya sido convocada para la formalización de la investigación preparatoria en los términos del artículo 254 del presente código, o acto procesal equivalente, en caso de regir otra norma procesal”.

Esta introducción trae notorias implicancias al sistema. No sólo resulta un cambio respecto al régimen de la prisión preventiva contenido en el CPPN, sino que cambia la aproximación a la temática en este nuevo CPPF.

Sin adentrarnos en el estudio del instituto de la reiterancia, ya que excedería en mucho los fines de esta disquisición, simplemente dejamos sentado que esta figura introduce presunciones sobre los peligros de fuga para el causante que tiene varias causas penales en trámite.

Retomando, y sin perjuicio de lo expuesto, el ordenamiento sigue circunscribiendo los motivos por los cuales habilita un antípico de encarcelamiento solo al peligro de fuga y a la posibilidad de entorpecimiento de la investigación (arts. 221 y 222 del CPPF).

Pero, el ordenamiento no se limita a hacer una mención genérica de estas circunstancias, sino que establece la forma de interpretación. Dice que para decidir acerca del peligro de fuga se deberán tener en cuenta, entre otras, las siguientes pautas: a. Arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto; b. Las circunstancias y naturaleza del hecho, la pena que se espera como resultado del procedimiento, la imposibilidad de condenación condicional, la constatación de detenciones previas, y la posibilidad de declaración de reincidencia por delitos dolosos; c. El comportamiento del imputado durante el procedimiento en cuestión, otro anterior o que se encuentre en trámite; en particular, si incurrió en rebeldía o si ocultó o proporcionó falsa información sobre su identidad o domicilio, en la medida en que cualquiera de estas circunstancias permita presumir que no se someterá a la persecución penal.

Por su parte, establece que, para decidir acerca del peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad, se deberá tener en cuenta la existencia de indicios que justifiquen la grave sospecha de que el imputado: a. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; b. Intentará asegurar el provecho del delito o la continuidad de su ejecución; c. Hostigará o

amenazará a la víctima o a testigos; d. Influirá para que testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; e. Inducirá o determinará a otros a realizar tales comportamientos, aunque no los realizaran.

A ello, la reciente reforma ha introducido el art. 222 bis, que habla del peligro de reiterancia delictiva y establece que “para decidir acerca del peligro de fuga y de entorpecimiento de la investigación se tendrá especialmente en cuenta la reiterancia delictiva. A tal efecto se valorarán las siguientes circunstancias: a) la existencia de procesos pendientes o condenas anteriores; b) la conducta del imputado en otro proceso que revele su intención de eludir la acción de la justicia; c) que se haya dictado en su contra una declaración de reincidencia o que exista la posibilidad de dictarla en cualquier proceso que tuviere en trámite el imputado; d) que, con anterioridad, se lo haya declarado rebelde o se hubiere ordenado su captura; e) que haya incumplido una restricción de acercamiento o cualquier regla de conducta impuesta en un proceso civil o penal; f) la importancia y extensión del daño causado a la víctima; g) que haya intentado al momento del hecho eludir la acción de la justicia o haya resistido, de cualquier modo, el obrar de una Fuerza de Seguridad; h) el haber obrado con violencia contra los bienes o sobre las personas; i) que la conducta delictiva imputada haya sido cometida con armas o por más de dos personas; j) haber proporcionado información falsa sobre su identidad”.

No caben dudas del cambio respecto de la forma de estructurar la aplicación de medidas cautelares que afectan directamente la libertad de las personas previo a una sanción penal firme.

Se ha hecho un exhaustivo catálogo de los motivos mediante los cuales los administradores del sistema deben evaluar los riesgos procesales y se ha intentado limitar o circunscribir las opciones de libertad en el proceso a estos parámetros.

Creemos que las últimas modificaciones tienen un largo camino que recorrer respecto a su validez constitucional, pero lo que queda en claro es la voluntad política de restringir la tarea valorativa del órgano jurisdiccional.

Por último, y volviendo a la senda de este trabajo, entendemos que, a pesar de esta notable variación de criterio, se han producido errores en la redacción de ese apartado que pueden acarrear consecuencias dispares en perjuicio de las personas que son sometidas a proceso.

IV. Falencias en la técnica legislativa escogida

La Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal señaló que “[...] este Honorable Congreso de la Nación, en oportunidad de la sanción del catálogo de derechos y garantías con los que ha encabezado el sistema procesal fijado por el Código Procesal Penal Federal –titulado ‘Principios y garantías procesales’-, fijó pautas concretas para regular las restricciones a la libertad durante el proceso en sus artículos 17 y 16, permitiendo tal restricción en caso de que exista peligro de fuga o de entorpecimiento. A su vez, y a fin de regular de forma precisa y concreta frente a qué circunstancias fácticas verificadas en el proceso se podría presumir ese riesgo, efectuó luego una descripción precisa y circunstanciada de estos supuestos en los artículos 221 y 222 de ese Código Procesal Penal Federal. Adicionalmente se fijó en el artículo 210 un minucioso y detallado catálogo de medidas de coerción personal a las que se puede recurrir para el aseguramiento del proceso ante los supuestos descriptos en los artículos 221 y 222 citados, estableciendo normativamente un grado de progresividad y jerarquía de estas medidas que el juzgador debe contemplar en todos los casos [...]”⁵.

Así las cosas, advertimos, no con poca preocupación, que mediante esta manera de desarrollar la temática el órgano legislativo ha incurrido en un error metodológico al reunir todas las medidas cautelares disponibles en un mismo artículo.

Decimos esto, por cuanto ya es conocido que “la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y las palabras deben entenderse empleadas en su verdadero sentido [...] el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador [...] es regla de interpretación de las leyes la de que los jueces deben atenerse al texto de las mismas, cuando es claro y no da lugar a dudas” y que “cuando los términos de la ley son claros no corresponde a los jueces apartarse de sus propósitos so pretexto de evitar las deficiencias reales o presuntas que podrían resultar de su aplicación”⁶.

En esa inteligencia, al estar ubicadas todas las medidas en un mismo acápite, se podría colegir que las consecuencias que acarrea la imposición de una medida o varias en forma conjunta deberían tener las mismas consecuencias procesales.

⁵ CBCPPF, Res. 2/19.

⁶ CSJN, Fallos: 323:4098, voto del Ministro Maqueda.

No es un dato menor, ya que se podría llegar al absurdo de sostener que una simple promesa de someterse al proceso tendrá el mismo resultado procesal que la prisión preventiva.

El sinsentido llega a evidenciarse cuando se debe realizar el cómputo de pena final en los términos del art. 494 del CPPN, ya que de no queda claro, o mejor expresado, se confunden medidas de auto cumplimiento con la sujeción forzada al proceso.

Así, este “minucioso y detallado catálogo” incurre en un error evidente. No diferencia la prisión preventiva -como medida de coerción ambulatoria absoluta- de las medidas menos lesivas.

El Código, siguiendo la tendencia en la materia, se toma en serio el carácter subsidiario de la coerción procesal y, superando la rigidez del modelo derogado, permite un excelente abanico gradual de medidas combinables que, para asegurar los fines del proceso, son preferentes a la utilización de la privación de la libertad locomotiva. Esta innovación de la nueva ley dispone como anteúltimo recurso el arresto del imputado en su propio domicilio y solo corresponderá como última ratio la imposición de la prisión preventiva⁷.

Si bien la letra del articulado unifica todas las medidas de coerción en un solo catálogo, la finalidad u objeto claramente era otro, y eso es lo que estamos desandando.

“Resulta de utilidad recordar que en toda tarea de interpretación de normas es pertinente rastrear el espíritu que informa a aquellas en procura de su aplicación racional, puesto que no es el espíritu de la ley el que debe subordinarse a las palabras sino éstas a aquél”⁸.

Entonces, de lo expuesto, se advierte una omisión respecto de la manera en que estas medidas deben ser tenidas en cuenta a la hora de computar el plazo que una persona se vio limitada en su libertad individual.

El CPPF recoge en su art. 376 lo que el CPPN estipula en el art. 493. Concretamente, el nuevo digesto dispone: “Cómputo. El juez con funciones de ejecución practicará el cómputo de pena fijando la fecha en que finalizará la condena, y todo aquel instituto que implique un egreso transitorio o definitivo,

⁷ NAVARRO, Guillermo Rafael y DARAY, Roberto Raúl, *Código Procesal Penal Federal*, ob. cit., p. 361.

⁸ CSJN, Fallos: 323:4098, voto de los Ministros Petracchi, Zaffaroni y Lorenzetti.

de conformidad con la ley de ejecución penal. El cómputo será comunicado a las partes quienes podrán observarlo dentro de los TRES (3) días. La oposición se efectuará en audiencia.

Sin perjuicio de ello, el cómputo será siempre revisable, aun de oficio, si se comprobara un error formal o material o nuevas circunstancias lo hicieran necesario.

Aprobado el cómputo, la oficina judicial dispondrá, de inmediato, las comunicaciones e inscripciones que correspondan para comenzar la ejecución de la pena”.

Nada dice respecto a cómo se deben computar los días que una persona vio restringida su libertad, por lo que aparece operativa, en todos sus efectos, la ley 24.390, que, como ya desarrollamos, sólo tiene prevista la prisión preventiva a esos fines.

Entonces, insistimos que si tenemos en consideración todo el marco normativo que fuimos exponiendo podría interpretarse que la única alternativa que debe tenerse en cuenta a los fines del cómputo final es la del inciso k del art. 210 del CPPF, esto es, la imposición de la prisión preventiva, ya que así lo establece el régimen que no fue suplido en este nuevo ordenamiento.

Acá se ve claramente el desatino en la técnica legislativa escogida, por cuanto las otras medidas que evidentemente restringen la libertad ambulatoria aparecen diferenciadas en diferentes incisos sin relación o conexión con la prisión preventiva, haciendo entender que no comparten efectos al ser de menor intensidad.

Como mínimo, tenemos que resaltar los puntos i y j del art. 210 del CPPF. Nos referimos a la vigilancia mediante algún dispositivo electrónico y al arresto en el propio domicilio.

Estas medidas, como las anteriores, han quedado diferenciadas de prisión preventiva propiamente dicha.

La letra del inciso k así parece indicarlo. Establece que, esta medida última, sólo será posible cuando las anteriores no fueren suficiente.

Ya hace un distingo al poner una línea divisoria con todas las otras medidas de coerción. Y la técnica legislativa no se detuvo ahí, sino que al final el artículo añadió que, del inc. a al j, la supervisión estará a cargo de la Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas.

La pregunta que se impone es: ¿medidas alternativas y sustitutivas de qué? Y la respuesta aparece clara: de la prisión preventiva.

Esa sustitución, este cambio, es lo que la doctrina ha denominado medidas de morigeración. Es curioso el significado de esta palabra. En el diccionario de la lengua española se describe como “templanza o moderación en las costumbres y en el modo de vida”⁹. Y, claro que cambiar un encierro en un complejo carcelario por alguna otra situación resulta como una significativa moderación del modo de vida.

Entonces, si se interpreta que los inc. a al j son medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva aparecen consecuencias alarmantes.

La primera es que el plazo de imposición contemplado en la ley 24.390 -no modificada por este código- no rige para las medidas incluidas en los incisos a al j -más allá del límite temporal que establecen los arts. 220, inc. c, y 223, tercer párrafo, del CPPF-.

Tampoco pueden ser considerados a los efectos del cómputo de pena final estos incisos, ya que no serían una forma de cumplir una prisión anticipada.

Como primera conclusión, podemos decir que no aparece como acertado este razonamiento, ya que entendemos que cualquier medida que afecte directamente la libertad ambulatoria de una persona, sin una sentencia definitiva, es un adelanto de pena y, por lo tanto, debe ser valorado al momento de analizar el tiempo final de detención.

Si bien no es un tema muy tenido en cuenta en la actualidad, ya comienzan a surgir sentencias en las cuales estas circunstancias son valoradas.

La Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal ha tenido oportunidad para pronunciarse al respecto. Dejó establecido que “el tiempo que el encausado continúe sometido a la medida cautelar dispuesta y establecida en el inciso “j” del art. 210 C.P.P.F., atento al grado de restricción a la libertad ambulatoria que implica, debe ser computado como días de prisión preventiva a todos sus efectos, exhortándose al tribunal de origen a que de cabal cumplimiento a tal extremo”¹⁰.

De allí, surgen otros interrogantes. ¿Cuál es el grado óptimo de restricción a la libertad que debe tenerse presente para ser computado como días de prisión preventiva?

⁹ Consultado en [<https://dle.rae.es>].

¹⁰ CFP, Expte. n° 3017/2013/TO4/3/1/CFC69, del 6/7/2020, Reg. n° 908/22

Si bien surge evidente que el arresto domiciliario se debe asimilar, ¿qué se puede decir respecto de la vigilancia mediante dispositivo electrónico? ¿Es suficiente para entender que se ve restringida la libertad ambulatoria? (cfr. inc. i del art. 210 del CPPF). Y no sólo ese punto, ¿qué se puede interpretar respecto la retención de documentos de viaje o la prohibición de concurrir a determinados lugares? (cfr. inc. e y f del art. 210 del CPPF).

Si bien estos temas serán motivo de interpretación jurisdiccional, lo cierto es que la técnica legislativa, en su afán de aclarar una circunstancia harto discutida, ha incurrido en falencias que habilitan la arbitrariedad en las decisiones y, así, una aplicación dispar respecto al cómputo de las medidas que afecten de una manera tal a la libertad individual que deban ser equiparadas a la prisión preventiva.

En esa inteligencia es que sostenemos que se impone una aclaración reglamentaria en la materia, para no incurrir en una desigual aplicación de criterios que hacen a una efectiva administración de justicia.

V. Corolario

En definitiva, hemos desandado, sucintamente, el camino escogido por la legislación en materia de restricciones a la libertad ambulatoria y nos hemos abocado a resaltar sus consecuencias.

No con poca preocupación, hemos advertido que la novel modificación del régimen procesal trae aparejado un margen de discrecionalidad en cuanto a la interpretación de las consecuencias de las medidas cautelares en su art. 210.

Esto, lejos de ser un avance, luce como un retroceso ya que, sin perjuicio de la buena voluntad legislativa, este descuido puede dejar abierta la puerta para la imposición de medidas que afectan directa y concretamente la libertad ambulatoria de las personas sin las restricciones o limitaciones que en el ámbito local e internacional se aplican en materia de prisión preventiva.

Si bien esto será materia de opiniones jurisdiccionales, lo cierto es que una reforma que aclare estos puntos aparece como una opción más conveniente.

Esta modificación debería enfocarse en el art. 376 del CPPF, en donde debería hacerse un desarrollo más exhaustivo respecto a cómo deben computarse los días en los cuales una persona vio limitada su libertad individual por apli-

cación de alguna de las medidas contempladas en el art. 210 del CPPF, ya sea en forma individual o conjunta.

Mientras eso no suceda veremos presentaciones y resoluciones que entiendan de manera diferente situaciones similares (una vez más).

La nueva ley de "reiterancia"

Martín Miguel Monedero*

I. Introducción

A través del Decreto PEN n° 173/2025, el 7 de marzo pasado se promulgó la Ley n° 27.785 -que entró en vigencia el día siguiente-, la cual establece modificaciones al Código Penal en materia de reincidencia (arts. 1 y 2) y a las normas procesales en materia de medidas de coerción (los arts. 3 a 6 introducen cambios en el Código Procesal Penal Federal y los arts. 7 a 9 en el Código Procesal Penal de la Nación). Esto último fue lo que trascendió públicamente bajo el nombre de "Ley de Reiterancia" y que motiva el presente comentario, en el que no se abordarán los cambios al Código Penal.

Mediante el art. 3 de la norma se introduce un cambio en el art. 17 CPPF, estableciendo que, a la hora de evaluar acerca de la existencia de peligros procesales, el juez "*tendrá especialmente en cuenta la reiterancia delictiva*", a la que se define como "*la imputación en una causa penal en forma coexistente con otro u otros procesos en los que la misma persona hubiera sido imputada*" y aclara que se considera imputada en esos términos a la persona que fue convocada para la formalización de la investigación preparatoria o acto procesal equivalente. Una disposición similar se introduce, a su vez, en el art. 280 CPPN.

Por otro lado, la ley también modifica el art. 210 CPPF, sustituyendo la leyenda "*con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación*" por "*bajo las condiciones del artículo 17*" y el art.

* Abogado (Universidad del Museo Social Argentino). Especialista en Derecho Penal (Pontificia Universidad Católica Argentina). Profesor Asistente de Derecho Penal Parte Especial, Taller de Oratoria y Argumentación Jurídica y Taller de Análisis de Jurisprudencia (Pontificia Universidad Católica Argentina). Actualmente realizando la tesis en el Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Correo electrónico: martinmonedero@uca.edu.ar.

218 CPPF, estableciendo que la prisión preventiva procede “en función de la gravedad de las circunstancias y naturaleza del hecho, de la reiterancia delictiva y de las condiciones del imputado que sirvan para decidir los criterios de peligro de fuga o de entorpecimiento del proceso previstos en este Código” (destaco la frase agregada).

A su vez, al cambiar la redacción del art. 312 CPPN que regula los supuestos de procedencia de la prisión preventiva, se agrega un tercer inciso en el que se aclara que a los fines de distinguir si procede la libertad provisoria, “se evaluará especialmente como presunción de peligro de fuga, de obstaculización de la investigación y de reiterancia delictiva lo dispuesto en el artículo 280”.

Cabe destacar, también, que se incorpora un listado de factores de riesgo. Así, en el CPPF se agrega un nuevo artículo -222 bis- que reza: “*Peligro de reiterancia delictiva. Para decidir acerca del peligro de fuga y de entorpecimiento de la investigación se tendrá especialmente en cuenta la reiterancia delictiva. A tal efecto, se valorarán las siguientes circunstancias*” y acompaña a continuación diez incisos, que contienen diversos factores de riesgo, y que se copian en nota al pie¹, sobre los que volveremos más tarde.

Mientras que, en el CPPN, se alarga el tradicional art. 280, incorporando no sólo la explicación acerca de la “reiterancia delictiva” que fue citada anteriormente, sino una parte final en la que reza: “*En su evaluación [en referencia, al parecer, a cómo deben adoptarse las medidas restrictivas a la libertad, según sostuvo dos párrafos antes], el juez competente deberá considerar las siguientes circunstancias*” y a partir de allí copia los mismos diez incisos con factores de riesgo, a los que se hizo referencia previamente.

A la luz de estas disposiciones, la principal duda que se presenta frente a una atenta lectura de la norma es la siguiente: esta ley, ¿vino únicamente a ins-

¹ “**a)** La existencia de procesos pendientes o condenas anteriores;
b) La conducta del imputado en otro proceso que revele su intención de eludir la acción de la Justicia;
c) Que se haya dictado en su contra una declaración de reincidencia o que exista la posibilidad de dictarla en cualquier proceso que tuviere en trámite como imputado;
d) Que, con anterioridad, se lo haya declarado rebelde o se hubiere ordenado su captura;
e) Que haya incumplido una restricción de acercamiento o cualquier regla de conducta impuesta en un proceso civil o penal;
f) La importancia y extensión del daño causado a la víctima;
g) Que haya intentado al momento del hecho eludir la acción de la Justicia o haya resistido, de cualquier modo, el obrar de una Fuerza de Seguridad;
h) El haber obrado con violencia contra los bienes o sobre las personas;
i) Que la conducta delictiva imputada haya sido cometida con armas o por más de dos (2) personas;
j) Haber proporcionado información falsa sobre su identidad”.

tituir la “reiterancia” como “hecho del pasado”, es decir, como *factor de riesgo* que nos indica la probabilidad de fuga o de entorpecimiento de la investigación? ¿O, junto a ello, autorizó también a ponderar un “hecho del futuro”, verbigracia, el *peligro de que el imputado reitere su conducta delictiva*? Los diez nuevos incisos, ¿son solamente factores de riesgo de fuga u obstaculización del proceso? ¿O son, también, factores de riesgo de reiteración delictiva?

Ambas preguntas, como se puede apreciar, están íntimamente vinculadas y trataremos de responder a ellas en este comentario en el que, anticipamos, nos inclinaremos por la segunda alternativa, en ambos casos.

Para ello, seguiremos la rica doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia hermenéutica. Así, en primer término, abordaremos la exégesis de la letra de la norma -incluyendo las distintas versiones que tuvo el texto, desde el proyecto original hasta su sanción definitiva- (II), luego nos centraremos en conocer la intención del legislador y el espíritu de la norma -a través del estudio de los antecedentes parlamentarios- (III), a continuación buscaremos efectuar una interpretación armónica de la ley, que a la vez sea compatible con los principios constitucionales (IV) y finalmente expondremos una reflexión final (V).

II. El análisis literal de la norma

Ateniéndonos en primer término al *texto original* del proyecto del Poder Ejecutivo Nacional, podemos ver que se incluía claramente a la “reiterancia delictiva” como un *tercer riesgo*, a la par del peligro de fuga y de obstaculización de la investigación². Sin embargo, también se la definía, al mismo tiempo, como un “hecho del pasado”, al decir que consistía en “*la imputación en una causa penal en forma coexistente con otro u otros procesos en los que la misma persona hubiera sido imputada*” (propuesta de nueva redacción de art. 17 CPPF).

² Por medio del art. 4 se modificaba el art. 17 CPPF aclarando que las medidas restrictivas de la libertad sólo podían fundarse en “*la existencia de peligro real de fuga, de obstaculización de la investigación o de reiterancia delictiva*”; por medio del art. 5 se sustituía el art. 210 CPPF aclarando que las medidas de coerción se adoptarían “*con el fin de asegurar la comparecencia del imputado, evitar el entorpecimiento de la investigación o impedir la reiterancia delictiva*”; y por medio del art. 6 se modificaba el art. 218 CPPF, aclarando que corresponde la prisión preventiva “*en función de la gravedad de las circunstancias y naturaleza del hecho y de las condiciones del imputado que sirvan para decidir los criterios de peligro de fuga, de entorpecimiento del proceso o de reiterancia delictiva previstos en este Código*”. Ver Mensaje PEN n° 18/2024.

El texto aprobado mediante dictamen de la Comisión de Legislación Penal en la Cámara de Diputados retiró algunas de las referencias a la “reiterancia delictiva” como un tercer riesgo a valorar -aunque no todas- y definió con mayor precisión la “reiterancia”, aclarando que a los fines de evaluar su existencia debían considerarse como imputadas a las personas cuando hubiesen sido convocadas para recibírseles declaración³.

Ya en el recinto, el texto de dicho dictamen recibió la aprobación *en general*⁴ y, cuando se produjo la votación de los artículos *en particular*, la miembro informante de la comisión explicó que había acordado algunos cambios al dictamen, por sugerencia de los diputados Aguirre, González, Agost Carreño y Brügge⁵. Concretamente, se retiró la mención a la “reiterancia delictiva” dentro del párrafo que alude a los fundamentos para adoptar las medidas de coerción (arts. 17 CPPF y 280 CPPN) y el texto fue aprobado en particular, en todos sus artículos.

Este texto, que presentó la miembro informante ante el recinto de la Cámara de Diputados de la Nación, fue el que recibió la media sanción primero y, luego, la sanción definitiva de la Cámara de Senadores.

Como se ve, hay un proceso por el cual un texto inicial que contenía numerosas disposiciones específicas, que señalaban a la “reiterancia delictiva” como un tercer riesgo a ponderar como fundamento de las medidas de coerción, fue siendo modificado y se retiraron algunas de ellas, hasta lograr el texto actual.

Sin embargo, subsiste la ambigüedad en la norma promulgada. En efecto, el art. 222 bis que se incorpora al CPPF se encuentra titulado “PELIGRO DE REITERANCIA DELICTIVA”. El “PELIGRO” ha sido definido como el “riesgo de un mal, daño o perjuicio”⁶ o el “riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal”⁷;

³ Ver dictamen publicado en p. 136/8 de Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, del 6 de febrero de 2025. De allí consta que permaneció la referencia del “peligro de reiterancia delictiva” como un fundamento para las restricciones a la libertad (art. 17 CPPF y art. 280 CPPN), aunque ya no entre los casos en los que corresponde la prisión preventiva, oportunidad en que se incluye a la “reiterancia delictiva” como un factor que *sirve para decidir* acerca del peligro de fuga o de entorpecimiento (art. 218 CPPF).

⁴ Con 138 votos afirmativos, 94 negativos 1 abstención, según acta nº 5 incorporada en p. 311/2 del diario de sesiones citado.

⁵ Estos dos últimos legisladores ya habían anunciado, en su discurso previo a la aprobación en general, que habían acordado cambios y que votarían afirmativamente por ello, aclarando el sentido de las modificaciones que propusieron (v. dictamen en disidencia en p. 139/41 y sus opiniones en p. 163/5 del diario de sesiones ya referido).

⁶ OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Buenos Aires, Heliasta, 1982, p. 558.

⁷ Diccionario de la Real Academia Española, acepción 1, consulta web a través de vínculo

mientras que el “RIESGO” se conoce como la “*contingencia o proximidad de un daño*”⁸. En definitiva, es la probabilidad de que, con el transcurso del tiempo, suceda un mal o un daño.

¿Cómo puede hablarse de “peligro de reiterancia delictiva” si se considera a ésta únicamente como un factor de riesgo de fuga u obstaculización? ¿Se refiere al “peligro de que existan factores de peligro”? Evidentemente, el título de este artículo 222 bis hace alusión a la probabilidad de que, con el transcurso del tiempo, el imputado cometa un nuevo delito. Es decir, el peligro de reiteración delictiva -y no un factor de riesgo-. Su inclusión en el proyecto del Poder Ejecutivo Nacional tenía sentido porque, como se dijo, en ese texto se sostenía explícitamente que eran tres los peligros que podían dar fundamento legítimo a las medidas de coerción y, entre ellos, se incluía el “peligro reiterancia delictiva”, al que aquí se le asignaban factores para ponderar.

Robustece esta interpretación el hecho de que este art. 222 bis, si bien reza que para determinar el peligro de fuga o de entorpecimiento “*se tendrá en cuenta la reiterancia delictiva*” -lo que fortalece la idea de la “reiterancia” como factor de riesgo-, al mismo tiempo señala luego: “*A tal efecto, se valorarán las siguientes circunstancias*” y se instituyen los diez factores de riesgo que ya mostramos anteriormente. Si este artículo estuviera refiriéndose a la “reiterancia delictiva” como un *hecho del pasado*, como un *factor de riesgo* consistente en la múltiple imputación de procesos penales a una misma persona, relativamente avanzados -como la define el nuevo art. 17 CPPF y, también, el nuevo art. 280 CPPN-, mal puede ahora sostenerse que, en realidad, para saber si existe o no “reiterancia delictiva” hay que valorar las diez circunstancias que siguen -y que hacen a la naturaleza del hecho investigado, el comportamiento procesal en otros procesos, por ejemplo-. No haría falta recurrir a ninguno de esos factores: ¡bastaría con ver los antecedentes y procesos en trámite del acusado!

En síntesis, el análisis de la *letra de la ley* no nos conduce a una respuesta clara, ya que si bien hay disposiciones que establecen que la “reiterancia delictiva” es un *factor de riesgo* de fuga u obstaculización que se vincula con los procesos en trámite con cierto grado de avance, subsisten en la misma norma otras disposiciones que, con claridad, la tratan también como el *peligro de que el imputado cometa un nuevo delito*.

[<https://dle.rae.es/peligro>] (fecha de consulta: 26/3/2025).

⁸ Definición concordante que figura en el Diccionario de Manuel Ossorio (op. cit., p. 680).

¿Qué hacer en estos casos? Es verdad que la Corte Suprema nos enseña que “*la primera fuente de exégesis de la ley es su letra y que cuando ésta es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo, no cabe sino su directa aplicación*” (*Fallos* 347:1223, entre muchos otros). Pero, también, nos traza un camino posterior a la exégesis literal: nos dice que la misión judicial no se agota allí, porque no se puede prescindir de la *intención del legislador* y el *espíritu de la norma* (*Fallos* 312:2382, considerando 4º, entre otros), ya que debemos conocer la *ratio legis* de las normas más allá de las posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal (*Fallos* 331:1215, considerando 5º, entre otros); todo ello, para lograr indagar por encima de lo que las normas *parecen decir literalmente*, lo que *dicen jurídicamente* (*Fallos* 294:29, considerando 4º, entre otros) y siempre prefiriendo la interpretación que favorece los fines que inspiran la ley y no la que los dificulte (*Fallos* 344:2513, considerando 8º, entre otros).

En ese camino continuaremos con la tarea interpretativa que nos hemos propuesto.

III. La intención del legislador y el espíritu de la norma

A continuación, buscaremos esclarecer cuál es el *espíritu* y la *finalidad* que inspira la norma (cfr. *Fallos* 308:215; 308:1861, considerando 10º y sus citas, entre muchos otros), conocer cuál fue la *intención del legislador*, para lo cual será crucial consultar los antecedentes parlamentarios, incluyendo la exposición de motivos del proyecto, tal como sugiere el Máximo Tribunal (cfr. *Fallos* 342:2009; 306:1047, considerando 9º; 327:5614; entre otros; 318:1894, considerando 6º, entre muchos otros).

La norma tuvo su origen en un proyecto presentado por el Poder Ejecutivo Nacional a través del Mensaje n° 18/2024, elevado a la Cámara de Diputados de la Nación el 16 de abril de 2024 (Expte. n° 04/PE/2024), con la firma del Presidente de la Nación y de los Ministros de Justicia y Seguridad. Su motivación, según ese documento, fueron los “*múltiples hechos de inseguridad, algunos de los cuales han terminado incluso con la vida, la integridad física o la integridad sexual de las personas*”, aclarando que “*Muchos de esos delitos han sido perpetrados por individuos que estaban imputados o procesados en UNO (1), DOS (2) o múltiples procesos penales, pero seguían en libertad, sin que siguiera pudiera agrava-*

varse su situación procesal por la reincidencia o por la reiterada comisión de actos ilícitos".

Así, luego de explicar el sentido de las modificaciones introducidas al concepto de reincidencia y al sistema de unificación de penas -tema sobre el cual, como se dijo, no se hará comentario aquí-, el mensaje reza: "*Un efecto parecido tiene la falta de regulación de la reiterancia, debido a lo cual alguien puede cometer una gran cantidad de delitos o más mientras tramita su causa penal y llega a la sentencia, y esos hechos no pueden ser tomados en cuenta siquiera para negarle la excarcelación*".

En lo sucesivo, se acompañará una selección de algunas expresiones de los diputados y senadores que votaron favorablemente el proyecto, a fin de ilustrar acerca del *espíritu del legislador* en cuanto a esta norma en particular y, puntualmente, en relación a la *finalidad* a la que se orienta.

En esa línea, uno de los diputados sostuvo: "*una de las principales preocupaciones que tienen los ciudadanos argentinos es la inseguridad. La gente tiene miedo. Tiene miedo de que le roben, la lastimen y la maten. Por eso, cuando una persona es víctima de un delito, no solamente pierde lo material sino principalmente la paz interior. Esto ocurre porque le puede volver a pasar, porque sabe que puede estar de nuevo viviendo esa vulnerabilidad. Por estos motivos, este Congreso tiene que dar respuestas claras y contundentes que puedan solucionar este problema. Necesitamos leyes que protejan la vida y la integridad física de las personas, dos derechos fundamentales que el Estado debe garantizar. (...) Hay un estudio de la Universidad de Buenos Aires que se llama "Monitor de la Inseguridad" que reveló un dato contundente. Cuando a las personas se les preguntó cuáles eran las causas que ellos observaban que podían estar relacionadas con la inseguridad, la variable que más sobresalió fue la de que los jueces liberan a los delincuentes. ¿Y sabe qué, señora presidenta? Esta no es solo una percepción, sino que es una cuestión de la ley. Por eso, hoy tenemos la oportunidad de cambiarla, de modificarla. No puede ser que el hecho de que una persona tenga diferentes procesos penales no signifique nada en la Argentina*"⁹.

La preocupación por la seguridad y la vida de los ciudadanos fue expresada por varios legisladores, como puede advertirse en el siguiente pasaje: "*todos debemos coincidir en la necesidad impostergable de buscar mayor seguridad para*

⁹ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, correspondiente al 6 de febrero de 2025, Intervención de Dip. Brouwer de Koning (p. 161/2). El destacado me pertenece. Ver, en sentido similar, las expresiones del Dip. Morchio (p. 164).

todos los argentinos que habitamos en este país, por dos motivos. Por un lado, porque mientras seguimos titubeando o esperando o dando vueltas, los únicos beneficiados, los únicos que salen ganando en todo esto, son los delincuentes. Y, en segundo lugar, porque detrás de muchos delitos, muchísimas veces, hay una muerte, la muerte de un inocente cuya vida es irrecuperable. (...) Creo que estas van a ser medidas que nos permitirán reducir las muertes, reducir la delincuencia, dotando a los órganos de investigación, de persecución y al Poder Judicial de herramientas para que así sea (...). Necesitamos que quienes ocupamos estas bancas pensemos en las necesidades de los argentinos, y una de las principales es la seguridad”¹⁰.

Concretamente en cuanto a cómo esta herramienta legal podía contribuir a la seguridad de los ciudadanos, uno de los legisladores expresó: “*Todos los días familias enteras viven con mucho miedo. Lo peor es que muchos de estos crímenes son cometidos por delincuentes con prontuarios y que no deberían estar sueltos. La Policía se cansa de hacer una, dos, tres, cuatro, cinco, seis, y hasta diez detenciones por el mismo delito, al mismo motochorro, a los mismos que roban a los pobres en una parada de colectivo cuando salen a trabajar y a los mismos que roban a los trabajadores cuando salen de las obras. Son los mismos que son detenidos muchísimas veces, sin encontrar eco. (...) Los barrios más pobres son los que más sufren esto; los más humildes son quienes más sufren. Miren ustedes dónde estamos viendo los últimos homicidios. No los estamos viendo en la zona norte de la provincia de Buenos Aires; los estamos viendo en los sectores más pobres, donde están los bolsones de mayor pobreza. Entonces, les pido por favor que no hagamos un discurso sobre pobres y ricos; no hagamos un discurso sobre izquierdas y derechas; no hagamos un discurso sobre garantismo o no garantismo. Acá se trata de que cada uno de los hombres y mujeres de nuestro país tengan más y mejor seguridad todos los días*¹¹.

Tras la media sanción, el proyecto fue tratado en sesiones extraordinarias por el Senado, en cuyo marco sus sostenedores utilizaron una fundamentación similar. Así, por ejemplo, el miembro informante expresó: “*La violencia es un mal que azota transversalmente a la comunidad y a la sociedad en general, y que requiere una respuesta del Estado. En este sentido, la ley viene a poner un marco general sobre cuáles son las condiciones de evaluación para otorgar esos beneficios*

¹⁰ Ver documento citado, intervención de Dip. Giorgi (p. 166/7). El resaltado me pertenece.

¹¹ Ver intervención de Dip. Ritondo (p. 173/4). El destacado me pertenece.

y para proteger a la sociedad. (...) Negar que existe la violencia en esta sociedad y que existe una gran cantidad de víctimas, sería tratar de tapar el sol con las manos. Más allá del signo político de que se trate, tenemos la obligación de fijar reglas claras para que esto sea solucionado. Es función esencial del Estado la administración de justicia y de seguridad. Algunos estarán de acuerdo y otros no, pero yo sí considero, junto con Hermann Heller, que son las necesidades o las funciones básicas del Estado. Acá hemos tenido casos publicitados –y no solamente por algunos medios, sino por todos– de presos que salían a delinquir estando detenidos o de procesados que salían en libertad y, a la hora, cometían otros hechos delictivos. (...) el debido proceso penal no está solamente establecido a favor del delincuente, sino también de la sociedad y de las víctimas. Repito lo que dije recién: se puede hacer victimología y se puede hacer victimocracia. Acá hay que hacer victimología y hay que proteger a la víctima y hay que proteger a la sociedad de los actos de violencia. (...) Entonces, necesitamos que los jueces tengan en claro cómo deben aplicar las reglas para otorgar los beneficios de libertad y de eximición de prisión o exención de prisión. Debemos empezar a cortar el mal por su raíz. Debemos evitar que esta reiteración de hechos delictivos no pueda ser tenida en cuenta sino hasta que tenga sentencia firme. Esta es la razón de la ley”¹².

También se advierte, a través de la lectura del trámite parlamentario, que la legislación procesal de la Provincia de Mendoza fue puesta como ejemplo a seguir por algunos de los diputados que votaron favorablemente el proyecto, como es el caso de la Dip. Verasay, que sostuvo: “para mí es un orgullo que Mendoza vuelva a ser modelo cuando discutimos temas de seguridad y justicia. (...) Mendoza, desde que implementó la figura de la reiterancia, no solo terminó con la “puerta giratoria”, sino que disminuyó en casi un 50 por ciento los delitos contra la integridad física, incluidos los homicidios y los robos con armas de fuego. Hay evidencia de que esta modificación mejora la calidad de vida de los argentinos”¹³.

Cabe destacar que, el Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza establece, en su art. 293, que la prisión preventiva procede en alguno de los tres siguientes supuestos, regulados en cada uno de sus incisos: 1) en casos de flagrancia -bajo determinados requisitos-; 2) en casos en los que no parezca procedente la condena condicional -entre los cuales, se incluye el supuesto de

¹² Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, correspondiente al 20 de febrero de 2025, intervención del Senador Pagotto (p. 156/9). El resaltado me pertenece.

¹³ Ver Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, del 6 de febrero de 2025, p. 160/1.

“reiterancia delictiva que se le atribuya y la pena que se espera como resultado del proceso”, apartado “b”;- 3) en casos de “riesgo procesal”, entre los cuales se incluye tanto el peligro de fuga y de entorpecimiento de la investigación como el “peligro para la víctima o testigo” -apartado “c”-, cuando “existieren antecedentes o indicios pertinentes que permitiesen presumir que realizará atentados en contra de aquellos, o en contra de sus familias o de sus bienes”.

En síntesis, en la intención y espíritu del legislador, esta nueva herramienta encuentra su causa en los episodios graves de violencia que son cometidos por personas que -al momento de los hechos- se encontraban con múltiples procesos penales en trámite y tiene por fin dotar a los jueces y fiscales de una herramienta legal que les permita valorar esa circunstancia como un indicador relevante para adoptar medidas de coerción más intensas, en aras de proteger mejor a la ciudadanía ante la posibilidad de que se cometan nuevos delitos y cumplir así con los deberes primordiales del Estado en materia de seguridad.

También, podemos concluir que resultó relevante para algunos legisladores la experiencia aparentemente positiva obtenida en la Provincia de Mendoza a través de su legislación en materia de medidas de coerción, destacándose que la representante de esa provincia sostuvo que esta reforma iba en la misma línea que aquellas implementadas en su jurisdicción.

Como se ve, aquí se advierte una clara intención del legislador de considerar como fundamento legítimo de las medidas de coerción el peligro de que el imputado cometa nuevos delitos en libertad. En efecto, los diputados y senadores no hicieron hincapié en que con esta herramienta lograrían evitar que los imputados se fugaran, no propiciaron su implementación para asegurar la ejecución de las penas ni sostuvieron que esta herramienta permitiría que los acusados no destruyeran elementos de prueba o que no obstaculizaran la realización de actos del procedimiento. La consulta a la intención del legislador nos muestra, con claridad, que con esta norma pretendieron otorgar herramientas a los jueces para impedir la comisión de nuevos hechos violentos ante determinadas situaciones particulares de riesgo, en aras de proteger a la comunidad.

IV. Una interpretación armónica y acorde a las garantías constitucionales

La tarea interpretativa que nos hemos propuesto no puede agotarse en la exégesis literal y la búsqueda del espíritu y finalidad de la norma. También es necesario, en línea con la doctrina de la Corte Suprema en la materia, interpretar las disposiciones legales *armónicamente*, evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones y adoptando como verdadero el que las concilie y las deje a todas con valor y efecto, sin que pueda presumirse la inconsecuencia o imprevisión en el legislador (*Fallos* 330:1910, considerando 2º; entre muchos otros); y siempre teniendo en cuenta que las conclusiones deben adecuarse al ordenamiento jurídico y a los principios y garantías de la Constitución Nacional (*Fallos* 312:2382, entre otros).

A partir de estas directrices, a continuación, se mostrará que si se interpreta que la norma *únicamente* incorporó nuevos factores de riesgo de fuga u obstaculización de la investigación, se estaría presumiendo la inconsecuencia y la imprevisión por parte del legislador y no sería posible armonizar todos sus preceptos; mientras que si se considera que, a la par de ello, también habilitó el riesgo de reiteración delictiva como fundamento de las medidas de coerción, es posible conjugar todas sus disposiciones.

También se demostrará que la preocupación por proteger la vida y la seguridad de los ciudadanos ante el riesgo de reiteración delictiva -lo que fue identificado como la finalidad principal de la norma- tiene hondo respaldo constitucional.

En relación a lo primero, recordemos que la nueva ley nos manda a tener “*especialmente en cuenta*” como factor de riesgo procesal la existencia de una “*imputación en una causa penal en forma coexistente con otro u otros procesos en los que la misma persona hubiera sido imputada*” y aclara que se considera imputada en esos términos a la persona que fue convocada para formalización de la investigación preparatoria o acto procesal equivalente.

Sobre este factor de riesgo, cabe preguntarse, ¿es nuevo o ya se encontraba -antes de esta reforma- entre los criterios que se utilizaban para adoptar o denegar medidas de coerción?

En cuanto al Código Procesal Penal Federal, podemos comprobar que el art. 221 otorga “pautas de riesgo de fuga”, entre las cuales incluye, en el inciso “b”, las siguientes: “*Las circunstancias y naturaleza del hecho, la pena que se espera*

como resultado del procedimiento, la imposibilidad de condenación condicional, la constatación de detenciones previas, y la posibilidad de declaración de reincidencia por delitos dolosos”.

De igual modo, el Código Procesal Penal de la Nación, desde su sanción en septiembre de 1991, prevé en su art. 319 la posibilidad de denegar la excarcelación “cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si este hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la Justicia o entorpecer las investigaciones”¹⁴.

Como se ve, tanto la posibilidad o imposibilidad de la condenación condicional y de la declaración de reincidencia, como la “constatación de detenciones previas” o la existencia de “excarcelaciones anteriores”, eran cuestiones que, para incluirse dentro de la ponderación de factores de riesgo procesal, exigían naturalmente la certificación de antecedentes del imputado y, de ese modo, la constatación de la existencia de otros procesos penales en su contra.

A la luz de ello, podemos concluir provisoriamente que, al incluir la “reiterancia delictiva”, el legislador está *enfatizando la importancia* de este factor de riesgo procesal y está aclarando que debe ser ponderado incluso cuando hubiere solo un proceso más y en el que no haya estado detenido -sino únicamente convocado como imputado-. Pero no está proporcionando un *nuevo factor de riesgo*, toda vez que esta circunstancia ya era impuesta como criterio objetivo por el legislador en la normativa previa -aunque, es cierto, de modo más general-.

Distinta sería nuestra conclusión si la norma hubiese sido taxativa y hubiese impuesto la *imposibilidad* de conceder la excarcelación, por ejemplo, en caso de “reiterancia”. En tal caso, esto sí proyectaría un cambio sustancial en muchos procesos, pero no es el caso, ya que la letra de la ley no se expresa de manera taxativa -sin ingresar en la pregunta acerca de si un régimen como ese sería o no constitucional, tema que excede este comentario-.

En conclusión, de lo dicho hasta aquí, la inclusión de la “reiterancia delictiva” ha tenido como efecto *subrayar* la importancia de la multiplicidad de procesos en trámite como pauta de riesgo procesal, dando parámetros un poco más específicos al juez para que la tenga especialmente en cuenta a la hora de resolver sobre medidas de coerción.

¹⁴ Ver Boletín Oficial del 9/9/1991, p. 12. Hoy el artículo ha sido modificado precisamente por la ley que estamos comentando, que agregó, justo antes de las condiciones personales del imputado, la “reiterancia delictiva”.

Ahora bien, tal como comentamos al principio, a través de la incorporación de un nuevo art. 222 bis en el CPPF y cambios en el art. 280 CPPN, la norma también introdujo diez nuevos incisos con “factores de riesgo”, que son los siguientes:

- a) La existencia de procesos pendientes o condenas anteriores;*
- b) La conducta del imputado en otro proceso que revele su intención de eludir la acción de la Justicia;*
- c) Que se haya dictado en su contra una declaración de reincidencia o que exista la posibilidad de dictarla en cualquier proceso que tuviere en trámite como imputado;*
- d) Que, con anterioridad, se lo haya declarado rebelde o se hubiere ordenado su captura;*
- e) Que haya incumplido una restricción de acercamiento o cualquier regla de conducta impuesta en un proceso civil o penal¹⁵;*
- f) La importancia y extensión del daño causado a la víctima;*
- g) Que haya intentado al momento del hecho eludir la acción de la Justicia o haya resistido, de cualquier modo, el obrar de una Fuerza de Seguridad;*
- h) El haber obrado con violencia contra los bienes o sobre las personas;*
- i) Que la conducta delictiva imputada haya sido cometida con armas o por más de dos (2) personas;*
- j) Haber proporcionado información falsa sobre su identidad”.*

En relación a los incisos “a” y “c”, cabe decir que -tal como se explicó precedentemente- tanto la existencia de procesos o condenas anteriores como la posibilidad de declarar reincidente al acusado -o la existencia de una declaración en esos términos- ya eran criterios específicamente dados por el legislador para ponderar el riesgo de fuga (art. 221 inc. “b” CPPF y art. 319 CPPN). Lo mismo sucede con los incisos “b”, “d” y “j”, toda vez que el art. 221 inc. “c” CPPF ya considera como pauta de riesgo de fuga *“El comportamiento del imputado durante el procedimiento en cuestión, otro anterior o que se encuentre en trámite; en par-*

¹⁵ Este es el único inciso que tiene una mínima alteración en el listado del art. 280 CPPN, ya que refiere a una regla de conducta impuesta en “un proceso judicial”. El sentido es, claramente, el mismo.

ticular, si incurrió en rebeldía o si ocultó o proporcionó falsa información sobre su identidad o domicilio, en la medida en que cualquiera de estas circunstancias permitan presumir que no se someterá a la persecución penal”.

La incorporación del incumplimiento de restricciones de acercamiento o reglas de conducta impuestas en otros procesos, civiles o penales (inciso “e”), como factor de riesgo sí resulta novedosa y, aunque podría habérsela considerado incluida en la redacción anterior que aludía al “comportamiento del imputado” durante otros procedimientos, se trata de una clara señal del legislador al sistema judicial, que tiene particular actualidad en estos tiempos en que se registran muchas restricciones impuestas en procesos civiles -pensemos en los numerosos casos de violencia familiar- y, en muchos casos, incumplidas.

El agregado de los incisos “f”, “g”, “h” e “i” -la extensión del daño causado, al haberse hecho uso de violencia o de armas, el haberse actuado en concertación entre más de dos personas o el haber intentado eludir o resistir el accionar de la justicia o las fuerzas de seguridad- se vincula, en definitiva, con las *circunstancias y la naturaleza del hecho atribuido*, lo que también era mencionado por el legislador como una pauta de peligro de fuga anteriormente (art. 221 inc. “b” CPPF).

A raíz de esto, cabría preguntarse: si de estos diez (10) factores de riesgo ahora incluidos hay cinco (5) que ya se encontraban expresamente previstos en las normas como pautas de riesgo de fuga (incisos “a”, “b”, “c”, “d” y “j”) y otros cinco (5) que no estaban explícitamente incluidos, pero que puede considerárlos implícitamente dentro de los parámetros que ya existían para el peligro de fuga -y que ya se usaban, en la práctica, para ello- (incisos “e”, “f”, “g”, “h” e “i”), ¿qué sentido tiene esta norma?

¿Para qué los legisladores sancionaron estos diez nuevos incisos, tanto en el CPPF como en el CPPN, si ya se encontraban, con mayor o menor claridad, como pautas de peligro de fuga? ¿Es que los diputados y senadores desconocían que la mitad de estos factores ya estaban explícitamente previstos y la otra mitad implícitamente? Aquí no cabe suponer la hipótesis de que la intención fue *subrayar* su importancia, ya que estaríamos ante una *repetición* de los *mismos factores*, y no una mayor definición o énfasis en ellos -como pudimos interpretar anteriormente-.

La única respuesta posible que armonice todas estas disposiciones y que no prevea que el legislador es inconsiguiente o que no previó estas inconsistencias es sostener que estos diez incisos no se tratan de *pautas de peligro de fuga* úni-

camente, sino que, además de servir para medir la probabilidad de dicho riesgo, también son factores de Peligro de Reiteración delictiva, tal como reza el propio título del nuevo art. 222 bis CPPF.

En definitiva, la interpretación compatible con la letra de la ley y con el espíritu de la norma, acorde a la intención del legislador, que armoniza todas sus disposiciones y no presume la inconsecuencia en aquél, es la que sostiene que esta norma viene a cumplir dos funciones: por un lado, *enfatiza y destaca el valor de la reiterancia delictiva* -entendida como la multiplicidad de procesos penales en trámite con cierto grado de avance- como criterio para medir el riesgo de fuga u obstaculización del proceso; por otra parte, habilita a los jueces a considerar como fundamento de las medidas de coerción el *peligro de reiteración delictiva*, para cuya ponderación otorga diez parámetros objetivos (los del art. 222 bis CPPF), algunos de ellos también idóneos para mostrar riesgo de fuga o de obstaculización de la investigación.

Aclarado ello, la última norma hermenéutica que correspondería aplicar es valorar si tanto la finalidad de la norma como el método elegido para alcanzar dicho fin son compatibles con los principios y garantías constitucionales.

Para comenzar, cabe señalar que *la prevención de delitos violentos* -finalidad inobjetable de la norma, como hemos visto- es una función esencial a todo Estado de Derecho, que ha sido identificada también como el *deber de seguridad* -visto desde la perspectiva de la comunidad política- que tiene el Estado respecto de cada uno de sus habitantes, el cual se extiende no sólo a la sanción de los delitos cometidos sino también a su debida prevención.

Es la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación la que proclama la *primacía* de este deber estatal por sobre todos los demás deberes, en una reiterada doctrina que sostiene que “*ningún deber es más primario y substancial para el Estado que el de cuidar de la vida y de la seguridad de los gobernados*” (doctrina original en *Fallos*, 190:457, repetida luego en 317:728, 318:1715, 322:2002, 326:820, 327:1738, 327:5295, 328:4175 y 329:6806; entre otros).

Esta doctrina ha sido enfatizada también por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, en un caso en el que precisamente se discutía la constitucionalidad de la detención provisoria ordenada, no para impedir la fuga, sino para garantizar la seguridad de la comunidad (Caso SALERNO, 481 US 739, sentencia de mayo de 1987). En dicha oportunidad, se interpretó que tales restricciones a la libertad tenían fundamento en una “*preocupación principal de*

cualquier gobierno -la preocupación por la seguridad y por la vida de sus ciudadanos-, que se encontraban suficientemente reguladas para garantizar que se apliquen con respeto a las garantías del acusado y que, por todo ello, no violaban de ningún modo la cláusula del debido proceso prevista en la Quinta Enmienda ni la cláusula de fianza excesiva prevista en la Octava Enmienda¹⁶.

En esta línea, resulta esclarecedor el análisis efectuado por Patricia Ziffer, quien así aborda la faz sancionatoria y preventiva de dicho deber de seguridad: *“La función de ‘seguridad’ es posiblemente la función más antigua de las que se le atribuyen al Estado, y durante siglos rigió como la única o la más importante justificación de su existencia misma. El Estado tiene el monopolio de la fuerza, y de esto se deriva en forma ineludible que habrá de ocuparse de que el individuo obtenga la satisfacción de su derecho en caso de posibles ataques antijurídicos. El ordenamiento jurídico perdería toda credibilidad si proclamara el derecho y no estuviera dispuesto a proteger su vigencia (...). En principio, si una comunidad quiere asegurar una convivencia ordenada, no se puede limitar al castigo represivo de las lesiones jurídicas, sino que debe adoptar medidas preventivas para la evitación de delitos futuros. En este sentido, no se puede poner seriamente en discusión la necesidad de medidas preventivas de peligros. Ella encuentra su justificación en las necesidades de seguridad de la comunidad estatal. En todo caso, sólo es posible poner límites a esta necesidad, de tal manera que, al satisfacerla, también se tomen en consideración las fuertes injerencias que produce sobre los derechos individuales, y exigir como presupuesto para su imposición la determinación previa de una amenaza aguda para la generalidad”*¹⁷.

El carácter esencial y preeminente de este deber de seguridad que tiene el Estado emana de que, como se dijo anteriormente, es ésta una de las obligaciones básicas que ha tenido siempre toda comunidad política y para cuya consecución resulta insustituible, por la misma esencia de la función. La Historia de la hu-

¹⁶ En el texto original: “In our society, liberty is the norm, and detention prior to trial or without trial is the carefully limited exception. We hold that the provisions for pretrial detention in the Bail Reform Act of 1984 fall within that carefully limited exception. The Act authorizes the detention prior to trial of arrestees charged with serious felonies who are found after an adversary hearing to pose a threat to the safety of individuals or to the community which no condition of release can dispel. The numerous procedural safeguards detailed above must attend this adversary hearing. We are unwilling to say that this congressional determination, based as it is upon that primary concern of every government — a concern for the safety and indeed the lives of its citizens — on its face violates either the Due Process Clause of the Fifth Amendment or the Excessive Bail Clause of the Eighth Amendment”.

¹⁷ ZIFFER, Patricia, *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, p. 374/5. El resaltado me pertenece.

manidad prueba de manera suficiente que, cualesquiera sean las diferencias que hayan existido entre las diversas constituciones políticas, creencias religiosas y organizaciones jurídicas, siempre el Estado se ha reservado para sí el uso de la fuerza pública para prevenir y sancionar los actos humanos más graves, que perjudicaban seriamente a los demás.

El fundamento de la exclusividad de esta función es que la ausencia de sanción por parte de las fuerzas estatales podría ocasionar la violencia privada y particular y la venganza entre los ciudadanos, con las nefastas consecuencias que se deducen de ello. Como sostiene Josef Insensee: “*La sanción más grave de la indolencia estatal es la autoayuda privada. Cuando el Estado de Derecho deja terreno a la violencia privada, produce contraviolencia privada*”¹⁸.

En definitiva, la finalidad de proteger a la ciudadanía de los delitos violentos que podrían cometer imputados con un importante historial delictivo tiene sólido respaldo iusfilosófico y constitucional¹⁹.

Cabe preguntarse, finalmente, si el *método* escogido por el legislador resulta adecuado y lícito para cumplir con esa finalidad. La institución de un tercer peligro, el de reiteración delictiva, como fundamento de las medidas de coerción, ¿es compatible con la Constitución Nacional?

La respuesta será afirmativa.

Ante todo, lo primero que cabe aclarar es que las leyes procesales *ya prevén* esta posibilidad de manera explícita y ningún planteo contra ellas ha logrado que la Corte Suprema se pronunciara por su inconstitucionalidad.

En efecto, tanto la norma procesal penal nacional como las disposiciones de muchas provincias autorizan expresamente la adopción de medidas de coerción con fundamento en proteger la integridad de las víctimas, de los testigos o, genéricamente, de la comunidad, ante la probable reiteración delictiva.

Así, en el orden nacional tenemos la Ley de Víctimas (nº 27.372) que en su art. 5º inciso “n” establece que todas las víctimas tienen derecho a que se “*adopten prontamente las medidas de coerción o cautelares que fueren procedentes para impedir que el delito continúe en ejecución o alcance consecuencias ulteriores*” y, en el inciso “d” del mismo artículo, a “*requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés*”. Espe-

¹⁸ ISENSEE, Josef, *El derecho constitucional a la seguridad: sobre los deberes de protección del Estado constitucional liberal*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 93.

¹⁹ En mi tesis de doctorado, que se encuentra en proceso de revisión y corrección, ampliaré los fundamentos respecto de este asunto, que no pueden abordarse en extenso en este comentario.

cialmente, la norma estipula que existe una presunción acerca de la existencia de peligro en las víctimas de: “*a) Delitos contra la vida; b) Delitos contra la integridad sexual; c) Delitos de terrorismo; d) Delitos cometidos por una asociación ilícita u organización criminal; e) Delitos contra la mujer, cometidos con violencia de género; f) Delitos de trata de personas*” (art. 8).

Esta herramienta legal ha sido ampliamente avalada por la jurisprudencia nacional y, en su aplicación, se puede advertir con claridad que la noción de “*impedir que el delito continúe en ejecución o alcance consecuencias ulteriores*” incluye la probable reiteración delictiva.

Así, por ejemplo, en aplicación de esta norma, la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional confirmó la imposición de una tobillera de geoposicionamiento, oportunidad en que los jueces López y Pociello Argerich razonaron: “*En ese contexto, la medida de mantener la tobillera electrónica respecto al imputado se exhibe como razonable, especialmente al valorar la gravedad de los hechos denunciados, su presunta reiteración y la potencialidad del peligro en relación a la víctima. La parte no ha logrado modificar las consideraciones efectuadas en la anterior intervención, especialmente cuando se tiene en cuenta que, dadas las condiciones y el contexto en el cual habrían tenido lugar los hechos investigados, la víctima se encontraría en condiciones de vulnerabilidad, lo que impone la necesidad de que el Estado vele especialmente en estos casos por su seguridad y adopte las medidas necesarias para garantizar sus derechos (artículos 4, inciso “d”, y 6, inciso “b”, de la ley 27.372; artículos 1 y ctes. de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; y las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad”, conforme Acordada 5/2009 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)*”²⁰.

En otro caso, en el que se acusaba al imputado de lesiones agravadas y la pena en expectativa permitía la condena condicional, la misma Cámara resolvió confirmar la denegatoria de excarcelación ordenada por el juez de grado. En la resolución, los jueces Cicciaro y Divito sostuvieron: “*Sin embargo, aun cuando el imputado no registra antecedentes condenatorios y no lucen pautas suficientes para tener por configurado el peligro de fuga, se verifican circunstancias objetivas que conducen a inferir el riesgo de entorpecimiento, que permiten mantener su*

²⁰ CCC, Sala V, “G. G., L. E. s/medida cautelar”, CCC 31392/2019/CA6-CA3, López, Pociello Argerich, rta.: 20 de mayo de 2021. El destacado me pertenece.

encierro cautelar, de conformidad con lo establecido en el artículo 319, del digesto ritual. En tal entendimiento, cabe avalar el razonamiento formulado en la instancia anterior al tiempo de dictarse la prisión preventiva, con base en la posibilidad de que A. A. ejecute actos en detrimento de R. M. O. y de su hermana en aras de lograr una mejor posición en la causa. (...) La situación descripta encuentra apoyo normativo en lo preceptuado en la Ley 27372 de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos, en cuanto a la necesidad de adoptar las medidas necesarias encaminadas a neutralizar cualquier peligro para ella y el niño (arts. 5, incisos "d" y "n"; 6, inciso "a"; y 8, incisos "b" y "e" y último párrafo). En ese contexto, cabe evocar que en la Oficina de Violencia Doméstica se entendió que se configuraba un alto riesgo para O. y el menor de edad”²¹.

Como se dijo, también existen normas en diversas provincias en esta dirección y es de destacar que, en prácticamente todos los casos -con excepción de uno-, se trata de modernos códigos procesales con marcado tinte acusatorio y adversarial.

Así, vemos que el Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut estipula que la prisión preventiva procede ante peligro de fuga, peligro de entorpecimiento o “circunstancias que permitan suponer fundadamente, que el imputado cometerá nuevos delitos” (art. 220, ley XV- nº 9, promulgada en BO el 1 de junio de 2010). En línea similar, el Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén estipula que la prisión preventiva procede ante peligro de fuga, peligro de entorpecimiento o el supuesto de “Que el imputado pueda poner en riesgo la integridad de la víctima o de su familia” (art. 114 CPP, texto según ley nº 3021).

Ya habíamos comentado, anteriormente, que el ordenamiento procesal de la Provincia de Mendoza -tomado como ejemplo por algunos legisladores favorables a la ley en comentario- tiene disposiciones similares: estipula la posibilidad de dictar la prisión preventiva ante peligro de fuga, de entorpecimiento o “peligro para la víctima o testigo”, caso en el cual aclara: “Se entenderá que la seguridad de la víctima o testigo se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existieren antecedentes o indicios pertinentes que permitiesen presumir que realizará atentados en contra de aquellos, o en contra de sus familias o de sus bienes” (art. 293, inc. 3, apartado “b”, texto según última modificación bajo leyes nº 9106, 9237 y 9387).

²¹ CCC, Sala VII, “A. A., R.”, CCC 38374/2021/1/CA1, Cicciaro, Divito, rta.: 13 de septiembre de 2021. El resaltado me pertenece.

En sentido similar, en San Luis la norma permite disponer la prisión preventiva ante riesgo de fuga, de entorpecimiento o “riesgo para integridad de la víctima o de su familia”, caso en el cual establece que, para decidir acerca de ello, “se debe tener en cuenta, entre otras pautas, la existencia de: a) Amenazas, atentados o hechos violentos realizados por el imputado en contra de la víctima o de su familia; b) Incumplimiento, por parte del imputado, de otras medidas cautelares no privativas de la libertad que se hayan ordenado en protección de la víctima” (art. 205, texto según ley VI-152-2021).

La norma procesal de la Provincia de Jujuy también habilita a disponer la detención del acusado en casos de riesgo de fuga o de entorpecimiento y, a continuación, estipula: “Se podrá ordenar la detención cuando la libertad del imputado constituya peligro objetivo para la víctima, la persona denunciante o los testigos” (art. 284, según ley nº 6259). El Código Procesal Penal de la Provincia de Misiones, por su parte, permite denegar la excarcelación ante peligro de fuga o de entorpecimiento y, posteriormente, agrega: “También puede denegarse la excarcelación al imputado para reducir el riesgo de la víctima, su familia y/o sus bienes cuando existen antecedentes calificados o comprobados que permitan presumir que el imputado puede llevar a cabo atentados contra aquellos” (art. 319 *in fine*, texto según ley XIV – nº 13, consolidado en 2019). Finalmente, podemos comprobar que la Provincia de Formosa habilita la denegatoria de excarcelación por la “peligrosidad” del imputado (art. 295, texto según ley nº 696 y sus reformas).

Ahora bien, más allá de que, como hemos señalado, ya existen normas procesales en nuestro país que habilitan a disponer medidas de coerción para evitar nuevos delitos sin que éstas hayan sido dejadas sin efecto mediante control de constitucionalidad, lo cierto es que lo mismo ocurre en los países que se constituyen en fuente de autoridad y referencia indiscutida para un estudio de Derecho Comparado en la materia, ya que habilitan expresamente las medidas de coerción -o específicamente la detención provisoria- para impedir la comisión de nuevos delitos.

En efecto, ello ocurre con países de extensa tradición de derecho continental (España²², Francia²³, Italia²⁴), pero también con naciones herederas de dicho sis-

²² Art. 503 apartado 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

²³ Art. 144 inc. 6 de Code de Procédure Pénal.

²⁴ Art. 274 inc. c de Codice di Procedura Penale.

tema en nuestro continente (Chile²⁵, Uruguay²⁶, Méjico²⁷), con sistemas jurídicos pertenecientes a la familia del *common law* (Reino Unido²⁸, Estados Unidos de América²⁹) e incluso con la República de Alemania³⁰, con su particular tradición jurídica y la notable influencia que ha ejercido en nuestro derecho.

Cabe aclarar que, los desafíos constitucionales que se han erigido contra estas normas han fracasado y los tribunales de casación, cortes supremas, tribunales constitucionales o tribunales regionales de derechos humanos que debieron resolver acerca de ello avalaron la validez de estas disposiciones. Se destacan, por su autoridad, el precedente "SALERNO" (1987) de la Corte Suprema de Estados Unidos de América -al que se hizo referencia anteriormente-, el fallo "MATZNETTER" (1969) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -y los que siguieron su doctrina, como GUZZARDI (1980), CLOOTH (1991) y HERCZEGFALVY (1992), entre otros- y la doctrina del Tribunal Constitucional Español (STC 128/95 y siguientes)³¹.

A su vez, en cuanto a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cabe aclarar que existen serios precedentes que avalan expresamente la imposición de la prisión preventiva para evitar nuevos delitos -se destacan los fallos "ABREGU"³² y "TODRES"³³-, sin que el Tribunal se haya apartado expresamente de esta doctrina en sus sentencias posteriores³⁴.

En definitiva, hemos mostrado en estas páginas que no sólo la finalidad de la norma -la mejor protección de la ciudadanía ante delitos violentos- se en-

²⁵ Arts. 139 y 140 del Código Procesal Penal.

²⁶ Arts. 224 y 227 del Código del Proceso Penal.

²⁷ Arts. 153 1º párrafo, 166 3º párrafo, 167 1º párrafo y 170 de Código Nacional de Procedimientos Penales.

²⁸ Arts. 2 inc. "b" y 9 de Sección I, Parte 1 de Bail Act (1976).

²⁹ Art. 3142 inc. "e", dentro de Título 18, Parte 2, Cap. 207 de US Code.

³⁰ Art. 112A de la Ordenanza Procesal Penal.

³¹ La investigación y exposición extensa de cada una de las disposiciones de cada uno de estos países y el estudio acerca de su inserción constitucional y recepción jurisprudencial exceden ampliamente el objeto de este comentario y serán abordados extensamente en mi tesis doctoral, que se encuentra en proceso de revisión y corrección.

³² *Fallos* 102:219, con remisión al pensamiento de Amancio Alcorta en favor de la prisión preventiva con una triple finalidad: impedir la fuga, garantizar la instrucción y evitar nuevos delitos. Esta doctrina era la clásica en la materia ya desde Francesco Carrara y Faustine Hélie, como demostraré ampliamente en mi tesis doctoral.

³³ *Fallos* 280:297.

³⁴ Ni siquiera lo consideró conveniente el Tribunal en el conocido fallo ÉRIKA NÁPOLI (*Fallos* 321:3630), pese a la vinculación directa con la temática y a pesar de que, en ese mismo precedente, sí decidió apartarse de su doctrina en favor de los delitos no excarcelables por su naturaleza (*Fallos* 254:288), a la que dejó sin efecto.

cuenta plenamente identificada con nuestro programa constitucional, sino que además el método escogido para propiciar dicha protección resulta conforme con los principios y garantías fundamentales, tal como ha sido entendido pacíficamente tanto por la jurisprudencia local como por el Derecho Comparado. Resulta de interés agregar que, esta cuestión, si bien se encuentra discutida en la doctrina local -como la mayoría de los asuntos en donde se conjugan derechos y garantías constitucionales-, tiene el apoyo intelectual de grandes juristas que, siguiendo las enseñanzas tradicionales de Francesco Carrara, Faustine Hélie y Amancio Alcorta, consideran legítima la imposición de medidas de coerción para evitar nuevos delitos. Es el caso de Alfredo Vélez Mariconde³⁵, Jorge Clariá Olmedo³⁶, Alejandro Carrió³⁷, Gregorio Badeni³⁸, Héctor Hernández³⁹, Guillermo Rafael Navarro y Roberto Raúl Daray⁴⁰, por citar sólo algunos ejemplos⁴¹.

V. Reflexión final

Ante la grave crisis de seguridad que padece nuestro país hace varios años, el Poder Legislativo de la Nación ha decidido otorgar a los jueces y fiscales una herramienta legal que permita proteger mejor a la ciudadanía ante la probabilidad de reiteración de delitos violentos. En el proceso de formación de esta ley, pudimos advertir el entrecruzamiento de diversas posturas en cuanto al *método* escogido para mejorar la protección de los ciudadanos, que conformaron un texto final que, indudablemente, adolece de algunos defectos de técnica legislativa, como habrá notado el lector.

³⁵ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, "La coerción personal del imputado" en *Cuadernos del Instituto de Derecho Procesal* nº 101, Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 1968, p. 13/41.

³⁶ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., "Constitucionalidad de las normas que prohíben o limitan la libertad del imputado" en *La Ley*, Buenos Aires, 5/8/74, nº 145, p. 1 y ss.

³⁷ CARRIÓN, Alejandro, "Excárcelaciones, presunción de inocencia, peligro de fuga y peligrosidad, ¿no es hora de mezclar y dar de nuevo?", *Revista de Derecho Procesal Penal*, Rubinzel-Culzoni, 2005, RC D 3357/2012.

³⁸ BADENI, Gregorio, "Presunción de inocencia, excarcelación y caución", *La Ley*, 01/3/06, p. 11- 12.

³⁹ HERNÁNDEZ, Héctor, *El garantismo abolicionista. Estudio sobre la 'Criminología crítica'*, Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, 2013, cap. 44: "El ataque a la prisión preventiva", p. 513 y ss.

⁴⁰ NAVARRO, Guillermo Rafael y DARAY, Roberto Raúl, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 544-549, 560-561, 579-597 y 608-616.

⁴¹ En mi tesis doctoral expondré extensamente acerca del pensamiento de cada uno de estos autores.

Es evidente que no es esta la primera vez que el Congreso de la Nación sanciona una norma susceptible de ser mejorada con la debida interpretación judicial. Nuestra tarea como juristas es, según el programa hermenéutico trazado por la Corte Suprema, interpretar estas normas de manera armónica, congruente con la Constitución Nacional y buscando armonizar su letra con su espíritu.

Este comentario pretende ser un aporte útil para esa tarea y brindar los fundamentos para evitar que las sentencias que se dicten interpretando esta nueva normativa puedan traer consigo graves consecuencias perjudiciales para la integridad y la vida de los ciudadanos. Es que, tal como nos enseña el Máximo Tribunal, los jueces no deben *"prescindir de las consecuencias que se derivan de los fallos, pues ello constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de su decisión"* (*Fallos*, 344:3156, entre muchos otros).

Esperamos que el progresivo proceso de implementación del sistema acusatorio en la jurisdicción federal de todo el territorio nacional, plenamente en curso, contribuya sustancialmente a la *celeridad* de los procesos judiciales, en beneficio de las víctimas, de los imputados y de toda la comunidad. Sin dudas, eso permitirá no solamente que se adopten medidas coercitivas que protejan mejor a la ciudadanía -respetando el derecho de defensa a través de una audiencia oral con la inmediatez que la caracteriza-, sino también que la función de prevención de nuevos delitos se cumpla con mayor eficacia a través de la ejecución de la pena, dictada por una sentencia firme que sea cada vez más cercana en el tiempo a los hechos que la motivaron.

Prófugos: rebeldía, captura y extradición

Juan Pablo Bello*

I. Introducción a la problemática

Para abordar de una forma integral la problemática y entender sus alcances considero necesario realizar una breve radiografía del proceso penal, desde su estado embrionario, a fin de poder ilustrar acabadamente todo lo que se ve truncado al momento de que el acusado decide sustraerse de la órbita del tribunal, evitando así su sometimiento a juicio y eventual condena.

En primer lugar, cabe clasificar y hacer la primera gran división de hechos delictivos: los que son formalmente denunciados (por sus víctimas, damnificados o denunciantes) y aquellos que no son puestos en conocimiento de las autoridades y, por lo tanto, permanecen desconocidos para la jurisdicción. Este fenómeno de número en negro de episodios delictivos queda claro que nunca obtendrá una respuesta judicial y menos aún sanción penal.

Ahora bien, en relación a aquellos hechos delictivos en los que algún interesado se tomó el trabajo de poner en conocimiento de las autoridades corresponde hacer otra gran distinción: los casos con autor desconocido o NN y aquellos en los que el imputado está debidamente identificado. Aquello, no resulta ser una cuestión menor, ya que no solo produce un trámite de actuaciones distinto, sino que además las probabilidades de que el autor sea sometido al proceso se reducen drásticamente en los supuestos del artículo 196 bis del Código Procesal Penal de la Nación, y proporcionalmente son demasiado escasos aque-

* Abogado (Universidad Católica Argentina), funcionario en el Fuero Nacional en lo Criminal y Correccional, Secretario y Auxiliar Fiscal a cargo de la Secretaría de Captura de Prófugos de la Unidad Fiscal Especializada en Investigación Criminal Compleja de la Procuración General de la Nación; Profesor Adjunto de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal (UCA) y Magister en Derecho Penal por la Universidad Austral.

llos casos en los que se logra identificar al autor en comparación con el gran caudal de NN que se registra por día.

Siguiendo este mismo orden de ideas, cabe considerar que durante la etapa de instrucción o de formalización de la acusación, identificado el autor o conocido desde su inicio, ésta puede finalizarse anticipadamente mediante un sobreseimiento. Son pocos los casos que consiguen ser elevados a juicio pasando por los grandes “cortes” del auto de mérito, la declaración indagatoria y la acusación fiscal.

Por último, todavía se tiene que contar con la presencia del imputado durante el debate. Sumado a ello, una vez finalizado, el escaso número de casos que alcanza esta etapa todavía tiene que transitar la tediosa y lenta vía recursiva hasta contar con sentencia definitiva y comenzar la ejecución de la pena.

En resumen, es muy bajo el número de casos que logran transitar todo el proceso hasta la sentencia definitiva y, además, para que así sea, el trámite de las actuaciones debe contar con un extenso y por demás minucioso trabajo de por lo menos: personal policial; un Fiscal y un Juez de primera instancia; un Fiscal General y tres Jueces de Cámara; un Fiscal de Juicio y tres Jueces de Tribunal Oral; un Fiscal de Casación y tres Jueces de Casación; y en algunos casos hasta el Procurador General de la Nación y la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Entonces, a pesar de la inmensa labor realizada por el estado, en la que logró tras muchos años de arduo trabajo dar una respuesta acorde a la víctima y la sociedad al accionar delictivo, en la escasa cantidad de casos en relación al gran caudal de delitos diarios, todo ello puede verse frustrado e interrumpido por la fuga del acusado. Al menos en la inmensa mayoría de casos que no se encuentran alcanzados por la reciente ley de juicio en ausencia.

Por lo tanto, la evasión del imputado de los alcances del Tribunal debe ser tratada con la gravedad que implica y exige una reacción íntegra por parte del poder punitivo y los organismos estatales para así lograr dar con el paradero del prófugo y someterlo a proceso.

II. Cambio de paradigma del sistema acusatorio

Es importante comprender que, en este momento nos encontramos frente a un cambio de modelo que conlleva un papel protagónico del Ministerio Público

Fiscal en el proceso penal. Consecuentemente, la cuestión de los prófugos y su sometimiento a proceso no resulta ajena a esta novedad.

Históricamente, el contumaz se sustraía de la jurisdicción, evitando así a los Jueces que pretendían sujetarlos al proceso en trámite y aplicarles el derecho sustantivo. Ahora, esto cambió. Es el Fiscal quien pretende promover e impulsar la acción penal y por lo tanto el prófugo, manteniéndose oculto, le impide al representante del Ministerio Público someterlo a proceso, llevarlo a juicio para conocer la verdad de lo sucedido y, en su caso, imponerle una pena.

En consecuencia, recae sobre la cabeza del Ministerio Público Fiscal agotar las vías y extremar los esfuerzos para lograr dar con el paradero de los imputados y llevarlos ante los estrados. Ya no alcanza con requerirle al Juez la comunicación de la orden de rebeldía y captura para esperar que las fuerzas de seguridad encuentren al requerido, sino que esto nos obliga a tener una participación proactiva y eficaz para así poder cumplir con los mandatos constitucionales.

Esto nos conduce a hacer foco en esta problemática, diagramando políticas y protocolos de actuación y montando estructuras eficaces que provean a los representantes del Ministerio Público de las herramientas para la búsqueda de prófugos.

Para ello, considero que resultaría necesario contar con una base de datos que permita entrecruzar información, diagramar estrategias y confeccionar estadísticas con el fin de lograr una mayor eficacia en la búsqueda de contumaces. No se debe soslayar que, hoy en día no contamos con datos ciertos ni números siquiera aproximados de la cantidad de imputados en causas penales que se encuentran prófugos, ya que los distintos registros administrados por el Poder Ejecutivo Nacional no permiten apreciar fehacientemente la dimensión del problema; sin mencionar el inconveniente que se genera debido a la falta de comunicación entre organismos que, sin realizar un eficaz entrecruzamiento de datos, dificultan la tarea de búsqueda.

De esta manera, el Fiscal del caso, frente a cada evadido, debe realizar de forma aislada un pormenorizado estudio de las particularidades y complejidades del caso y el requerido, para así poder encomendarla a la división policial que por territorio o modalidad delictiva resulte más idónea y mejor capacitada para dar con el paradero del prófugo.

III. Averiguación de Paradero y Captura

Nuestro ordenamiento normativo vigente prevé dos vías alternativas de las que se puede valer el Juez para que el acusado sea llevado ante los estrados: la citación (art. 282º del C.P.P.N.) o la detención (art. 283º del C.P.P.N.).

Consecuentemente, la opción de una o de la otra dependerá de la gravedad del delito que se le imputa, la posibilidad de condena de efectivo cumplimiento o declaración de reincidencia, el comportamiento previo del requerido y la existencia o no de indicadores de riesgos procesales.

Aquí es donde caemos en el primer problema de cara a la comparecencia del imputado: optamos por citar al acusado y darle la posibilidad de fugarse, provocando el estancamiento del proceso, u ordenar la detención del imputado socavando su derecho a transitar el proceso en libertad.

En la práctica, esta disyuntiva queda marcada a fuego desde el primer momento en que el acusado es requerido por el Tribunal. El Fiscal realiza su imputación formal solicitando que se le reciba declaración indagatoria a quien cree que se trata del autor del hecho delictivo traído a estudio. Allí es cuando el Juez deberá analizar las pautas objetivas y subjetivas que deben ser tenidas en cuenta para actuar conforme el artículo 283º del código de rito.

Lo cierto es que, ante el primer llamado a indagatoria, la prueba reunida para presumir la participación del imputado y su responsabilidad con el grado de sospecha requerido, en esa etapa, muchas veces, solo configura el inicio de las averiguaciones. Entonces, el Tribunal opta por la forma menos lesiva de los derechos individuales para hacer saber al requerido de la necesidad de su comparecencia.

¿Cuántas probabilidades hay de que el autor de un hecho delictivo, cuya pena en expectativa resulta ser considerable, ante la incertidumbre del llamado sin conocer el fondo de la cuestión, se presente voluntariamente a una dependencia judicial donde puede quedar finalmente detenido? ¿Nos encontramos frente a una máquina de rebeldías automatizada? ¿Resulta proporcionado detener a una persona que no ha sido fehacientemente notificada solo para garantizar la declaración indagatoria?

Esta cuestión desembarca y es analizada por los Tribunales de alzada diariamente, donde, a través de sus resoluciones, se pueden apreciar los distintos puntos de vista y posturas enfrentadas.

Recientemente, la Sala de Feria A de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional¹, por mayoría, confirmó la decisión del Juez de primera instancia en la que, frente a las citaciones infructuosas, la imposibilidad de obtener un domicilio alternativo, la gravedad de los hechos imputados y el incumplimiento de medidas cautelares, ordenó la captura de un imputado pese a no estar fehacientemente notificado de su convocatoria.

No se debe soslayar que, el caso en sí, presentaba suma gravedad ya que se trataba de un hecho en el que el requerido se encontraba imputado por haber ejercido sobre su grupo familiar violencia física, psicológica y sexual, desobedeciendo las órdenes de restricción que le habían sido impuestas. Aquello, sumado a que la damnificada, al momento de expedirse en los términos de la ley 27.372 hizo saber al Tribunal su deseo de que el pedido de captura continuara vigente.

Sin embargo, la disidencia permite entrever la postura opuesta que hace foco en que el desinterés del imputado de presentarse ante los estrados, requerido por la norma para ordenar una medida tan lesiva, queda demostrado luego de la incomparecencia tras una notificación personal y fehaciente de sus derechos y las consecuencias de la desobediencia.

En aquella oportunidad, la Jueza de Cámara señaló: “*En esa línea, tal como lo sostuve en otras oportunidades, los artículos 2 y 280, primer párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación, establecen que, previo a declararse la captura, debe notificárselo fehacientemente y procurarse su comparecencia por una vía menos lesiva, sin perjuicio de cualquier otra medida que se estime de utilidad a ese fin (causas nº 59699/2018 “Sosa”, del 05/08/20 y nº 59300/2018 “Ramacciato”, del 22/09/20, ambas de la Sala VI que naturalmente integro). Entonces si bien C. conoce de la formación del expediente y cuenta con las direcciones y teléfonos del juzgado interveniente y de la defensoría que lo asiste, no surge que de la notificación personal efectuada al formarse el legajo y disponerse las prohibiciones, que se le hayan impuesto las obligaciones que acarrea un proceso penal, particularmente las consecuencias frente al incumplimiento y la sanción prevista en el artículo 288 del catálogo procesal (ver Sala de Feria B (V), causa 66371/2022/CA1 “Xiaolun W.” rta. el 12/01/24 y Sala I, causa nº 40528/2021/CA1, “Nieva, G. S.” rta. el 29/06/22).*”

¹ Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala A, “C., F. s/ orden de captura”, CCC 40032/24, 06/01/2025.

Para concluir, destacó que “*Tampoco se puede soslayar que su defensa oficial al recurrir aseguró que no tenía conocimiento de su citación para prestar declaración indagatoria, por lo que no puede sostenerse que voluntaria e injustificadamente incumplió con su obligación de presentarse pues no hay constancia de que haya recibido en forma personal la citación cursada. De esta manera, en función de lo establecido en los articulados referenciados ut supra, debe intentarse una notificación fehaciente y procurar su comparecencia por una vía menos lesiva, sin perjuicio de cualquier otra medida de utilidad a ese fin.*”

Este fallo deja a las claras luces las dos posturas que colisionan frente a una decisión jurisdiccional tan importante e invita a reflexionar sobre las exigencias y formalidades que prevé el artículo 282º del código de rito.

Ahora bien, distinto panorama nos encontramos frente a los requisitos formales de la orden de detención, siempre y cuando haya motivo de recibirle al imputado declaración indagatoria. El artículo 283º del C.P.P.N. le otorga la facultad al Juez de poder ordenar la comparecencia del requerido, a través de una captura encomendada a las fuerzas de seguridad, en los casos en los que se verifiquen la gravedad del hecho y la existencia de riesgos procesales, siempre y cuando haya motivo bastante para sospechar que esa persona participó de un hecho delictivo.

Sobre esto, D'Albora señala: “*Su carácter decididamente cautelar está respaldado por el párrafo final del art. 18, CN, al establecer que “(l)as cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija hará responsable al juez que la autorice”. De esta misma disposición fluye que, cuando exista la “seguridad” de que el proceso se desarrollará normalmente, la detención deberá cesar, pues el imputado adquirirá el derecho a ser excarcelado (no obstante la redacción del primer párrafo del art. 317, en el que se lee “podrá”). Configura un abuso prolongar la detención a la espera de elementos de juicio que autoricen el dictado de la prisión preventiva si no se avizora dicha posibilidad como realizable dentro de un razonable lapso (CCC, Fallos t. I, p. 307)*”².

Esta detención debe ser ordenada de manera excepcional y conlleva que, en un plazo de máximo de 48 horas, se le haga saber al aprehendido del hecho que se le imputa y la prueba reunida en su conta (audiencia prevista en el artí-

² D'ALBORA, Francisco José, *Código Procesal Penal. Anotado, comentado y concordado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 9º ed., 2da. reimpresión, 2013, p. 494.

culo 294º del C.P.P.N.). Aquello, asimismo, abre un nuevo panorama; no solo la posibilidad de refutar la prueba recolectada y proponer la que estime pertinente para demostrar su inocencia, sino de contrarrestar y atacar los argumentos que llevaron al Juez a privarlo de su libertad. Decisión que, a pedido del interesado o no, se deberá confirmar o dejar sin efecto al momento de expedirse en cuanto a la procedencia de la prisión preventiva en el auto de mérito, cuyo plazo de diez días empiezan a correr luego de la audiencia.

En conclusión, frente a las distintas consecuencias que acarrean ambas vías entiendo que corresponde, al momento de evaluar la necesidad de solicitar o disponer una orden de captura para así garantizar la comparecencia del acusado a un acto procesal, analizar y tener en cuenta todas las particularidades del caso y no realizar una interpretación rígida de la norma. Para cada caso se debería realizar un razonable contra peso entre los riesgos y las características particulares para así lograr una decisión proporcionada que garantice el normal desarrollo del proceso y proteja los derechos de los imputados.

IV. Rebeldía

La rebeldía tal y como la conocemos la encontramos regulada en los artículos 289º del Código Procesal Penal de la Nación y 69º del Código Procesal Penal Federal, y según así se establece: *será declarado rebelde el imputado que sin grave y legítimo impedimento no compareciere a la citación judicial, o se fugare del establecimiento o lugar en que se hallare detenido, o se ausentare, sin licencia del tribunal, del lugar asignado para su residencia.*

Es decir, esta declaración demanda una acción evasiva demostrada por el acusado, el cual estando en pleno conocimiento de sus obligaciones opta por no presentarse al llamamiento jurisdiccional o directamente fugarse del lugar donde se encontraba a disposición del Juez. Por lo tanto, se requiere que el acusado actúe con conocimiento y voluntad de sustraerse de la justicia.

Otra de las novedades que nos brinda el sistema acusatorio, consignada en el segundo párrafo del artículo 69º del C.P.P.F. resulta ser que, en consonancia con el protagonismo del Ministerio Público Fiscal y la importancia de su impulso, la declaración de rebeldía y la orden de detención del imputado podrán ser dispuestas solo a solicitud del Fiscal.

Cuestión novedosa si se quiere en los requisitos clásicos del instituto, pero que no resulta ajena al sistema que está implementado paulatinamente en todo el territorio nacional, que congruentemente exige que el representante del Ministerio Público impulse todas aquellas medidas probatorias, cautelares y actos procesales al Juez que, cumpliendo un rol de garante del proceso, deberá hacer lugar o no.

¿Qué pasaría si el requerido, al ver al personal policial que se le acerca con un papel en la mano se aleja corriendo antes de que el funcionario lograra leerle sus derechos y obligaciones y mucho menos conseguir su firma? ¿Pesaría la fehaciente notificación por sobre la flagrante actitud de evadir la justicia?

Bajo este supuesto, lo cierto es que no tendríamos la constancia rubricada por el interesado de que estuviera en pleno conocimiento de su convocatoria y la consecuencia que acarrearía su incumplimiento. Entonces, ¿se encuentran reunidos los requisitos del artículo 288 del C.P.P.N.?

Para que se configuren los requisitos de la norma, el citado debe haber demostrado una actitud evasiva, ya sea desobedeciendo las obligaciones impuestas o evitando ser contactado con el claro fin de no tener contacto alguno con la justicia, conozca o no el proceso en su contra.

Ahora sí, todos los esfuerzos de las fuerzas de seguridad que previnieron y de la Fiscalía que reunió la prueba para llevar ante el Juez una acusación sólida contra una persona se ven frustrados frente a la paralización y estancamiento del proceso que consecuentemente se produce a raíz de la contumacia.

Si bien el legislador optó por dirigir la redacción del artículo 290º desde un punto de vista positivo en el que expresamente se señala que, a pesar de la fuga, no se suspenderá la investigación ni las resoluciones hasta la elevación a juicio (o hasta la presentación de la acusación en el caso del código acusatorio) lo cierto es que los actos medulares del proceso penal que exigen la presencia del imputado se ven imposibilitados de realizarse, por lo tanto la causa cae en un estancamiento que solo se podrá sobreponer una vez el requerido sea habido.

Un problema aun mayor se nos presentaba cuando la fuga del imputado se producía durante el desarrollo del debate, cuyos plazos para la continuación con las audiencias no puede superar un máximo de diez días o treinta días de modo sumamente excepcional. La consecuencia del incumplimiento no resultaba ser otra que la interrupción del debate oral y público, la declaración de nulidad de las audiencias practicadas hasta ese momento y la realización de un nuevo juicio³.

³ Artículo 365 del Código Procesal Penal de la Nación.

Sin embargo, el legislador contempló y se anticipó al supuesto en que la interrupción del debate se produjera a instancias de la fuga del imputado, razón por la cual en el artículo 367º del código de rito prevé una postergación extraordinaria que, si bien no especifica plazo, lo cierto es que buena parte de la doctrina⁴ coincide en que los plazos deben entenderse en sintonía a los previstos en el artículo 365º.

Puntualmente, en su código comentado D'Albora explica que: “*Si se produce la fuga, la situación del imputado encuadra en el art. 288. La suspensión del proceso opera, si son varios los imputados, exclusivamente para con él. Como se desconoce el tiempo que puede durar su rebeldía, es correcto comenzar por la suspensión del debate. Si se rebasa el plazo previsto por el art. 365, corresponderá llevarlo a cabo nuevamente.*”⁵

Sin embargo, la interpretación estricta de la norma da cuenta de que el legislador eligió no imponer un plazo, por lo que cada caso deberá ser atendido de forma particular y evaluando las circunstancias especiales que lo rodean.

¿Es lógico reanudar un juicio que estuvo suspendido por 31 días debido a la fuga del imputado, sometiendo a los damnificados a una revictimización?

La continuidad del juicio, tal y como la tenemos regulada, tiene como finalidad que los Jueces y las partes puedan recordar y retener todo lo practicado en audiencia, y que el paso del tiempo no perjudique sus decisiones o el derecho a defensa. La sucesión de audiencias sin interrupciones es la mejor manera de garantizar un completo ejercicio de la defensa y evita que la memoria de los jueces afecte sus resoluciones.

Ahora bien, actualmente, las audiencias de juicio son registradas en formato de audio y video para que justamente los jueces y las partes puedan disipar cualquier tipo de duda, todo lo cual permite aplicar plazos extraordinarios más allá de los contemplados para las otras situaciones especiales.

Sin perjuicio de ello, ya sea en el caso de la contumacia en instrucción estancando el trámite de la causa o una vez iniciado el debate provocando su anulación y repetición, esta situación crítica debe ser atendida y neutralizada de una forma rápida y eficaz para así garantizar el servicio de justicia y poder dar una respuesta final a las víctimas.

⁴ NAVARRO, Guillermo Rafael, et al., *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2^a ed. actualizada y ampliada, tomo 2, 2006, p. 1080.

⁵ D'ALBORA, Francisco José, ob. cit., p. 687.

Alrededor de los años 90 los Jueces a cargo de los Juzgado Criminales o Correccionales enviaban la notificación al Registro Nacional de Reincidencia, para avisar que un imputado se encontraba prófugo, con un título que no deja de llamar la atención “*testimonio de auto de rebeldía y paralización de causa*”.

El título, por sí solo, ya es por demás desalentador. Paralización de la causa ¿hasta cuándo? La respuesta no dejaba de ser otra que: hasta que accidentalmente el requerido vuelva a chocarse con el sistema judicial (es decir, cometer un nuevo delito) o que transcurriera el tiempo necesario para desvincularlo por prescripción de la acción (sobreseimiento por inacción del sistema).

Sin embargo, aquella tendencia cambió a lo largo de los años a partir de un rol más activo del Ministerio Público Fiscal en la búsqueda de evadidos, la aparición de dependencias policiales específicas a tal fin y la incorporación de la tecnología y entrecruce de datos que nos brinda la era digital.

¿Cómo es posible encontrar a una persona de la que no tenemos ni una fotografía? Previo a la era digital, las posibilidades de dar con los contumaces que no eran públicamente conocidos eran escasas y la tarea resultaba por demás complicada; en la que la mayor probabilidad de éxito recaía en los controles policiales, siempre y cuando la captura estuviera debidamente notificada y cargada con los datos personales correctos.

Hoy en día, la digitalización de los registros, sumado al exceso de datos personales e imágenes que el ciudadano aporta voluntariamente tanto a los organismos estatales como así, también, a empresas privadas, ya sea obligado o para obtener servicios y beneficios, permiten a los investigadores contar con todas las herramientas para llevar a cabo una búsqueda compleja y efectiva.

Los fiscales y los jueces pasaron de poner trampas para que eventualmente tropiece el evadido a salir a buscarlos y capturarlos.

Antiguamente, aunque al día de hoy sigue dando resultados, las jornadas electorales significaban un momento crucial en la búsqueda de evadidos, ya que una gran cantidad de la población pasaba por los controles de las autoridades detectando a aquellos que estaban siendo requeridos en los estrados.

Para tomar conciencia, dada la cantidad de información que a lo largo de estos años los ciudadanos depositaron en las distintas oficinas gubernamentales, financieras y prestadoras de servicios, realizar un eficaz y ágil entrecruce de información al menos entre los distintos organismos estatales le impediría al consumaz desarrollar aspectos básicos de la vida social sin ser encontrado.

No obstante ello, y teniendo en cuenta las herramientas y recursos con lo que cuenta el sistema judicial para dar con el paradero de los evadidos, son muchos los evadidos que, a pesar de los esfuerzos realizados por los equipos de trabajo conformados por Jueces, Fiscales y fuerzas de seguridad, se mantienen ocultos evitando así ser sometidos a proceso o cumplir sus condenas.

V. Rebeldía y prescripción

Estos supuestos nos llevan inexorablemente a tener la discusión que nos debemos en el ámbito legislativo y judicial, que se centra sobre la cuestión que rodea a la fuga y evasión del imputado con el paso del tiempo y la amenaza latente de la prescripción de la acción penal.

A modo de introducción de la temática, creo que resulta conveniente, primero, analizar los distintos fundamentos que nos trae Ricardo Núñez sobre la prescripción. En primer lugar, señaló que “*Científicamente, la prescripción se funda en la destrucción por el transcurso del tiempo de los efectos morales del delito en la sociedad: extingue la alarma moral del delito y la correlativa exigencia de la sociedad de que se lo reprema*”⁶. Asimismo, indicó que el paso del tiempo implicaba una presunción de enmienda del imputado frente a la sociedad.

Sin embargo, el doctrinario explicó que, ya que en sus orígenes la norma no contemplaba causa alguna de interrupción de la prescripción de la acción, la ley 11.221 de Fe de Erratas admitió la comisión de un nuevo delito como causal de interrupción, ya que este nuevo hecho delictivo renovaba el recuerdo social del delito anterior y echaba por tierra la presunción de enmienda del imputado⁷.

Luego se introdujeron las que se denominaron “secuelas del juicio” como causa interruptora. Aquello atiende a la voluntad persecutoria de los organismos públicos o del particular, encargados de la continuidad del juicio penal. Este factor resulta completamente extraño al fundamento científico y se encuentra motivado por el interés estatal sobre el desarrollo del proceso⁸.

⁶ NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Lerner, 1^a ed., 1973, p. 244.

⁷ Ibidem, p. 245.

⁸ Ibidem, p. 245.

Dicho esto, ¿el imputado que huye de la justicia, enmienda su actitud contraria a derecho y de respeto por las normas sociales de conducta? ¿El Estado carece de interés de someter a un imputado a proceso cuando realiza esfuerzos infructuosos para dar con el paradero del evadido? ¿Puede beneficiarse de la norma una persona que actúa voluntariamente en contra de ella?

Ineludiblemente, estas consideraciones exigen que, como sociedad, pongamos sobre la mesa de discusión si resulta ajustado a derecho que una persona que se sustraer libremente del proceso pueda gozar del beneficio de la prescripción de la acción penal y así conseguir su impunidad.

No cabe dudas de que uno de los episodios más oscuros de la historia criminal argentina le pertenece a un clan familiar de la zona norte de la provincia de Buenos Aires, que, de manera organizada, llevaban a cabo secuestros extorsivos y, luego de recibir el pago del rescate, asesinaban a sus víctimas.

Como todos sabemos, los miembros de la organización fueron detenidos al momento que intentaban cobrar un rescate y fueron sometidos a proceso penal por sus hechos delictivos. Ahora bien, durante la etapa de debate oral uno de los miembros fue excarcelado e inmediatamente se dio a la fuga evitando su juicio.

Los imputados restantes -padre y hermano del evadido- fueron condenados por sus hechos. Sin embargo, el prófugo se mantuvo oculto durante más de una década y un día se acercó libremente al Juzgado con su documento de identidad en mano y solicitó el sobreseimiento por prescripción de la acción penal. Consecuentemente, fue definitivamente desvinculado del proceso por el paso del tiempo y consiguió lo que buscó al huir: la impunidad.

Esto está contemplado por la norma. Ahora, ¿es justo? ¿Por qué va a tener un trato distinto y un beneficio aquel que evadió la justicia?

Recientemente, el honorable congreso de la Nación aprobó la ley que contempla y regula el juicio en ausencia para aquellos procesos penales cuya prevención, investigación o sanción sea objeto esté contemplado en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (artículos 6°, 7°, 8° y 8° bis), aprobado por ley 25.390 e implementado por ley 26.200, y de alguno de los instrumentos aplicables conforme el artículo 2° de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, aprobada por ley 26.023.

La sanción de esta ley, modificatoria de los códigos Penal y el Procesal Penal de la Nación, se centró sobre el principio fundamental de que la contumacia y

evasión del imputado no debería conllevar a la impunidad del hecho delictivo, priorizando por encima de todo el derecho de las víctimas.

Recae sobre el estado la responsabilidad de dar una respuesta a la víctima y la sociedad frente a los hechos delictivos que constantemente alteran la convivencia social.

Ahora bien, en un estado de derecho el poder punitivo del estado no puede ser ilimitado, por lo que contamos en nuestro ordenamiento normativo con causales de prescripción de la acción que le proporcionan al ciudadano la garantía de no quedar indefinidamente con la incertidumbre de ser sometido a proceso. Consecuentemente, el paso del tiempo resulta ser una de las principales causales de prescripción de la acción. Pero aquello tampoco resulta absoluto y admite excepciones que interrumpen y suspenden el plazo.

Sancionada la ley 25.990, se incluyeron en la norma las llamadas “secuelas del juicio” que taxativamente delimitaban que actos procesales conllevaban a la interrupción del plazo de prescripción a lo largo del proceso.

Aquí es cuando se considera que el legislador olvidó mencionar un acto procesal trascendental que no solo interrumpe el proceso y produce su estancamiento, sino que se produce a partir de una deliberada intención del acusado de evadir el accionar de la justicia y el cumplimiento de la pena: la rebeldía.

Para así declarar al imputado, el Juez debe tener por cierto que éste, sin grave y legítimo impedimento, no compareció a la citación judicial, o se fugó del establecimiento o lugar de detención, o se ausentó sin permiso del lugar asignado para su residencia.

Entonces, la declaración conlleva conocimiento y voluntad por parte del requerido de evadir los tribunales o evitar el cumplimiento de la pena. Esto no puede quedar desatendido y tampoco generar una recompensa que no es otra que la impunidad.

En ese orden de ideas, ninguna persona puede beneficiarse de un hecho ilícito o una acción que constituya un verdadero abuso del derecho. Precisamente, el Código Civil y Comercial, en su artículo 10º, aclara que la ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho, procurando evitar que actos que de por sí no son ilícitos generen situaciones jurídicas injustas. Expresamente, define a estos actos como “*el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*”⁹.

⁹ Artículo 10º del Código Civil y Comercial de la Nación.

Ahora bien, para entender la dimensión de la contradicción con la que nos encontramos, según los alcances de esta norma, el Juez debería ordenar lo necesario para evitar efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior.

Entonces, carece de sentido alguno otorgarle un beneficio o que obtenga una situación jurídica favorable, no de un acto lícito abusivo, sino de un acto voluntario contrario a derecho y que de por sí ya contrae otras consecuencias.

El paso del tiempo, como garantía del imputado de no ser sometido a proceso indefinidamente debido a falencias del estado, corresponde ser analizada en cada caso puntual. Para ello, se deberían tener en cuenta los esfuerzos realizados tanto por los organismos estatales para dar con el acusado, como así también los llevados a cabo por el contumaz para evadir el accionar de la justicia.

No falla en su misión el estado que se ve impedido de someter a su jurisdicción o al cumplimiento de la pena a un acusado que, con el claro fin de evadir la justicia, huye del país refugiándose en otro, el cual no tiene convenio de extradición y no presta colaboración en el plano internacional para la entrega de requeridos.

Esto no debería quedar desatendido. Bajo este supuesto, prófugo en el extranjero, simplemente esperaría a que opere el plazo de caducidad de la acción para luego retornar al país y a su vida cotidiana, habiendo evitado cumplir la pena que le fuera impuesta. No hay fundamento alguno para sostener la prescripción que resulte lógico en situaciones como esa.

La contumacia implica la paralización del trámite del expediente y, por lo tanto, también debería interrumpir el plazo de prescripción; y para el caso de que el imputado se mantenga evadido, este debería suspenderse.

Otra cuestión no menor resulta ser la contradicción que presenta esta situación frente al principio general de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 16º de la Constitución Nacional Argentina.

Es inadmisible que un imputado pueda sacar una ventaja procesal de un acto ilícito y así obtener un trato desigual ante la ley hasta de sus propios consortes de causa.

En cuanto a ello, cabe señalar también la doctrina emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que a lo largo de sus años y en los distintos fallos ha mantenido incólume su postura de que el prófugo no puede tener diálogo con el tribunal mientras se mantenga evadido. En ese mismo sentido, el Máximo

Tribunal es determinante al señalar que quien se sustraer voluntariamente del proceso penal y se encuentra en situación de rebeldía no puede acceder a recursos ni presentar peticiones y esperar que resuelvan a su favor (Fallo 306:866 y 310:2093 entre muchos otros).

A lo largo de sus pronunciamientos, el Máximo Tribunal señaló que: “[...] *el procesado se encuentra prófugo, circunstancia que, con arreglo a la jurisprudencia de la Corte, obsta a la procedencia de la queja, pues quien voluntariamente se substraer a la jurisdicción de los jueces en la causa criminal que se le sigue, carece de derecho para invocar la protección de garantías que con su conducta discrecional ha desconocido (causa “Resnicoff, Alejandro Horacio s/causa nº 66” resuelta en la fecha)*”¹⁰.

Esto deja a las claras luces que la justicia no puede ser manipulada por la conducta del prófugo y que permitirle al contumaz realizar peticiones y obtener beneficios generaría una desigualdad ante la ley y favorecería a la impunidad.

VI. La vía recursiva

Si bien la declaración de rebeldía no resulta ser una resolución expresamente declarada como apelable, lo cierto es que, para la mayor parte de la doctrina, un pronunciamiento de estas características causa un gravamen irreparable, por lo que torna procedente al recurso.

El gravamen irreparable se configura a través de una resolución o decisión judicial que produce un daño o perjuicio, puntual y definitivo, al afectado, que además resulta imposible de ser reparado ulteriormente durante el proceso. En ese sentido, D’Albora destaca: “*El gravamen irreparable se produce cuando no es susceptible de obviarse durante el trámite del proceso ni en la sentencia definitiva, de suerte que puede frustrarse el ejercicio de derechos procesales; por ejemplo, la autorización de actos civiles imposergables por quien soporta incomunicación (art. 205, último párrafo; por su naturaleza, el caso no se encuentra alcanzado por la limitación del art. 199 ya que ésta comprende sólo a las diligencias probatorias). La CS comprende en este ámbito a las decisiones que privan al interesado de utilizar, con eficacia, remedios legales posteriores para obtener la tutela de sus*

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*Recurso de hecho deducido por Raúl Silvio Vivas en causa Vivas, Raúl Silvio y otros s/contrabando*”, Fallo 306:866, del 24 de julio de 1984, votos de los Ministros Carrión, Severo Caballero, Belluscio y Fayt (en disidencia).

derechos (folios 300:642; 306:1778; 307:549 y 1132; 308:1631; 312:772). La irreparabilidad del agravio es cuestión de hecho en cada caso concreto e imposible de quedar atrapada, aun en forma casuística, por una norma procesal (CNPE, sala B, LL del 30/06/1998, f. 97.417)“¹¹.

Entonces, resulta importante remarcar las consecuencias jurídicas que sufre un imputado, tanto en el trámite de la causa como así, también, en los demás procesos que transita y los posibles futuros, al momento de ser declarado rebelde.

Para empezar, la declaración de rebeldía, tal y como la regula nuestra normativa vigente, debe ser declarada en conjunto con una orden de captura para que el requerido sea puesto a derecho y trasladado hasta los estrados.

Por otro lado, la declaración de rebeldía (contemplada en el artículo 291º del C.P.P.N.) implica la revocatoria de la excarcelación y el pago de las costas causadas por el incidente. Asimismo, no se debe soslayar que este tipo de declaración, ya sea en el proceso en trámite o en otros, va a ser tenida en cuenta como indicador de riesgo procesal de fuga al momento de tomar una decisión acerca de la imposición o no de una medida cautelar a fin de someter a un imputado a proceso.

En cuanto a ello, cabe señalar que, si bien la declaración de rebeldía no estaba expresamente contemplada en los requisitos plasmados en el artículo 319º del Código Procesal Penal de la Nación, lo cierto es que una interpretación amplia de la norma llevaba a evaluar este antecedente como indicador que permitía presumir fundadamente que el acusado intentaría evadir la acción de la justicia y sustraerse del proceso.

Sin embargo, luego de diversas interpretaciones y la consagración del fallo Díaz Bessone¹² como eje ineludible de la temática, el legislador optó por realizar en el Código Procesal Penal Federal un claro y preciso detalle de los indicadores de riesgos procesales que el Juez debe tener en cuenta al momento de considerar que existe un peligro real de fuga o de entorpecimiento de la investigación.

Puntualmente, fue incorporado como pauta para tener en cuenta al momento de decidir acerca del peligro de fuga: “*El comportamiento del imputado durante el procedimiento en cuestión, otro anterior o que se encuentre en trámite; en particular, si incurrió en rebeldía o si ocultó o proporcionó falsa información*

¹¹ D'ALBORA, Francisco José, ob. cit., p. 841-842.

¹² Cámara de Casación Penal, R.G.D.B. s/ *recurso de inaplicabilidad de ley*, 30/10/2008, Acuerdo plenario 1/2008.

sobre su identidad o domicilio, en la medida en que cualquiera de estas circunstancias permitan presumir que no se someterá a la persecución penal”¹³.

Esto catapulta directamente las consecuencias de la declaración de rebeldía en todos los procesos penales que transita un imputado y que puede llevar a sufrir en el futuro. Por lo tanto, no cabe lugar a duda que este estado procesal al imputado le genera un claro y puntual perjuicio de cara a su futuro en ese y en otros expedientes.

Por el otro lado, la no declaración de rebeldía también puede ser recurrida por la querella o el representante del Ministerio Público Fiscal, ya que, a su vez, también se ve perjudicado por la decisión de que, a pesar de haber sido notificado personalmente de sus obligaciones, el acusado siga siendo convocado mediante notificaciones o edictos que desatiende, dado que su incomparecencia le genera una paralización del expediente.

Así lo indica Francisco D’Albora en su código comentado: “La CCC, sala IV, señala que causa gravamen irreparable al fiscal el auto que dispone la averiguación de paradero y posterior comparendo del imputado frente a las reiteradas notificaciones personales y por edictos para que preste declaración indagatoria”¹⁴.

Para ello, no debe soslayarse que el incumplimiento reiterado de las obligaciones notificadas o puestas en conocimiento del imputado producen un efecto paralizante al proceso. Entonces, el no dictado de una medida de coerción que implique el traslado por la fuerza pública y/o la detención genera en el Ministerio Público Fiscal un perjuicio que le impediría sortear en el futuro y conllevaría a su estancamiento.

VII. Extradición

Todos coincidirían en que la extradición se trata del mecanismo que representa la máxima expresión de cooperación internacional en materia penal entre Estados, con el objetivo final de someter a los imputados a las penas impuestas y presentar ante los tribunales a los requeridos cuya presencia se exige en virtud de un proceso judicial.

¹³ Artículo 221º, punto “c”, del Código Procesal Penal Federal.

¹⁴ D’ALBORA, Francisco José, ob. cit., p. 842.

En su obra de Derecho Penal Argentino, el destacado Sebastián Soler elige citar al jurista español Eugenio Cuello Calón definiendo a la extradición como “*el acto por el cual un Estado entrega un individuo a otro Estado que lo reclama, a objeto de someterlo a un juicio penal o a la ejecución de una pena*”¹⁵.

Por su parte, Ricardo Núñez agrega que el instituto se funda en la preservación de las soberanías en juego y el auxilio internacional que los estados deben prestarse a ese efecto¹⁶.

Coincide con ellos el Dr. José Dibur, quien hace hincapié en que el fundamento de la extradición reside en el interés que los distintos estados tienen en que reine un orden social internacional y que la justicia penal surta sus efectos en todos los pueblos civilizados;¹⁷ y que se sustenta en la utilidad que implica a los diversos estados una asistencia jurídica que permite actuar en la lucha contra el delito, ofreciendo la posibilidad del ejercicio de su represión¹⁸.

Asimismo, destaca a la solidaridad y el entendimiento en la comunidad internacional como las bases que hacen posible a la asistencia mutua que rige entre procedimiento de entrega y recepción de requeridos¹⁹. Aquellos principios resultan ser las bases fundamentales de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969²⁰.

Desde el plano formal o procesal, “*los tribunales de una nación, dentro del campo de su propia organización judicial y sin perjuicio de sus leyes internas, proyectan su actividad en un doble sentido: aceptan la participación de los órganos jurisdiccionales de otros Estados; o requieren o excitan esa participación cuando lo estiman conveniente a los fines del proceso penal instaurado en su propia jurisdicción*”²¹.

En ese sentido, se diferencia la extradición *activa*, relacionada al estado que requiere a la persona, de la *pasiva*, haciendo referencia a aquel que lo tiene y lo entrega.

¹⁵ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, quinta edición, Buenos Aires, TEA, 1987, p. 235.

¹⁶ Conf. NÚÑEZ Ricardo, *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, Lerner, 1ra. edición, 1973, p. 97.

¹⁷ DIBUR, José N., et al., *Extradición*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2006, p. 25.

¹⁸ Ibidem, p. 28.

¹⁹ Conf. DIBUR, José N. y DELUCA, Santiago, *Extradición*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2006, p. 24.

²⁰ Ley N° 19865 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

²¹ DIBUR, José N., ibidem, p. 25.

Las condiciones, siempre y cuando un tratado no lo establezca de otra manera, resultan ser la existencia de determinadas relaciones entre los estados; la calidad del hecho y su punibilidad; y la calidad de la persona reclamada.²²

En términos generales, cabe señalar que, en nuestro país se sancionó el 18 de diciembre de 1996 la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, cuyo artículo primero indica que: “*La República Argentina prestará a cualquier Estado que lo requiera la más amplia ayuda relacionada con la investigación, el juzgamiento y la punición de delitos que correspondan a la jurisdicción de aquél. Las autoridades que intervengan actuarán con la mayor diligencia para que la tramitación se cumpla con una prontitud que no desnaturalice la ayuda.*”²³ Mientras que su artículo segundo deja en claro que: “*Si existiera un tratado entre el Estado requirente y la República Argentina, sus normas regirán el trámite de la ayuda. Sin perjuicio de ello, las normas de la presente ley servirán para interpretar el texto de los tratados. En todo lo que no disponga en especial el tratado, se aplicará la presente ley.*”²⁴

Es decir, contamos con una ley general de cooperación internacional en materia penal que rige en todos los casos en lo que no se cuente con un tratado o acuerdo previo con el Estado requirente o requerido. Sin embargo, cabe resaltar que a lo largo de nuestra historia se celebraron diversos acuerdos que, en cada caso particular, dan marco jurídico y procesal al instituto.

Ahora bien, lo cierto es que los distintos estados soberanos, con o sin tratados de cooperación internacional, cuentan con plazos y trámites desiguales para cumplir con un requerimiento externo. La demora en el trámite extraditatorio en la jurisdicción extranjera no debería perjudicar el accionar de la justicia local que, una vez más, y en este caso llevándolo hasta las últimas consecuencias, demuestra la clara intención de continuar con el proceso o someterlo a una pena.

Durante estas últimas dos décadas, fueron al menos dos los proyectos de modificación integral del Código Penal de la Nación. El primero impulsado por el entonces Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Dr. Horacio Daniel Rosatti, en el año 2004, y el segundo en el año 2017, a través de una comisión presidida por el Dr. Mariano Borinsky, en los que no solo incluían como causal de interrupción de la prescripción la declaración de rebeldía -ya tratada

²² SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo I, quinta edición, Buenos Aires, TEA, 1987, p. 236.

²³ Ley 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal.

²⁴ Ley 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal.

en este trabajo- sino que, también, incluyeron a la solicitud de extradición como acto interruptivo del plazo de caducidad.

Insisto, no puede considerarse que el Estado incumple su misión cuando se ve impedido de someter a su jurisdicción o al cumplimiento de la pena a un acusado que, con el claro fin de evadir la justicia, realiza grandes esfuerzos por mantenerse oculto o huye del país refugiándose en otro -con o sin tratado de extradición- dilatando excesivamente el trámite de su causa o evitando el mayor tiempo posible el cumplimiento de su condena.

En estos supuestos, no se diluye el interés estatal de someter a proceso a los imputados o hacer cumplir sus penas a aquellos condenados; y, por lo tanto, tratándose de un inequívoco acto positivo frente a los esfuerzos evasivos de los justiciables, la solicitud de extradición debería interrumpir el plazo de prescripción, ya que los trámites y procesos de gobiernos extranjeros no deberían coadyuvar a que los actos criminales queden impunes.

VIII. Conclusión

A modo de cierre, la ley vigente provee a los magistrados de las herramientas idóneas para lograr, de la forma más efectiva y proporcionada, la comparecencia y la sujeción de los imputados a proceso. Éstas deben ser utilizadas de forma responsable y teniendo en cuenta las características particulares de cada caso e individuo que se pretende convocar y sujetar a proceso.

Con el sistema acusatorio asomándose en el horizonte, recae sobre los representantes del Ministerio Público Fiscal la responsabilidad de analizar la posibilidad de requerir a la jurisdicción la medida de sujeción y comparecencia que permita, en cada caso, el normal desarrollo del proceso.

Asimismo, son los Fiscales quienes -de aquí en más- tienen exclusivamente la responsabilidad de dar con el paradero de los contumaces y así lograr que sean llevados ante el Juez para poder, de ese modo, impulsar la acción penal y concluir los procesos penales, dándole a la sociedad, la víctima y el acusado una respuesta institucional acorde.

Inexorablemente, para poder dar con los evadidos de una manera eficaz y sumaria, el estado debe mantener un fluido entrecruce de datos entre los distintos organismos estatales y servicios privados. Solo de esta manera se puede

garantizar un bloque de búsqueda y alerta que no le permitan al prófugo mantener una vida normal en contumacia.

Sin embargo, los esfuerzos estatales por dar con los prófugos en tiempo y forma pueden fallar. Por lo tanto, considero que nos merecemos a nivel legislativo y judicial un profundo debate acerca de los alcances del artículo 67º del Código Penal de la Nación. Resulta imperativo replantearnos la necesidad de incorporar la declaración de rebeldía, comprendida como la consecuencia de un acto propio del imputado de evadir el accionar de la justicia, y la solicitud de extradición como causales de interrupción de la prescripción.

La evolución histórica de la norma fue contemplando como causales de interrupción de la prescripción a aquellas conductas inequívocas, tanto del imputado como así, también, de los organismos estatales, que contrarrestaban los fundamentos científicos y políticos del instituto: la comisión de un nuevo delito y los actos procesales que impulsan el trámite.

En ese sentido, la rebeldía y el pedido de extradición no son la excepción. La voluntaria sustracción del imputado a proceso denota una clara intención de evitar la justicia y sus reproches, por lo tanto, se aleja -al igual de la comisión de otro delito- de la presunción de que el paso del tiempo produce en el imputado la intención de enmendar su accionar y respetar las reglas sociales de conducta. Asimismo, el pedido de cooperación internacional entre estados para la entrega y recepción de prófugos contrarresta esa imagen de desinterés que genera el paso del tiempo en la administración de justicia para hacer cumplir la ley.

A modo de conclusión, ningún habitante de la Nación o persona sometida a su jurisdicción debería obtener un beneficio o un efecto jurídico favorable por haber infringido la ley.

La Asistencia Jurídica Internacional en el nuevo Código Procesal Penal Federal de la Nación

María Noel Fernández Rivera*

I. Para comenzar

Interesa en esta oportunidad abordar la novel inclusión de la herramienta de la asistencia penal internacional dentro de dos de los artículos del nuevo Código Procesal Penal Federal de la Nación, más exactamente su mención dentro de los arts. 122 y 128, texto de forma que a la fecha ha entrado en vigor progresivamente en distintos distritos judiciales de nuestro país.

Esta mención de la asistencia internacional entre Estados señalada, ahora, en forma taxativa dentro del código procesal, aporta a la herramienta de la cooperación jurídica entre países un nuevo reconocimiento que, de alguna forma, trasciende a la ya conocida y añosa normativa que sustenta su corpus iuris y que se encuentra instrumentada a través de la ley 24.767 y complementada con los tratados bilaterales y multilaterales celebrados por el país, amén de la normativa de derechos humanos agregada al ordenamiento conforme la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22 de la CN).

De esta forma, puede adelantarse que, aun habiéndose incluido a la asistencia en una forma sencilla en el texto legal, lo cierto es que fue agregada por el legislador en una época donde la delincuencia internacional organizada, en el marco de un contexto de globalización, es conocido que ha ido sumando mayor terreno y afianzando viejas y nuevas modalidades delictivas cada vez más refinadas, cuyos medios comisivos e incluso beneficios producto de los delitos trascienden fronteras que, fácilmente, pueden incluir dos o más países en su desarrollo delictivo.

* Abogada, especialista en derecho penal -UBA- y magistratura -UNLaM-, doctoranda en Ciencias Jurídicas -UCA-, Secretaría Juzgado Criminal y Correccional Federal, CABA.

No debemos olvidar, también, que nos encontramos en una época de cambios, tanto históricos como sociológicos y tecnológicos, los que se han ido desarrollando en forma ininterrumpida desde del S. XX en adelante y que han ayudado al desenvolvimiento de este tipo de maniobras delictivas de tinte internacional, que traspasan fronteras y nacionalidades; y que traen consigo la necesidad de ser combatidas en forma mancomunada por los países, con adecuación a su especificidad y, lo más importante, de forma celera, ya que el tiempo es sabido que conspira contra el curso de las investigaciones.

Varios, diferentes e incluso graves son los delitos que engloban estas acciones ilícitas, entre los que se puede señalar desde injustos como es la trata de personas en todas sus formas, el movimiento ilegal de bienes financieros, el terrorismo, los delitos ciberneticos, el lavado de dinero, entre otros, cuya característica en común es que se materializan con el auxilio de las nuevas tecnologías y se benefician con el desarrollo específico de las nuevas formas, cada vez más rápidas, de comunicación que, además de aunar a la celera comisión de los delitos, lo hacen a la velocidad con la que pueden disponer, distribuir o disimular el producto de tales hechos delictuales y, también, en algunos casos, hasta los benefician en la empresa de conseguir impunidad para sus conductas.

A su vez, esta delincuencia transnacional hace a las claras cada vez más imperante que la atención de los estados se centre en torno a su prevención y su lucha, la que no puede ser más que de consumo entre los estados y en forma ágil, en especial, en torno al intercambio de información rápida, precisa y hasta desformalizada.

En este punto, se debe destacar que, aparece un actor fundamental en la provisión y recepción de asistencia internacional con estas características de agilidad y del fomento de lazos comunes que son las redes de contacto internacional, constituidas por distintos países a través de instituciones públicas y organismos que tienen por finalidad lograr este rápido e informal intercambio de información.

Particularmente, en esta oportunidad, dentro de las dependencias del Ministerio Público Fiscal, que con el devenir de la implementación del código procesal penal federal adquirirán una impronta más protagónica en el proceso, se mencionará a la Dirección de Cooperación Internacional del Ministerio Público Fiscal, que, a través de su gestión y colaboración incluso con algunas redes con temáticas de acción específicas en tanto delitos de interés -drogas, trata de per-

sonas, etc.-, es un actor que puede y podrá seguramente también a futuro, en forma específica, aunar a aportar esta tan necesaria agilidad en la provisión de asistencia jurídica penal internacional.

II. Qué es la cooperación internacional

La asistencia jurídica penal “consiste en la colaboración entre Estados, a través de las autoridades competentes, a efectos de obtener información, documentos, pruebas, evidencias, realizar actos procesales y medidas respecto de bienes en el marco de una investigación penal, conforme los tratados y las normativas internas”¹.

Así, “los estados son las partes que a través de las buenas relaciones mantenidas entre ellos se brindan ayuda jurídica de manera recíproca. Entre ellos existe un reconocimiento como personas jurídicas de la comunidad internacional que ellos integran y a partir de la cual generan y comparten principios básicos del Derecho que les permite la asistencia jurídica mutua”².

La ley 24.767 de Cooperación Penal Internacional³ establece las bases y la forma en la que deberá ser provista la asistencia internacional por parte de nuestro país a requerimiento de otras naciones.

Esta asistencia, puede decirse que contiene características de amplia⁴ ayuda con relación a la investigación en donde es requerida y puede aplicarse a distintos tipos de diligencias en incluso distintas instancias de afectación de derechos (aunque en esta presentación se excluirán la detención internacional y la extradición que poseen su regulación específica y que merecen un tratamiento por separado).

La asistencia internacional podrá brindarse según criterios de atribución de jurisdicción diferentes al territorial en la normativa propia del país que solicita la asistencia. Este sería el caso de la nacionalidad de la víctima y/o la del acusado, por lo que, de encontrarse siendo investigado un evento delictual aquí

¹ SOLERNO, Diego, et al., *Cooperación Jurídica Internacional en Materia Penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2024, p. 33.

² DONNA, Edgardo A., et al., *Código Procesal Penal Federal Comentado*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2022, Tomo II, p. 74-75.

³ Sancionada el 18 de Diciembre de 1996 y promulgada el 13 de Enero de 1997.

⁴ Art. 1 ley 24767, “La República Argentina prestará a cualquier Estado que lo requiera la más amplia ayuda relacionada con la investigación, el juzgamiento y la punición de delitos que correspondan a la jurisdicción de aquél. Las autoridades que intervengan actuarán con la mayor diligencia para que la tramitación se cumpla con una prontitud que no desnaturalice la ayuda”.

y a la vez en otro país, Argentina puede colaborar con la investigación extranjera en curso (art. 5 ley 24.747).

Esta ley, a su vez, establece que debe ser cumplida en forma rápida y celera, sin que el pedido pierda su objeto por el paso del tiempo; y se puede agregar que, de lo contrario, podría colocarse al país en situación de ser pasible de reclamos internacionales por parte de sus pares extranjeros.

A tal efecto, esta ley regula, también, que para la situación de que exista entre los países tratados de asistencia bilaterales o multilaterales, generales o específicos, o bien, convenciones específicas celebradas ante la Organización de las Naciones Unidas⁵, ésta será la normativa que regirá el análisis de viabilidad y trámite de la asistencia en el caso en particular según los países intervenientes; sin perjuicio de lo cual, de no existir instrumentos de dichas características, se aplicará subsidiaria y complementariamente la ley 24.767 (art. 2º) con el requisito de que haya ofrecimiento de reciprocidad -generalmente es en casos análogos- por parte de la nación requirente.

Es decir que, la ley en cuestión, más allá de sus años (fue sancionada hace casi veinte años), aún se aplica de una forma u otra en todos los casos en que se realice un trámite de asistencia jurídica internacional.

En esta línea, en su art. 2º se regula la interpretación de la normativa aplicable, al señalar que: “las normas de la presente ley servirán para interpretar el texto de los tratados. En todo lo que no disponga en especial el tratado, se aplicará la presente ley. Es importante la cooperación y debe ser amplia y dársele la celeridad correspondiente”.

Además, la ley en cuestión establece cuestiones específicas que dan cuenta de este esfuerzo de amplitud en el espíritu de la cooperación, al señalar que incluso se proveerá de asistencia a las naciones aun cuando el hecho que motive la cooperación no sea delito en Argentina (art. 4).

En lo que hace a los alcances de la asistencia judicial internacional entre Estados, puede decirse que hay tres niveles determinados según la posible afectación que la medida solicitada pueda tener sobre las garantías individuales de las personas, o bien, de los derechos de las mismas, que pudieran afectarse con su ejecución ya sea en forma directa, indirecta, mínima o avanzada; lo que también es demostrativo de la amplitud del abanico de cuestiones respecto de las cuales se puede solicitar colaboración.

⁵ Viena, Palermo y Mérida.

Así, en el primer grado, que sería el que incluye diligencias más simples, pueden señalarse, como ejemplo, el pedido de información y/o documentación, citación a audiencias, notificación de resoluciones judiciales, etc.

Entre las intermedias, se encuentran las que podrían causar cierta afectación en los derechos de las personas, ellas responderían a la remisión de información y/o documentación particular o en poder de particulares, determinadas pericias, citaciones a personas ya acusadas de la comisión de un delito, entre otros.

En el tercer nivel sí se avanza sobre los derechos de las personas protegidos constitucionalmente pero requeridos con la finalidad de encontrar la verdad material (allanamientos, requisas de personas, interceptación de la correspondencia, intervención de las comunicaciones telefónicas, embargos, decomiso de bienes).

La ley 24.767 establece la regla de la innecesidad del cumplimiento del requisito de la doble incriminación, salvo excepciones taxativas que afecten garantías constitucionales (decomiso, intervención telefónica, allanamiento, seguimiento de personas, etc.) ello, en línea con la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, incluyendo la provisión de ayuda cuando el delito no es considerado como tal en Argentina⁶.

Por último, la cooperación máxima puede decirse que puede darse en los casos en que sea utilizada la herramienta de los nuevos equipos conjuntos de investigación.

III. Principios básicos para que funcione la cooperación internacional

Entre los principios más relevantes a los efectos de la gestión de la asistencia internacional, se pueden destacar:

- el apoyo y la reciprocidad;
- la coordinación, la confianza mutua y el trabajo en equipo;
- especialidad en la materia;
- celeridad;
- trabajo (incluso interdisciplinario) y sentimiento de equipo;
- confianza mutua;

⁶ Art. 68 de la ley 24.767.

- puntos de contacto que ayuden a la canalización, orientación/asesoramiento y prestación de la ayuda judicial internacional de forma ágil y efectiva (coordinación y seguimiento), más contacto directo con el órgano encargado finalmente de la gestión;
- publicidad procesal (salvo en cuestiones puntuales y con los recaudos propios de la normativa);
- formas y traducciones libres;
- espontaneidad en la transmisión de información y;
- respeto de las garantías del debido proceso y de las partes.

IV. Causales de Denegación de la Asistencia Penal Internacional

Se encuentran previstas específicamente en los tratados de asistencia celebrados por Argentina con otros países, y lo que hacen es aportar un marco a los fines de la decisión de brindar o no la asistencia solicitada. En general, se relacionan con cuestiones relativas a la posible afectación de derechos humanos; garantías constitucionales; ausencia de doble incriminación o de reciprocidad; orden público (art. 10 de la ley 24.767).

Así también, sin olvidar el carácter de subsidiario y/o de complementariedad de la ley 24.767. Esta norma establece supuestos de denegación de la cooperación jurídica internacional, entre los que se encuentran: que se trate de un delito de tenor político; que sea uno de los establecidos exclusivamente dentro de la ley penal; que el trámite sea llevado a cabo por comisión prohibida (art. 18 del CN); que sea una persecución política u originada en cuestiones de raza, nacionalidad o religión; que el delito se encuentre sancionado con la pena de muerte en el país requirente; que el imputado ya haya sido juzgado en el país o en el exterior por ese mismo hecho; que el requerido haya sido considerado por nuestra ley como inimputable (art. 34 del CP).

V. Requisitos Formales

Estos se encuentran regulados específicamente por los tratados y/o convenciones de la materia más el art. 69 de la ley 24.767.

Entre ellos, se destacan los datos que permiten, tanto a la sede administrativa como a la judicial, individualizar el hecho de investigación objeto del trámite (circunstancias de modo, tiempo y lugar, datos de autor y de víctima), tipo aplicable y sanción prevista; si existe doble incriminación; si es correcta la descripción de la asistencia solicitada; si se adjuntó la documentación necesaria a tales efectos y han sido los escritos traducidos al español (art. 4); y si existe ofrecimiento de reciprocidad en caso de no existir tratado (art. 3 de la ley 24.767).

Deben ser, en resumen, solicitudes claras, sencillas y autosuficientes.

VI. Asistencia Internacional en forma Directa. Redes Informales de Cooperación

En la asistencia internacional, y dentro de las formas más modernas de cooperación entre países, se constituyeron distintas redes de rápida ayuda para hacer frente al crimen transnacional en forma más veloz, en especial, con motivo de la necesidad judicial de poder enfrentar, como se dijo, al cada vez más especializado crimen organizado trasnacional; que es sabido popularmente, muchas veces avanza mas rápido que las instituciones de los países, incluidas las investigaciones criminales.

Este tipo de cooperación complementaria de las formas tradicionales de cooperación es utilizado tanto en cuestiones de ayuda entre países en las investigaciones como en cuestiones propias de la extradición.

Una de sus características principales que puede destacarse, es que se trata de una forma más directa de interacción, ya que se desarrolla en un contexto generalmente interinstitucional y se materializa entre organismos análogos, en el cual intervienen las autoridades competentes de diferentes países proveyendo a través de la comunicación directa, y a veces informal, de mayor dinamismo en la gestión y en la compilación de información en el marco de sus procesos penales.

Los tres ejes fundamentales que rigen la asistencia se centran en que se trata de un “mecanismo no excluyente de otras vías de cooperación. La no afectación de garantías y derechos. La no afectación de intereses públicos”⁷.

De esta forma, además, se aumenta la posibilidad de aunar recursos y estrategias de actuación internacional que sean más modernas y adecuadas a las

⁷ SOLERNÓ, Diego, ob. cit., pág. 67.

nuevas empresas criminales, de forma tal de poder analizar el panorama investigativo en curso y tomar mejores decisiones a la hora de combatir delitos de estas características.

Entre estas redes de asistencia se pueden señalar tanto organizaciones institucionales como interinstitucionales⁸, una de ellas es Interpol (que actualmente cuenta con alrededor de 196 países miembros), aduanas, inteligencia, poderes judiciales, ministerios públicos, migraciones, unidades dedicadas al estudio del delito de lavado de activos, contrabando, drogas, trata de personas, corrupción, etc.

Este, además, es el ámbito donde los Ministerios Pùblicos -y/o autoridades centrales designadas según el país- pueden actuar en forma directa con otros miembros, en especial, ahora, con la implementación del código procesal penal federal, que no sólo modificará las formas de investigación al aportar el tinte acusatorio al proceso, sino tomando en cuenta, también, los nuevos plazos (más exiguos) ahora previstos para las investigaciones.

En lo que hace a su materialización, éste tipo de requerimientos pueden ser cursados en forma autónoma, desformalizada, convirtiéndose en un mecanismo auxiliar de la investigación, que actúa en forma celera y eficiente y que, de haberse generado y acordado los canales y mecanismos de intercambio de información entre los países, con destinatarios autenticados y sistemas de resguardo, aportará además confidencialidad al producto de la información obtenida y compartida.

VII. Beneficios de redes y de gestiones informales

Los beneficios que se evidencian de la generación de redes interinstitucionales e internacionales son varios, entre los cuales se pueden señalar, a saber:

- fomentar lazos comunes;
- la posibilidad de que sea aplicable a procesos de distintas características (sean penales, civiles, comerciales, etc.);
- menores costos en la gestión (ya que pueden materializarse por medio de correos electrónicos, etc.);

⁸ A nivel europeo también se han creado instituciones con estas características, entre ellas, Europol y Eurojust.

- más productividad y mejor gestión de los casos;
- reducción del riesgo de fuga de la información (siempre y cuando se respeten los recaudos acordados a tales efectos);
- la utilización de plataformas digitales reconocidas como medios legales de comunicación;
- agilidad en el intercambio de información y;
- necesidad de capacitación continua en disciplinas variadas.

Ejemplos de “Redes Permanentes” especializadas son, entre otros, la especializada en cuestiones de género; trata y tráfico de Personas; antidroga; ciberdelincuencia; contra la Corrupción; Cooperación Penal Internacional; Protección Medioambiental; Justicia Penal Juvenil y Justicia Restaurativa; y contra las Finanzas Criminales, a las cuales deberán sumarse las que sean creadas en el futuro.

VIII. La Dirección General de Cooperación Regional e Internacional (DIGCRI) dependiente del MPF

Esta dirección está incluida en la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal, disponiéndose su organización interna y sus funciones en la Resolución PGN N°426/16, (art. 33 y 35 e) de la ley 27.

Tiene por finalidad legal e institucional aportar a las demás dependencias del Ministerio Público Fiscal información y asesoramiento relativos a las herramientas específicas de cooperación internacional utilizadas en la persecución de la criminalidad organizada, entre ellas, la asistencia jurídica internacional, las extradiciones, el intercambio de información y la cooperación interinstitucional directa entre Ministerios Públicos, en la que participa activamente.

También, colabora y auxilia a las Fiscalías Nacionales y Federales de todo el país en la confección, trámite y seguimiento de los exhortos y asiste técnicamente a los fiscales federales en juicios de extradición aquí en trámite.

Además, actúa como punto de contacto para la emisión y recepción de pedidos efectuados en el marco del Acuerdo de Cooperación Interinstitucional de los Ministerios Públicos miembros de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP).

Posee cinco áreas de trabajo, entre ellas, la Secretaría Ejecutiva; la Asistencia

Jurídica; Extradiciones; Foros Internacionales (REMPM, AIAMP, IBERRED, UNODC, OEA, GAFI, OCDE) y el desarrollo de proyectos; y, entre sus funciones relacionadas, se encuentran las de:

- aportar asesoramiento a las sedes del MPF y Procuradurías de investigación de delitos específicos en materia de cooperación jurídica internacional, tanto respecto de la elaboración formal de instrumentos (por ejemplo: exhortos) como en su seguimiento y posterior análisis de la respuesta recibida;
- dar trámite a las solicitudes de auxilio internacional pasivos recibidos por el Ministerio Público Fiscal, cuestión que se ahondará con la implementación del código procesal federal cuyo trámite estará a cargo en forma exclusiva de los fiscales, a diferencia del código actual donde la gestión de tales diligencias las realiza el juez de la causa;
- coadyuvar en el trámite de solicitudes de asistencia jurídica internacional activos ante requerimientos formulados por las fiscalías intervenientes. Dicha asistencia podrá consistir en el análisis de los tratados aplicables al caso, el cumplimiento de los requisitos establecidos a tal fin y toda otra cuestión vinculada con la cooperación internacional;
- gestionar la ejecución de los pedidos de asistencia jurídica internacional pasivos de forma directa, o bien por intermedio de las dependencias del Ministerio Público Fiscal de la Nación correspondientes;
- ayudar, a solicitud de miembros del MPF, en la materialización de gestiones ante las autoridades centrales, Interpol y países requeridos para garantizar la representación del Ministerio Público en el pedido de auxilio internacional;
- realizar las estadísticas respecto de intervenciones en esta materia;
- elaborar el compendio jurisprudencial anual y las guías de trabajo del Ministerio Público con relación a esta materia y, por último;
- es la encargada de la realización de cursos de capacitación.

Por otro lado, también tiene a su cargo el coordinar con las dependencias de la Procuración General de la Nación la participación en distintos foros regionales e internacionales, como AIAMP (Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos); REMP (Reunión Especializada de Ministerios Públicos del Mercosur); IBERRED (Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional); UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito);

OEA (Organización de los Estados Americanos); GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional); OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), Red Especializada en Género (REG), entre otros.

IX. La nueva normativa del Código Procesal Federal

La cuestión relativa a la asistencia jurídica internacional se encuentra prevista en el Código Procesal Penal Federal, puede decirse, en los mismos términos, tanto en el art. 122 como en el 128.

Así, en el art. 122, en su quinto y último párrafo se prevé que “Los pedidos de auxilio judicial a autoridades extranjeras se remitirán en la forma prescripta por los tratados o costumbres internacionales, normas vigentes en la materia, y en lo pertinente según los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Ministerio Público”.

Y, en su art. 128 agrega que “la cooperación internacional se regirá por el derecho internacional vigente y las leyes nacionales respectivas”.

Es decir que ambas normas, si bien apuntan con el mismo tenor a la provisión de asistencia jurídica internacional en sus enunciados, también en los mismos términos fundan tal cooperación entre estados tanto en normativa nacional como internacional, tratados suscriptos entre países (sean bilaterales o multilaterales, etc.), más la costumbre internacional, en el caso del art. 122.

En particular, puede decirse que se destaca de esa norma que, también, incluye en su letra en forma taxativa a los procedimientos previstos por la Ley del Ministerio Público⁹ que reglamenta su ejercicio y donde en su ley orgánica, más exactamente en el art. 35 e, le asigna funciones a la Dirección General de Cooperación Regional e Internacional antes señalada; que, como se explicó, tiene injerencia tanto en la gestión de los trámites de extradición, como así, también, de las asistencias internacionales activas y pasivas; la provisión de asesoramiento y la colaboración destinada a los fiscales nacionales, más la consultoría en tales materias y la interacción con los organismos de colaboración institucional regional e internacional. Esta dependencia, a su vez, posee su reglamentación interna mediante las resoluciones PGN nº 98/2020 y PGN nº 0426-2016-001.

En referencia a lo antes citado, es cierto que “la cooperación internacional

⁹ Ley 27.148, sancionada el 2015 y promulgada el 17 de junio de 2015.

a que alude la norma [...] es una herramienta que poseen los Estados entre sí, que a través de los exhortos puede pretenderse alguna actividad procesal en el extranjero, por ejemplo, citaciones de imputados, testigos, peritos, a los efectos de que comparezcan ante el Estado solicitante para llevar a cabo la diligencia requerida en el período de asistencia judicial”¹⁰.

Ya en lo que hace al art. 128, se debe señalar que, en una misma norma, aunque en párrafos diferentes, se hace referencia, por un lado, tanto a los trámites procesales de extradición como, en otro, a la asistencia jurídica internacional; que, en realidad, si bien tienen en común la internacionalidad de las solicitudes –sean de medidas o de detención con fines de extradición-, poseen en su tramitación distintas aristas, aunque en algunos casos coinciden en los actores en la gestión.

Por último, y en lo que hace al nuevo código procesal federal, también se encuentra especificada taxativamente la aplicación de las normas nacionales o internacionales para la cooperación judicial (ver art. 162) para el caso en un testigo que se halle en el exterior, sin perjuicio de lo cual, Daray, en su tratado, explica que “lo novedoso de la norma, sin embargo, es que posibilita, al margen de esos convenios, (a) requerir autorización al Estado extranjero para interrogar al testigo en ese territorio por el representante diplomático destinado en él y por el representante del Ministerio Público Fiscal o el juez, según la etapa del procedimiento y la naturaleza del acto de que se trate”¹¹.

Aunque, el mismo doctrinario, como crítica a dicha norma explica “Que tales funcionarios interroguen no significa que el acto lo lleven ellos a cabo, con lo que va de dicho que la norma no autoriza ni promueve la sustitución de los órganos extranjeros establecidos a ese efecto. Simplemente, da facultades para interrogar, esto es para formular preguntas durante el desarrollo del acto concretado por otros (las autoridades extranjeras)”¹². No obstante, aclara que, para el caso de la función del juez, éste sólo puede realizar preguntas aclaratorias (art. 297 último párrafo que permite la realización de videoconferencias) quedando expeditas las partes a formular las preguntas que consideren que sean de su interés para su teoría del caso.

Por último, para tener por incorporada tal prueba, además, debe haber sido obtenida en el marco del desarrollo de un juicio de carácter contradictorio (art.

¹⁰ DONNA, Edgardo A. et al., ob. cit., p. 74.

¹¹ DARAY, Roberto R, *Código Procesal Penal Federal*, comentarios a los art. 162, Tomo I, p. 643.

¹² DARAY, Roberto R, ob. cit., p. 643.

300), mientras que, de producirla en momentos de la etapa preparatoria de la instrucción necesita de su anoticiamiento y de la presencia de todas las partes, con la posibilidad de ejercer su derecho de confronte y control de la prueba.

Es decir que, deben haber tenido la oportunidad de preguntar y formular el contrainterrogatorio de conformidad con lo establecido en el art. 297 del CPF. Si se siguen estas pautas, también el juez podrá habilitar su inclusión por lectura en oportunidad de llevarse a cabo el juicio oral (art. 289 inc. D).

X. Análisis

La importancia del desarrollo de la asistencia jurídica penal internacional se evidencia claramente al momento de analizarse el contexto actual en el cual la delincuencia transnacional opera; en muchos casos, trascendiendo las fronteras de dos o más países no sólo en lo que hace al desarrollo del “iter criminis” sino, también, en lo que a hace al movimiento y a la disposición final del producto del delito.

Otra cuestión que debe tenerse en cuenta, más allá del contexto social y económico mundial actual, es el continuo y progresivo desarrollo de las nuevas tecnologías en todos sus ámbitos (telefónica, informática, cibernética, etc.), que no sólo nos ayuda en el día a día, sino que, también, coadyuva al desarrollo de nuevas, mas celeras y complejas tramas de variada delincuencia, que supera los límites territoriales modernos de los estados.

En este contexto, asimismo se debe señalar que es conocido, tanto en nuestro país como en el exterior, que las empresas criminales son cada vez más internacionales y que, muchas veces, también, por razones de estrategias propias delictivas, procuran, a los fines de lograr la impunidad de sus acciones, evadirse de países donde sea más difícil no sólo la operatoria criminal sino, también, la protección y el libre movimiento del producto del delito obtenido, obviamente, en forma ilegal.

Para ello, es claro que países con sistemas de control institucionales más laxos y débiles probablemente serán los mayormente elegidos para el desarrollo de estas empresas criminales cada vez más sofisticadas en su actuación con fines delictivos. Esto hace que cada vez sea más necesario desarrollar nuevas normas, tanto en el ámbito nacional como en el internacional en el marco de los

derechos humanos, que provean de herramientas de investigación mancomunadas y que fomenten la participación colaborativa de los distintos países en los trámites judiciales relativos a delitos de estas características; y que permitan extender, de esta forma, la provisión de ayuda en pos de un mismo objetivo común de erradicar la criminalidad organizada internacional.

Por ello, esta nueva inclusión de la cooperación jurídica internacional en la normativa del Código Procesal Federal -arts. 122 y 128-, aunque es sólo enunciativa, aparece como un nuevo pequeño paso para dotar a estas herramientas de mayor visibilidad, al haber sido señaladas más allá de la remisión normativa a lo previsto en otras leyes de ese tenor, pero más específicas, sancionadas con anterioridad a aquel (ley de cooperación internacional nº 24.767 y otros tratados celebrados entre los países).

En resumen, puede decirse que, si bien se incorpora taxativamente por primera vez en el ordenamiento formal a la asistencia jurídica penal internacional, lo cierto es que, con ello también se aporta, aunque exiguamente, un halo de homogeneización al ordenamiento; no obstante, haya sido incorporado por la sanción de una norma de la misma jerarquía que hace remisión a la ley de cooperación ya existente y que tiene a la fecha casi veinte años de antigüedad.

En este sentido, esta inclusión en el código de forma a la que se hace referencia, además, podría haber sido una buena nueva oportunidad para ahondar en la incorporación de más avanzadas y mejores directivas para su tramitación, que agilicen, maximicen y multipliquen las prácticas y medios investigativos de estos delitos en un marco de legalidad y validación en torno a su incorporación en juicio oral, de acuerdo con los nuevos parámetros de desformalización en la tramitación de los casos que propone este código procesal.

Esto, a su vez, debe ser evaluado en la época que corre, también tratando de aportar una perspectiva con relación a un posible futuro, sin dejar de pensar que son tiempos donde los delitos complejos transnacionales -que en general son graves, con una gran cantidad de víctimas y que además interesan a la sociedad en la actualidad- son cuestiones de especial interés que deben y deberán ser abordadas no sólo desde lo jurídico sino, también, desde lo político, lo económico y lo social.

Otra cuestión a mencionar es, también, que habría sido una buena oportunidad para incluir en la normativa a las redes de contacto que vinculan diferentes dispositivos de interacción institucional, entre los que se encuentran los poderes

judiciales y los ministerios públicos; que proveen asistencia, en general informal, y que participan en el proceso relacionando a los distintos actores en torno a la investigación, colaborando en la provisión de información institucional en forma más rápida y desformalizada y habilitando distintos canales de consulta e información.

Asimismo, la dinámica del trabajo activo realizado por las redes y sus grupos de trabajo en la gestión de diligencias, así como en el intercambio de información en el marco de una fluida comunicación, es demostrativo de que el trabajo coordinado y mancomunado contribuye positivamente al fortalecimiento institucional, en especial, de los ministerios públicos y de las instituciones nacionales como internacionales en general; además de generar espacios propicios de diálogo y de debate que coadyuvan al conocimiento actual del desarrollo de distintas prácticas delictivas y otorgan espacios para la delimitación de las formas en las que pueden ser abordadas y perseguidas.

Así, habría sido interesante también aportar desde la letra del código de procedimientos un lineamiento más allá del que desarrolle el Ministerio Público Fiscal basado en su ley organizativa y, en especial, en lo reglamentado por el procurador a través de la Dirección de Cooperación a cargo en forma específica de esta materia, dotando así de fundamento legal al trabajo informal que en general se efectúa por intermedio de estas redes.

En este sentido, es importante afirmar que en la práctica forense, la informalidad de su actuación aparece invisibilizada en los procesos aunque acompaña desde afuera su trámite y, además, posee un rol que a las claras será cada vez más protagónico en el marco de la desformalización de la investigación ahora propuesta y en pos de la persecución rápida de este tipo de delitos con tinte internacional.

Lo cierto es que, respecto a la formación y asociación a redes, sería beneficio que sea fomentada, en especial, tomando en cuenta la necesidad cada vez mas clara de obtener celeridad en el traspaso de la información; como forma de obtener mejores resultados en la persecución de las cada vez más sofisticadas empresas criminales transnacionales y como forma, también, de obtener y de poder cumplir con los requerimientos de las autoridades internacionales que nos lo soliciten.

Esta agilidad de traspaso de información entre redes, también, ayudará a reducir los plazos de las investigaciones (característica que se busca en las in-

vestigaciones con la implementación del sistema acusatorio federal), además de mejorar los canales de comunicación entre países, haciéndolos más fluidos en torno a la persecución más eficaz de delitos que, cada vez, cuentan con mejores medios a los fines de su comisión y donde los efectos de sus entramados aparecen como más organizados e involucran cada vez más actores y locaciones internacionales, proveyendo complejidad en su investigación.

El intercambio a través de las redes de cooperación por parte de los Ministerios Públicos será fundamental y debe continuar desarrollándose y perfeccionándose, de forma de coadyuvar, además, a cumplir con el acceso a la justicia por parte de las víctimas, en un marco de respecto de los derechos de las partes del proceso.

En esta línea, también se puede mencionar que la ley 24.767 de cooperación jurídica internacional en materia penal no prevé la conformación de equipos conjuntos de investigación, que hace un tiempo ya es una de las nuevas herramientas propuestas para la investigación en el ámbito trasnacional, que, incluso, se encuentran previstas en algunas convenciones internacionales¹³.

Esta es otra cuestión que hubiera sido interesante que se enunciara en el código de procedimientos, ya que, cuestiones más precisas en torno a la tramitación de las gestiones en los procesos a través del auxilio de estas redes internacionales, también por medio de la participación en equipos conjuntos

¹³ Entre ellas, la *Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*, adoptada en Viena el 19 de diciembre de 1988, y promulgada por la Ley 24.072 el 9 de abril de 1992 en su art. Artículo 9, apartado 1, inciso c); *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* adoptada en Palermo el 15 de octubre de 2000, y promulgada por la Ley 25.632 el 29 de agosto de 2002: Artículo 19: "Investigaciones conjuntas": Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional adoptada en Palermo el 15 de octubre de 2000, y promulgada por la Ley 25.632 el 29 de agosto de 2002: Artículo 19: "Investigaciones conjuntas"; *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América, el 31 de octubre de 2003, y promulgada por la Ley 26.097 el 6 de junio de 2006. Artículo 49: "Investigaciones conjuntas": Convenio sobre ciberdelito del Consejo de Europa, adoptado en Budapest el 23 de noviembre de 2023, y promulgado por la Ley 27.411 el 15 de diciembre de 2017; *Convención de Liubliana-La Haye de cooperación internacional en la investigación y el enjuiciamiento del crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y otros crímenes internacionales*, de 26 de mayo 2023 (aún no vigente) Artículo 41. Equipos conjuntos de investigación, Convención de Liubliana-La Haye de cooperación internacional en la investigación y el enjuiciamiento del crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y otros crímenes internacionales, de 26 de mayo 2023 (aún no vigente) Artículo 41. Equipos conjuntos de investigación: *Acuerdo Marco de Cooperación entre los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados para la Creación de Equipos Conjuntos de Investigación*, aprobado por DC-22-2010-CMC el 2 de agosto de 2010 y vigente desde mayo de 2020 - *Equipos Conjuntos de Investigación Herramientas de cooperación internacional frente a la delincuencia organizada transnacional*, DIGCRI, Dirección General de Cooperación Regional e Internacional, 2023.

de investigación con actores internacionales, habría sido una buena forma de aunar a la modernización del ordenamiento dando nuevas y mejores respuestas a las necesidades de su formalización.

XI. Propuestas

Es importante, a esta altura del artículo, y ante la incipiente aplicación del código procesal penal federal, pensar acciones que puedan ayudar a avanzar en el desarrollo de la gestión de las asistencias jurídicas penales internacionales, maximizando su implementación y aportándole una impronta de celeridad en orden a su rápida y óptima aplicación.

Entre estas, pueden implementarse medidas, ya sea desde el MPF como desde la autoridad central (que en nuestro caso es cancillería) como desde lo normativo, institucional y judicial y deberán estar orientadas a que la cooperación jurídica internacional sea realmente fluida y coordinada, tanto entre los distintos países como entre las instituciones que intervienen en su gestión, en armonía con las leyes internacionales, las regulaciones propias internas de los países y en un marco de respeto de los derechos humanos, sin dejar de lado la soberanía y política de cada uno de los estados y de los bloques de integración.

Estas acciones, además, deberán tener como objeto fundamental el enfrentar los distintos desafíos que aporta el delito transnacional y la consecuente gestión de la cooperación jurídica internacional, con una mirada estratégica a futuro, mancomunada y colaborativa por parte de todos los actores de los países intervenientes.

En esta línea, sería de buena práctica estarse abiertos a la creación de nuevos dispositivos, herramientas y/o convenios entre partes (ya sea países o instituciones) que fomenten el aporte de información, con la finalidad de lograr un intercambio que logre eliminar distancias entre maniobras delictivas que muchas veces van por delante de los canales y de la tecnología con la que cuentan los estados para la investigación de esos delitos. Que estos nuevos dispositivos y/o herramientas de colaboración tengan como eje la provisión de canales rápidos, informales y desformalizados, pero cuya información sea válida en los procesos desde una mirada probatoria, ello, en especial, si tomamos en cuenta la nueva propuesta de investigaciones desformalizadas que propone en código procesal federal.

También, se propone fomentar la firma de tratados y de convenciones con otros países para el tratamiento de delitos específicos graves, que aporten herramientas y que profundicen en la creación de redes para su tratamiento, y que complementen la generalidad prevista en la ley 24.767.

Requiere, lo antes expuesto, el desarrollo de herramientas y la inversión por parte de los países en su desarrollo.

Todo ello, siempre, respetando la autonomía y la independencia de los Ministerios Públicos y de los órganos que intervengan en la asistencia; los principios éticos; el análisis criminal y persecución penal inteligente; el uso y la optimización de tecnologías, entre otros, en pos de la justicia y seguridad para la lucha contra el crimen organizado transnacional en el marco de planes de trabajo consensuados.

XII. A modo de síntesis

Se abordó en esta oportunidad la novel inclusión de la herramienta de la asistencia penal internacional dentro de uno de los artículos del nuevo Código Procesal Penal Federal de la Nación, más exactamente, su mención dentro de los arts. 122 y 128, texto de forma que a la fecha ha entrado en vigencia progresivamente en distintos distritos judiciales de nuestro país.

Esta mención, ahora en forma taxativa, dentro del código procesal aporta a la herramienta de la cooperación jurídica entre países un nuevo reconocimiento, que, de alguna forma, trasciende la normativa que sustenta su corpus iuris (ley 24.767) que se encuentra complementada con los tratados bilaterales y multilaterales celebrados por el país, amén de la normativa de derechos humanos agregada al ordenamiento conforme la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22 de la CN).

Esta incorporación se da en un contexto donde es conocido que las empresas criminales son cada vez más internacionales y que muchas veces, por razones de estrategias propias delictivas, procuran, a los fines de lograr la impunidad de sus acciones, países donde sea más difícil no sólo la operatoria criminal sino, también, la protección y el libre movimiento del producto del delito obtenido, obviamente, en forma ilegal.

La inclusión de estas normas en el código de forma, podría haber sido una buena nueva oportunidad para ahondar en la incorporación de más avanzadas y mejores directivas para su tramitación, que agilicen, maximicen y multipliquen las prácticas y medios investigativos de estos delitos en un marco de legalidad y validación en torno a su incorporación en juicio oral, de acuerdo con los nuevos parámetros de desformalización en la tramitación de los casos que propone este código procesal.

Además, habría sido interesante, también, aportar desde la letra del código de procedimientos un lineamiento que dote de mayor fundamento legal al trabajo que se efectúa por intermedio de estas redes de contacto internacionales, cuya actuación a veces aparece invisibilizada en los procesos, aunque acompaña desde afuera su trámite, y que, además, posee un rol que a las claras será cada vez mas protagónico en el marco de la desformalización de la investigación ahora propuesta y en pos de la persecución rápida de este tipo de delitos.

Lo cierto es que, sería beneficioso que la formación y asociación a redes sea fomentada, en especial, tomando en cuenta la necesidad cada vez más clara de obtener celeridad en el traspaso de la información como forma de obtener mejores resultados en la persecución de las cada vez más sofisticadas empresas criminales transnacionales; y como forma también de obtener y de poder cumplir con los requerimientos de las autoridades internacionales que nos lo soliciten.

En resumen, el contexto de la criminalidad actual aparece como un desafío para los estados, los que deberán ahondar en la creación de normativa tanto nacional como internacional y en el desarrollo de herramientas mancomunadas y colaborativas de investigación para poder combatir en forma rápida y eficaz el delito que cada vez es mas sofisticado, más complejo y transnacional.

El rol del Ministerio Público Fiscal en el goce efectivo de los derechos territoriales de los pueblos indígenas: desafíos y tensiones en la implementación del mandato constitucional

Silvina Zimerman
Facundo Capurro Robles
Vanina Tocchetton
Natalia Zorzin*

I. Introducción

Desde el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito internacional y en el derecho interno de los países, la relación de estos grupos con los Estados muestra un complejo entramado.

Los derechos indígenas tensionaron las estructuras del Estado-Nación moderno por sus formas colectivas y comunitarias, por desarrollar una modalidad económica ajena a la propiedad privada, por la disputa de tierras y recursos naturales en el marco de economías emergentes o en desarrollo y por el derecho a ejercer niveles de autonomía y autogobierno, entre otros aspectos. Las características de estos derechos que revolucionan la forma de vida occidental, sumadas a una posición social histórica de grave asimetría de estos grupos y de racismo

* Silvina Zimerman es Abogada y Doctora en Derecho (UBA), Secretaria de la Procuración General de la Nación, con desempeño en el Área de Competencia Múltiple I ante la Corte Suprema Justicia de la Nación, Profesora Adjunta Regular (UBA). Facundo Capurro Robles es Abogado (UBA) y Magister en Estudios Legales Internacionales (Washington College of Law-American University), Subsecretario Letrado del Área de Competencia Múltiple ante la Corte Suprema de la Procuración General de la Nación, Docente de Derechos Humanos y Garantías de la Facultad de Derecho de la UBA. Vanina Tocchetton es Abogada (UBA) y Maestranda de Derechos Humanos (Universidad Nacional de Lanús), actualmente se desempeña en la Defensoría Pública de Menores e Incapaces en lo Civil, Comercial y del Trabajo n° 5, docente (UBA). Natalia D. Zorzin es Abogada y Maestranda en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UBA), abogada patrocinante en el área civil de la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Federales de la CABA del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, docente (UBA).

estructural, restringe y ralentiza su implementación. A partir de la década del '90, en las constituciones de América Latina se consagró el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras tradicionales indígenas. Sin embargo, la efectivización de este derecho se enfrentará con múltiples obstáculos porque esas tierras fueron objeto de despojo y fragmentación durante la colonia, y repartidas y registradas a nombre de conquistadores, colonos o instituciones. Luego, desde el siglo XIX, se crearon registros de propiedad que permitieron la inscripción a nombre de particulares. Es decir que, la implementación de los derechos territoriales indígenas se encuentra, en gran medida, con el problema de que las tierras en las que viven o utilizan están inscriptas a nombre de terceros. Este escollo inaugural se vio agravado por las políticas de extractivismo de las últimas décadas, que llevaron a las comunidades a enfrentarse con empresas y gobiernos en defensa de sus tierras y los recursos naturales.

En este contexto, el rol del poder judicial y de los operadores jurídicos ha sido, en general, limitado, y en nuestro país existen niveles de criminalización de los reclamos indígenas que reproducen los patrones de América Latina.

En este trabajo, comentaremos algunas posiciones mantenidas por el Ministerio Público Fiscal de la Nación y otras decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de los últimos años que han abordado esta cuestión.

II. El circuito de la criminalización

Desde hace algunas décadas, de manera sostenida y contundente, los órganos de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos vienen señalando el ciclo de criminalización en el que se encuentran sometidas las comunidades y pueblos indígenas, en el marco de los reclamos por la efectivización de sus territorios de ocupación tradicionales¹. Este fenómeno persistente cobra especial trascendencia en este momento

¹ En el ámbito de Naciones Unidas, véase: Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas en Argentina*, 4 de julio de 2012, párrs. 57 y 102-104; *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre Argentina*, 98º periodo de sesiones, Nueva York, 8 a 26 de marzo de 2010, pár. 25; *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sobre Argentina*, 76º periodo de sesiones^{15 SEP}, 15 de febrero a 12 de marzo de 2010, pár. 21, *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre Argentina*, E/C.12/ARG/CO/3, 14 de diciembre de 2011, párrs. 8-9. Por su parte, en el ámbito de la OEA, véase: CIDH, *Pueblos Indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades*

histórico, porque se retroalimenta con un contexto donde han recobrado vigencia posturas jurídicas regresivas en cuanto al valor del derecho internacional de los derechos humanos y, en consecuencia, del valor de las decisiones de los órganos de protección en nuestro esquema constitucional². Ello, sin dudas, impacta en la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas, cuya codificación sustancial puede encontrarse en normas de ese calibre³.

En un trabajo anterior⁴, hemos señalado cómo opera la criminalización y la doble victimización que sufren las comunidades; pues, cuando interponen acciones judiciales para reclamar el cumplimiento del derecho al territorio y a los recursos naturales o de consulta y participación, se enfrentan con una respuesta del servicio de justicia de baja intensidad, atravesada por los problemas de relectura y readaptación del derecho occidental a las pautas culturales de los pueblos indígenas y por una tradición judicial ajena al mundo indígena.

De manera reciente, en el ámbito de las Naciones Unidas, en las Observaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2023) se expresó preocupación por los desalojos de pueblos indígenas en nuestro país, a pesar de la vigencia de la ley 26.160. El Comité destacó los casos de violencia policial durante estos desalojos o en protestas (ej. comunidad mapuche Lafken Winkul Mapu en Villa Mascardi, que resultó en la muerte de Rafael Nahuel en 2017, y en otras comunidades en Salta, Jujuy y Tucumán entre 2020 y 2022, así como también actos de violencia por parte de bandas armadas en provincias como Santiago del Estero y Río Negro). Indicó que existen “represalias, intimidación, amenazas y un uso desproporcionado de procesos penales contra líderes y miembros de pueblos indígenas, afrodescendientes y migrantes que defienden sus derechos, así como contra defensores de derechos humanos que abogan por los derechos de estos grupos”. Asimismo, tomando información proporcionada por la Dirección Nacional de Políticas contra la Violencia Institucional, lamentó

² de extracción, explotación y desarrollo, 31 de diciembre de 2015, párrs. 297 y ss. y Audiencia sobre la Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Argentina, 144º Período de Sesiones, 23 de marzo de 2012.

³ PINTO, M., et al, “Una historia de doble lealtad: el derecho internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina” en Revista Pensar en Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2024.

⁴ Véase, por ejemplo, el Convenio nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 27 de junio de 1989.

⁵ ZIMERMAN, Silvina, et. al, “Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina post reforma constitucional de 1994: una relación en conflicto y en cuestión” en Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina post reforma constitucional de 1994, Universidad Nacional de José C. Paz, 2019.

la profundización de los discursos de odio y xenofobia contra poblaciones históricamente vulneradas, incluso contra Pueblos Indígenas, en internet y las plataformas sociales, y por parte de figuras y autoridades públicas nacionales y provinciales, así como por la persistencia del uso de perfiles raciales por parte de las fuerzas policiales que resulta en muchos casos en violencia policial y, en algunos casos, en la muerte de las víctimas, y añadió que “[l]e preocupan también las alegaciones de discursos que estigmatizan al pueblo mapuche y sus líderes como un grupo asociado al terrorismo, incluso por altos funcionarios provinciales”⁵.

En el mismo sentido se expresaron otros órganos de derechos humanos a nivel global. La Relatora Especial para los Derechos Humanos de Rusia denunció que se reprimen sin piedad minorías étnicas y pueblos indígenas, especialmente si defienden derechos ambientales, y se incluyó a 55 organizaciones de Pueblos Indígenas en un listado de “extremistas”. Sostuvo que los Pueblos Indígenas también fueron objeto de represalias estratégicas a nivel internacional, por ejemplo, cuando el gobierno solicitó que se privara al Centro de Apoyo a los Pueblos Indígenas del Norte de su condición de entidad consultiva ante el Consejo Económico y Social (que había sido cerrado por las autoridades en 2019 tras haberla designado como “agente extranjero” en 2015)⁶.

En las observaciones preliminares y recomendaciones al término de su visita a Honduras (2024), el Relator Especial sobre el Derecho al Desarrollo, Surya Deva, manifestó preocupación por la continua criminalización de las comunidades indígenas a la hora de defender sus derechos, en un marco de afectación desproporcionada y discriminatoria a la hora de acceder a la vivienda y a servicios básicos, e instó al gobierno a tomar medidas para no criminalizar las actividades pacíficas legítimas⁷. Por su parte, en el Informe del Relator Especial

⁵ Conf. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones finales sobre los informes periódicos 24º a 26º combinados de la Argentina*, CERD/C/ARG/CO/24-26, 24 de mayo de 2023. En sentido similar, véase: Decisión adoptada por el Comité contra la Tortura en virtud del artículo 22 de la Convención, respecto de la comunicación núm. 992/2020 Damián Gallardo Martínez, CAT/C/72/D/992/2020, 7 de febrero de 2022; *Los defensores de derechos humanos medioambientales deben ser escuchados y protegidos*, comunicado de prensa el 9 de marzo de 2022; *Honduras debe dejar de criminalizar la defensa de los derechos humanos de las comunidades garifunas, advierten expertos de la ONU*, comunicado de prensa del 9 de julio de 2021.

⁶ Conf. Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los derechos humanos en la Federación de Rusia, Mariana Katzarova, *Situación de los derechos humanos en la Federación de Rusia*, A/HRC/54/54, 13 de septiembre de 2023, párrs. 84-98.

⁷ Conf. Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo, Sr. Surya Deva, en su visita a Honduras (11-21 de noviembre de 2024). Observaciones y recomenda-

sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su visita a Colombia, se indicó que el Estado debe tomar medidas imperiosas para no criminalizar el uso legítimo que los Pueblos Indígenas llevan a cabo de la planta de coca según sus conocimientos ancestrales de la medicina, cultura y economía⁸. A su vez, en el informe sobre su visita a Canadá denunció que la industria extractiva genera conflictos creados por la criminalización de estos pueblos que defienden sus tierras y recursos, así como el derecho al ambiente, frente a las empresas y los gobiernos que apoyan los proyectos de dichas empresas, los que, además, son llevados a cabo sin la consulta previa e informada correspondiente. El uso de medidas cautelares y zonas de exclusión en torno a las obras ha llevado a la criminalización de la oposición indígena al oleoducto. En esta línea, se denunció que el gobierno canadiense desoyó las cartas enviadas por el CERD urgiendo al cese de los desalojos forzados de la comunidad Wet'Suwet'en de sus tierras. Por el contrario, las fuerzas federales llevaron a cabo redadas con helicópteros, fusiles de asalto y perros para detener a 74 defensores de la comunidad, 19 de los cuales fueron acusados de desacato por violar la prohibición de entrada al oleoducto y podrían enfrentar penas de prisión⁹.

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) vino haciendo hincapié en la falta de aplicación de las garantías específicas de derecho indígena en los procesos judiciales, y en los prejuicios y estereotipos que operan como agravantes.

En el caso “Huilcamán Paillama y otros vs. Chile” (2024), el tribunal abordó distintas violaciones de derechos contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) a partir de un proceso penal contra integrantes del pueblo mapuche, en el marco de acciones impulsadas para exigir sus derechos. La Corte IDH identificó distintos prejuicios y estereotipos hacia la comunidad mapuche por parte de las autoridades que instauraron e impulsaron el proceso, quienes consideraron ilegítimo e ilegal que las comunidades proclamen una identidad distinta al resto de la población y reivindiquen sus derechos¹⁰.

ciones preliminares. Tegucigalpa, 21 de noviembre de 2024.

⁸ Informe del Relator Especial sobre los derechos de los Pueblos Indígenas en su visita a Colombia, A/HRC/57/47/Add.1, 26 de septiembre de 2024.

⁹ Informe del Relator Especial sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, José Francisco Calí Tzay, en su visita a Canadá, A/HRC/54/31/Add.2, 24 de julio de 2023.

¹⁰ Corte IDH, *Caso Huilcamán Paillama y otros vs. Chile*, sentencia de 18 de junio de 2024, Serie C n.º 527, párr. 239.

En este caso, se había llevado adelante una causa en la que fueron condenadas 133 personas del pueblo mapuche, principalmente por los delitos de usurpación y asociación ilícita. El proceso penal tuvo lugar a partir de una serie de protestas que incluyeron la ocupación o toma pacífica de tierras y tuvieron como protagonistas a integrantes del “Consejo Todas las Tierras”, una organización del pueblo mapuche que tenía entre sus objetivos reivindicar las tierras que le habían sido quitadas. La Corte Interamericana identificó distintos prejuicios y estereotipos hacia la comunidad que instauraron e impulsaron el proceso penal. Advirtió que en la acusación formulada se deslegitimó al Consejo Todas las Tierras y los fines de esta asociación a partir de una serie de apreciaciones –como su consideración sobre el “carácter ilegal” de la organización–, y la omisión de ponderar la naturaleza de sus demandas. Además, la autoridad judicial “obvió por completo ponderar el carácter reivindicadorio de las acciones emprendidas por los acusados, es decir, su naturaleza de demandas sociales (como en su oportunidad lo declararon las personas acusadas), dirigiendo su imputación, cuya decisión preconcebida, a denotar el reproche penal que aquellas merecían, catalogándolas como delito de usurpación”¹¹.

El tribunal interamericano identificó, también, estereotipos y prejuicios étnicos/raciales vinculados con el sostentimiento de la identidad indígena. En palabras de la Corte IDH: “[l]as autoridades implícitamente consideraron, como indicios de un proceder al margen de la ley, circunstancias que, desde sus preconcepciones, no era posible que personas indígenas ejercieran o efectuaran válida o legítimamente, como: (i) discrepar del parecer de funcionarios del Estado o, incluso, emitir juicios de valor acerca de sus opinión o actuaciones; (ii) crear un emblema y una bandera para expresar su identidad; (iii) contar con un periódico y radio propios; (iv) mantener relaciones y comunicaciones con organizaciones nacionales e internacionales y obtener financiamiento de estas; (v) viajar al exterior, y (vi) negarse a celebrar un ‘hecho histórico de resonancia mundial’¹².

De acuerdo con lo señalado por la Corte IDH, la existencia de esos prejuicios y estereotipos étnicos o raciales afectan la imparcialidad e independencia de los funcionarios que deben investigar los hechos, influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho, y en su evaluación sobre la eficacia y

¹¹ Ibidem, párr. 125.

¹² Ibidem, párr. 240.

el valor de los elementos de convicción, pudiendo incluso dar lugar a una denegación de justicia¹³.

Vinculado con ello, el tribunal puntualizó que el derecho a contar con decisiones judiciales debidamente motivadas y a la presunción de inocencia, reconocidos en los artículos 8.1 y 8.2 de la CADH, exigen una valoración racional, objetiva e integral hacia las personas acusadas: “El deber general de motivación implica explicar las razones de la decisión emitida, como mecanismo para evidenciar que la actuación judicial no resulta arbitraria, sino que se ajusta a las constancias del proceso y al sistema de fuentes formales del derecho. Aunado a ello, la garantía del derecho a la presunción de inocencia exige, a su vez, que la motivación del fallo de condena se apoye en criterios racionales y objetivos que demuestren que se ha destruido aquel estado inicial de inocencia que ampara, desde la Convención Americana, al acusado frente al ejercicio del poder punitivo del Estado”¹⁴.

La utilización de prejuicios y estereotipos étnicos en los procesos penales por parte de los operadores de justicia vulnera, también, el principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley contemplados en la CADH (artículos 1.1 y 24). En la sentencia “Norin Catriman y otros vs. Chile” (2014), se abordaron los procesos penales en los que fueron condenados como autores de delitos de terrorismo integrantes del pueblo mapuche. En este contexto, la Corte IDH problematizó que se habían utilizado estereotipos y prejuicios en los fundamentos de las sentencias y concluyó que ello configuraba una violación del principio de igualdad y no discriminación. De la misma manera, el tribunal advirtió que la asociación del terrorismo hacia un grupo étnico basado en prejuicios y estereotipos negativos a los fines de determinar alguno de los elementos de la responsabilidad penal puede configurar una aplicación discriminatoria de la ley penal¹⁵. Entre estos prejuicios y estereotipos se identificó la asociación automática del pueblo mapuche con la violencia y la construcción de la figura del “mapuche terrorista”, porque la aplicación de la Ley Antiterrorista se basó en una visión estereotipada del activismo mapuche como

¹³ Ibidem, párr. 133.

¹⁴ Ibidem, párr. 197.

¹⁵ Corte IDH, *Caso Norin Catriman y otros (dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, sentencia de 29 de mayo de 2014, Serie C n.º 279, párr. 223. En similar sentido, véase: *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C n.º 220, párr. 182 y *Caso J. vs. Perú*, sentencia de 27 de noviembre de 2013, Serie C n.º 275, párr. 233.

una amenaza para el orden público. El tribunal indicó que los tribunales no diferenciaron entre protesta social y actos de terrorismo, aplicando una presunción de culpabilidad sobre los acusados por su identidad indígena y su rol en las reivindicaciones territoriales.

De acuerdo con la Corte Interamericana, las condiciones discriminatorias basadas en estereotipos socialmente dominantes y persistentes se ven agravadas cuando éstos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, y particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades. Destacó que los Estados deben garantizar en los procesos penales el respeto de las garantías procesales y el principio de igualdad y no discriminación: “Las medidas eficaces de lucha contra el terrorismo deben ser complementarias y no contradictorias con la observancia de las normas de protección de los derechos humanos. Al adoptar medidas que busquen proteger a las personas bajo su jurisdicción contra actos de terrorismo, los Estados tienen la obligación de garantizar que el funcionamiento de la justicia penal y el respeto a las garantías procesales se apeguen al principio de no discriminación. Los Estados deben asegurar que los fines y efectos de las medidas que se tomen en la persecución penal de conductas terroristas no discriminén permitiendo que las personas se vean sometidas a caracterizaciones o estereotipos étnicos”¹⁶.

Las acciones de reclamo territoriales emprendidas por las comunidades indígenas requieren ser abordadas por las autoridades políticas y judiciales a través de mecanismos adecuados de solución que respeten los derechos de reunión, la libertad de pensamiento y de expresión y la libertad de asociación de las comunidades. También en “Huilcamán Paillama y otros vs. Chile”, la Corte IDH advirtió sobre la criminalización de la protesta hacia las comunidades y destacó que el derecho penal no puede utilizarse para restringir desproporcionadamente el ejercicio de los derechos.

Asimismo, el tribunal argumentó que la actuación de las autoridades debe incluir “no solo respuestas que consideren la específica situación originada por la confrontación de derechos o intereses de distintas personas o grupos sociales, sino atender los factores o problemas que habrían motivado los actos de protesta y que serían, precisamente, el objeto de los reclamos y reivindicaciones efectuadas”¹⁷.

¹⁶ Corte IDH, Caso Norin Catriman y otros (*dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche*) vs. Chile, cit., párr. 110.

¹⁷ Corte IDH, Caso Huilcaman Paillama y otros vs. Chile, cit., párr. 265.

La Corte IDH señaló, al mismo tiempo, que el derecho a la protección judicial requiere que frente a las reclamaciones de los derechos territoriales se brinden procedimientos y recursos adecuados que permitan un acceso real de las comunidades indígenas a sus derechos y hacia el control efectivo de sus territorios¹⁸.

III. El rol del Ministerio Público Fiscal: garante de la ley y de la Constitución

En el marco de ese fenómeno apuntado por los órganos de derechos humanos, el rol del Ministerio Público Fiscal se torna especialmente relevante. Los fiscales son, en muchos casos, los funcionarios que poseen el primer contacto con un reclamo territorial o con los conflictos que de allí pueden derivarse. Por lo tanto, usualmente deben decidir cómo encauzar legalmente esa situación. En ocasiones, intervienen *ex post*, emitiendo su opinión frente a los acuerdos a los que arriban organismos municipales, provinciales o nacionales y los integrantes de las comunidades indígenas, o ante proyectos de explotación de recursos que las afectan. La actuación del organismo resulta imprescindible cuando se encuentran afectados los intereses generales de la sociedad, la defensa de la legalidad y el debido proceso, extremos que de ordinario se configuran en este tipo de conflictos.

De allí que sea relevante examinar algunas posiciones que ha sostenido la Procuración General en sus intervenciones ante el máximo tribunal federal, de modo que puedan contribuir con la actuación de los fiscales en sus múltiples intervenciones, es decir, tanto en el marco de un proceso penal (ante denuncias de usurpación, daños, etcétera) como de otros procesos no penales (por ejemplo: amparos, desalojos, interdictos, homologación de acuerdos, entre otros).

En efecto, en diversos dictámenes se ha advertido, por un lado, la existencia de un proceso de criminalización y, paralelamente, del valor de concretar instancias de diálogo y participación en conflictos que derivan en procesos penales.

Como marco, la Procuración General ante la Corte Suprema ha dicho que el derecho a la propiedad comunitaria consagrado en el artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional y 21 de la Convención Americana sobre Derechos

¹⁸ Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras*, sentencia de 8 de octubre de 2015, Serie C n.º 304, párr. 233.

Humanos, exige al Estado provincial realizar todos los trámites pertinentes para transferir, en forma efectiva, pero además, de manera definitiva, la propiedad comunitaria a todas las comunidades indígenas sobre los territorios que aún no hubieren sido objeto de titulación.¹⁹ Si bien el deber de delimitar, demarcar y titular las tierras indígenas ha sido estipulado por la Corte Interamericana desde su primer caso sobre tierras indígenas²⁰, tal como la Procuración explicó en ese dictamen, en la actualidad, el aspecto de la titulación definitiva, como forma de perfeccionamiento del derecho indígena, resulta especialmente trascendente para el Estado argentino, a raíz de la sentencia condenatoria de ese tribunal en el caso “Lhaka Honhat vs. Argentina”²¹ en febrero de 2020.

En este caso, el tribunal interamericano remarcó que la relación de las comunidades indígenas con el territorio no constituye un privilegio para el uso de la tierra, sino un derecho para obtener la titulación de sus territorios, que los Estados no sólo deben reconocer sino, también, hacerlo efectivo. Para hacer efectivo este derecho a la propiedad comunal, el Estado “debe abstenerse de re-

¹⁹ Conf. CSJN, *Andrade de Quispe Rosario Ladiez y otros c/ Estado provincial s/ acción de amparo*, S.C. A. 759, L. XLVII, S.C. A. 776, L. XLVII. En este caso se analizó el alcance de los derechos a la propiedad comunitaria indígena -en particular, si comprende la titulación efectiva de las tierras tradicionales-, y a la consulta y participación en los asuntos que pudieran afectarlos, especialmente los relacionados con emprendimientos mineros que se realizan en el territorio objeto del reclamo, en el marco del Programa de Regularización de Tierras de la Provincia de Jujuy. El Tribunal en lo Contencioso Administrativo de esa provincia condenó al Estado provincial a transferir a las comunidades indígenas actoras la propiedad definitiva de las tierras comprendidas en el Programa y a dar participación a las comunidades en todas las actuaciones administrativas que las involucraran. Aunque la titulación no se había efectivizado, tiempo después ese mismo tribunal tuvo por cumplido el amparo, decisión que fue confirmada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy. Contra esta sentencia, un conjunto de referentes indígenas, en representación de las comunidades, interpusieron recursos de inconstitucionalidad, que fueron desestimados. Frente a este pronunciamiento, los actores presentaron recursos extraordinarios federales que fueron denegados por la CSJN porque, a su juicio, faltaba el recaudo de sentencia definitiva. En su dictamen del 27 de septiembre de 2013 posterior a la queja interpuesta, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, opinó que se debía hacer lugar a los recursos de queja, abrir los recursos extraordinarios y revocar la sentencia recurrida ya que, al tener por cumplida la condena “con la mera participación de los pueblos indígenas en el marco de emprendimientos mineros con posterioridad a la elaboración de los informes de impacto ambiental- restringió el alcance de la sentencia definitiva oportunamente dispuesta en violación a la cosa juzgada. En efecto, se ha adoptado una interpretación del derecho federal en cuestión que no asegura su vigencia como una instancia de participación verdadera de los pueblos indígenas en defensa de su identidad cultural. De este modo, se ha ocasionado un perjuicio concreto a los recurrentes porque se los priva de toda acción u reparación posterior por la violación de ese derecho”. Dictamen completo disponible en [http://www.mpf.gob.ar/dictamen/2013/AGilsCarbo/septiembre/Andrade_Rosario_A_759_L_XLVII.pdf].

²⁰ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C n.º 79.

²¹ Corte IDH, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación ‘Lhaka Honhat’ (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, sentencia de 6 de febrero de 2020, serie C n.º 400.

alizar actos que puedan llevar a que los propios agentes estatales o terceros con aquiescencia o tolerancia estatal, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio”²². Al mismo tiempo, debe deslindar las tierras indígenas y otorgar un título único colectivo a las comunidades, garantizar los derechos de los pueblos de controlar y usar su territorio y los recursos naturales, y a ser propietarios de sus tierras sin interferencias de terceros²³. También le ordenó al Estado argentino crear o modificar normas y procedimientos administrativos para asegurar que la titulación comunitaria indígena se realice de manera efectiva, sin dilaciones ni obstáculos burocráticos. Este caso, por último, aborda el conflicto entre el derecho a la propiedad comunitaria indígena y el derecho a la posesión y la propiedad privada; porque en las tierras reclamadas por las comunidades se habían asentado, hace décadas, familias criollas con un método de desarrollo económico incompatible con la forma de vida indígena, y algunas de esas familias habían conseguido incluso un título de propiedad privada a través del instituto de la prescripción adquisitiva. En este punto, el tribunal reitera que las comunidades indígenas tienen un vínculo especial con la tierra y los recursos naturales de los que depende su forma de vida y su identidad indígena. Por tal razón, no se puede separar a las comunidades indígenas de las tierras y los recursos naturales y se torna necesario que los ocupantes no indígenas sean reubicados y compensados sin afectar la integridad territorial indígena.

Un caso dictaminado por la Procuración General que ilustra el circuito de criminalización en la resolución de conflictos territoriales es “Martínez Pérez, José Luis c/ Palma, Américo y otros”²⁴, resuelto por la Corte Suprema con remisión al dictamen. El caso tiene como antecedente una denuncia penal y un interdicto de recobrar la posesión interpuesto por Martínez Pérez contra la comunidad Las Huaytekas y el *Lof* Palma, en la provincia de Río Negro. Esas tierras, si bien no estaban inscriptas como de la comunidad, eran reclamadas hace años como propias.

Pese a que tres instancias judiciales venían ordenando el desalojo, la Corte Suprema resolvió que no correspondía desalojar a la comunidad. Para ello, tuvo en cuenta que el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) ya había realizado el relevamiento territorial de la ley 26.160, del cual resultaba que los inte-

²² Ibidem, párr. 328.

²³ Ibidem, párrs. 95 y 98.

²⁴ Conf. Procuración General de la Nación, *M. P., J. c/P. A. y otros*, S.C.M. 466, L. XLIX, dictamen del 24 de febrero de 2015.

grantes de la comunidad mantienen un lazo material y simbólico con las tierras reclamadas. En ese contexto, la Corte Suprema, teniendo en cuenta los estándares internacionales sobre derechos territoriales indígenas, sostuvo que los tribunales deben analizar con especial prudencia la procedencia de la ejecución de un desalojo en casos que pueden involucrar la ocupación tradicional de una comunidad indígena. Remarcó que, cuando existan elementos que revelen con un grado de verosimilitud suficiente que las tierras pueden llegar a formar parte de la ocupación tradicional de una comunidad indígena, los jueces deben extremar su cautela al momento de valorar los requisitos de procedencia de medidas tan gravosas²⁵.

En otro asunto relevante, la intervención de la Procuración se centró en abordar la naturaleza subyacente al conflicto, en el marco de una denuncia penal realizada contra integrantes de una comunidad en el departamento de Cushamen, provincia de Chubut²⁶. Según la denuncia, las personas habrían ingresado sin autorización a una propiedad de una compañía, y habrían repelido en forma violenta la intervención policial que pretendía su desalojo. A su vez, el grupo habría solicitado la intervención de autoridades nacionales para conformar una mesa de diálogo. El fiscal denunciante encuadró los hechos en el agravante del último párrafo del artículo 41 *quinquies* del Código Penal –de competencia federal–, es decir, cuando el delito hubiere sido cometido “con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas”.

Al dictaminar sobre la competencia, el Procurador Fiscal ante la Corte consideró, en cambio, que tales hechos no encuadraban *prima facie* como actos cuyo fin fuese aterrorizar a la población, ni tampoco revelaban alguno de los tipos de conflictividad previstos en los instrumentos internacionales sobre prevención y sanción del terrorismo (incorporados a nuestra legislación interna a través de las leyes 26.023 y 26.024). Por el contrario, consideró que la situación estaba enmarcada en una protesta llevada adelante en reclamo del cumplimiento de derechos sociales, lo que tornaba aplicable la excepción prevista en el artículo 41 *quinquies* del Código Penal que estipula que: “Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieran lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro

²⁵ CSJN, Fallos: 338:1277, 10/11/2015.

²⁶ Conf. Procuración General de la Nación, *Ministerio Público Fiscal c/ J. H., M. y otros*, CSJN 4137/2015/CSI, dictamen del 11 de noviembre de 2015.

derecho constitucional". La Corte resolvió de conformidad con dicho dictamen²⁷.

Por otro lado, en materia de consulta y participación de las comunidades indígenas, se ha sostenido que ésta debe ser realizada en todas las fases relevantes de un proyecto y con carácter previo a la elaboración de los estudios de impacto ambiental, en el marco de proyectos mineros²⁸. Con posterioridad, en un caso muy trascendente donde se encontraba en juego la decisión provincial de crear un municipio sobre territorios reclamados por comunidades indígenas, la Procuración sostuvo que el derecho a la consulta y participación no solo opera *ex ante*, sino que debe diseñarse un mecanismo específico que asegure la consulta, por un lado, y la participación efectiva en los órganos de gobierno, por otro, en tanto la participación general en los procesos electorales no satisface los requisitos de ese derecho de los pueblos indígenas²⁹. La Corte Suprema resolvió en consonancia con este dictamen³⁰. En otro caso que involucraba a comunidades pertenecientes a la localidad de Salinas Grandes (que se extiende por las provincias de Jujuy y Salta), se demandó a los estados provinciales y nacional para que suspendan el otorgamiento de permisos ligados a la exploración y explotación de litio en la zona, invocando el derecho a un medio ambiente sano y a la autodeterminación. La Corte aún no resolvió sobre el fondo del asunto, pero aceptó su competencia originaria y adoptó una resolución mediante la cual ordenó a los gobiernos que acompañen todas las actuaciones vinculadas con los proyectos, los permisos y las audiencias públicas convocadas³¹.

En algunos casos, se presenta el problema de la falta de concreción de los derechos de los pueblos indígenas porque se discute cuál es el órgano encargado de hacerlos efectivos. Ello se encuentra, en parte, ligado a que los derechos de los pueblos indígenas ingresaron en el texto constitucional de 1994, de manera tardía, y quedaron plasmados en el artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional, dentro de las atribuciones del Congreso Nacional. A modo de ejemplo, en Argentina no se ha sancionado una ley que reglamente el derecho a la con-

²⁷ CSJN, *Ministerio Público Fiscal e/ J. H., M. y otros*, SJ 4137/2015/CSI, sentencia del 29 de diciembre de 2015 que remite al dictamen de la Procuración General de la Nación del 11 de noviembre de 2015.

²⁸ Conf. CSJN, A. Q, cit.

²⁹ Conf. Procuración General de la Nación, *C. M. C. y C. I. N.*, S.C.C. 1490, LXLVII, dictamen del 8 de septiembre de 2014.

³⁰ CSJN, *Fallos*: 344:441, 8 de abril de 2021.

³¹ CSJN, *Fallos*: 346:209, 28 de marzo de 2023.

sulta y participación y, sin embargo, no se encuentra en duda el deber de realizar las consultas libres, previas e informadas cuando el Estado adopta una medida que pueda afectarlos directamente. En todo caso, lo que actualmente, a veces, ingresa en un plano de debate es cuándo hay afectación directa y emerge el deber de consulta.

Todas estas cuestiones reeditan discusiones sobre la operatividad de los derechos y el rol del poder judicial frente a la omisión de cumplimiento de derechos constitucionales o de jerarquía constitucional. ¿Qué debe hacer una jueza o un juez cuándo los poderes del Estado no cumplen con sus deberes funcionales y omiten hacer efectivos los derechos fundamentales? En el caso concreto, ¿qué ocurre cuándo el poder ejecutivo y el legislativo no implementan el derecho a la tierra y al territorio, o de consulta y participación de los pueblos indígenas consagrados en el artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional, pero también en diversos instrumentos con jerarquía constitucional como el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

Entendemos que, según la postura sostenida por nuestra Corte, los mecanismos o procedimientos que fueran necesarios para la implementación de un derecho o garantía no pueden erigirse en un obstáculo para la protección judicial o configurar una situación de denegación de justicia. Ya a mitad del siglo XX, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los clásicos “Siri”³² y “Kot” había dispuesto que la inexistencia de leyes reglamentarias o de procedimientos debía

³² CSJN, Fallos: 239:459, 1958. Allí, la Corte Suprema sostuvo que basta con comprobar que un derecho o garantía se encuentre conculado para que los jueces tengan el deber de reestablecerlos. El tribunal se expresó en los siguientes términos: “basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer “en qué caso y con qué justificativos podrá procederse “a su allanamiento y ocupación”, como dice el art. 18 de la Constitución a propósito de una de ellas. Ya a fines del siglo pasado señalaba Joaquín V. González: “No son, como puede creerse, las declaraciones, derechos y garantías, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación (...) Que en consideración al carácter y jerarquía de los principios de la Carta fundamental relacionados con los derechos individuales, esta Corte Suprema, en su actual composición y en la primera oportunidad en que debe pronunciarse sobre el punto, se aparta así de la doctrina tradicionalmente declarada por el tribunal en cuanto relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales la protección de las garantías no comprendidas estrictamente en el hábeas corpus (Fallos, t. 168, p. 15; t. 169, p. 103 y los posteriores). Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas”.

ser subsanado por la magistratura cuando se encontrasen lesionados derechos o garantías distintos de la libertad personal, no alcanzadas por el habeas corpus. Para la Corte Suprema “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias”³³. Luego, en “Ekmekdjian”, “Giroldi” y múltiples casos posteriores³⁴, reforzó que los derechos y garantías consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos son directamente operativos y que, por los compromisos asumidos a través de los artículos 1 y 2 de este instrumento, todos los poderes del Estado argentino, incluido el judicial, estaban obligados a hacerlos efectivos. De esta antigua doctrina emana la obligación de los jueces de tutelar y asegurar los derechos constitucionales.

Establecida esa obligación, el debate puede girar en torno a los límites de las juezas y jueces a la hora de establecer los remedios concretos para reestablecer un derecho conculado. Estas discusiones se dieron ampliamente con relación a la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales, en pos de encontrar soluciones que le permitieran al Poder Judicial cumplir su función de garante de los derechos fundamentales y, a la vez, mantenerse dentro de límites que permitan el cumplimiento de las funciones propias de los otros poderes del Estado³⁵. Este ejercicio de la magistratura como protectora de los derechos constitucionales, pero con el establecimiento de límites funcionales, fue especialmente desarrollado por distintos tribunales, incluida la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante un conjunto de sentencias exhortativas³⁶. En varias de estas sentencias el máximo tribunal exhorta al Poder Legislativo a cumplir con el rol constitucional que le corresponde tal como ocurrió con “Badaro”³⁷ y los fallos posteriores, o con “García Méndez Emilio y Musa Laura”³⁸. Más re-

³³ Conf. *Ekmekdjian*, cit.

³⁴ CSJN, Fallos: 241:334, 1958 y 315:1492, 7 de julio de 1992.

³⁵ Véase, por ejemplo, ABRAMOVICH, V. et al, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, 2002.

³⁶ SAGÜÉS, N. “Las sentencias constitucionales exhortativas” en *Estudios constitucionales*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales, noviembre 2006, vol. 4, número 2, pp.189-202 y ABRAMOVICH, V., “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, en FERRER MAC-GREGOR, E. et. al. (coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009 y ARAVITO, C., *El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales*, en Revista Argentina de Teoría Jurídica, U. Torcuato Di Tella, Escuela de Derecho, 2013, Volumen 14.

³⁷ CSJN, Fallos: 329:3089, 8 de agosto de 2006 y las sentencias vinculadas posteriores.

³⁸ CSJN, Fallos: 331:2691, 2 de diciembre de 2008.

cientemente, en el caso “Etcheverry”³⁹ se exhortó a dictar una reglamentación sobre salas de cuidado en materia laboral que se encontraba pendiente de cumplimiento hace más de cuarenta años⁴⁰. En la actualidad, la Corte Suprema cuenta con una vasta jurisprudencia sobre protección judicial frente a omisiones constitucionales⁴¹.

En este contexto, estimamos que, ante la inacción de las agencias públicas o del poder legislativo, es una tarea propia del Poder Judicial declarar la protección efectiva del derecho a la posesión y propiedad comunitaria de la tierra y que, en esta labor, el Ministerio Público Fiscal puede cumplir una importante función en el diseño de mecanismos remediales que sean adecuados para realizar el derecho y que, a la vez, no lesionen las funciones propias de los otros poderes estatales.

En suma, como se puede observar, la realización efectiva de los derechos de los pueblos indígenas es una labor inconclusa. A nivel global, las estrategias desarrolladas para exigir su cumplimiento afrontan un dispositivo de criminalización que complejiza la relación de los Estados con los pueblos indígenas. Esta cuestión ha ingresado en la agenda de diversos órganos de derechos humanos que han logrado visibilizar el fenómeno y marcan lineamientos de actuación tanto para los poderes legislativo y ejecutivo como para la administración de justicia. La concreción de derechos de los pueblos indígenas, en el marco de la tradición jurídica occidental, es aún ardua y espinosa, e impone la tarea de releer el ordenamiento jurídico para incorporar pautas culturales que reproduzcan las aspiraciones de pueblos con otra identidad cultural.

³⁹ CSJN, Fallos: 344:3011, 21 de octubre de 2021.

⁴⁰ Tiempo después, por medio del Decreto 144/2022, el Poder Ejecutivo finalmente reglamentó el artículo 179 de la LCT estableciendo, entre otras cosas, que en los establecimientos donde presten tareas 100 personas o más, independientemente de la modalidad de contratación, los empleadores deberán habilitar espacios de cuidado para los menores entre 45 días y 3 años que estén bajo el cuidado de sus trabajadores durante la respectiva jornada de trabajo (B.O. 23/02/2022).

⁴¹ Véase CSJN, *Nota de jurisprudencia sobre inconstitucionalidad por omisión*, diciembre de 2024, consultado en [<https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/81/documento>].

SALIDAS ALTERNATIVAS AL PROCESO

La conciliación y los conflictos con la ley penal previos

Hernán Kleiman*

Matías Ezequiel Eidem**

I. Introducción

El Código Procesal Penal Federal¹ (en adelante *CPPF*) se encuentra en proceso de implementación en todo el país. Ya rige en las jurisdicciones correspondientes a las Cámaras Federales de Apelaciones de Salta, Rosario, Mendoza, General Roca y Comodoro Rivadavia², y próximamente estará en vigencia en las Cámaras Federales de Apelaciones de Mar del Plata, Bahía Blanca, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Corrientes y Resistencia³.

* Secretario Letrado en la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nº 3. Abogado (UBA); Magíster en Derecho Penal (UA); Docente (UBA).

** Secretario de Fiscalía General en la Procuraduría de Crímenes Contra la Humanidad. Abogado (UBA); Magíster en Derecho Penal (UA); Docente (UBA).

¹ T.O. 2019, B.O.: 07/02/2019.

² Al momento de la elaboración del presente trabajo, se implementó en las jurisdicciones correspondientes a: la Cámara Federal de Apelaciones de Salta (Resolución nº 1/2019 de la Comisión Bicameral De Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal), la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario (Resolución nº 63/2024 del Ministerio de Justicia de la Nación), la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza (Resolución nº 165/2024 del Ministerio de Justicia de la Nación), la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca (Resolución nº 216/2024 del Ministerio de Justicia de la Nación) y la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia (Resolución nº 216/2024 del Ministerio de Justicia de la Nación).

³ De acuerdo con lo dispuesto por la Resolución nº 377/2024 del Ministerio de Justicia de la Nación, el próximo 7 de abril de este 2025 se implementará en la jurisdicción correspondiente a la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, el 5 de mayo también del corriente en la jurisdicción correspondiente a la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, y a través de lo dispuesto por la Resolución nº 143/2025 del Ministerio de Justicia de la Nación, a partir del 11 de agosto de 2025 en las jurisdicciones correspondientes a la Cámara Federal de Apelaciones en lo Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Cámara Federal de Apelaciones en lo Penal Económico, y desde el 1º de diciembre en las jurisdicciones de la Cámara Federal de Apelaciones de Corrientes y la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia.

Uno de los institutos que introdujo en sus artículos 30 y 34 es el de la conciliación⁴.

A su vez, la ley 27.147⁵ modificó el artículo 59 del Código Penal (en adelante *CP*) e incluyó este mecanismo, dentro de las causales de extinción de la acción penal⁶.

Al respecto, cabe aclarar que, a través de distintas resoluciones de la Comisión Bicameral de Seguimiento e Implementación del CPPF, los artículos 19, 21, 22, 31, 34, 80, 81, 210, 221, 222, 285, 286, 287, 366, 367, 368, 369, 370 y 375 ya están vigentes en todo el país⁷, más allá de que el código en su conjunto no haya sido implementado en su totalidad⁸.

Se trata de un método de solución alternativa, que implica una respuesta menos intensa del sistema punitivo -en comparación con las tradicionales penas privativas de libertad-, reservada para hechos cuyo daño generó menor lesividad. Así, permite resolver el conflicto con mayor celeridad, menor gestión de recursos jurisdiccionales y con la intervención de las personas interesadas, además de la asignada a quienes representen al Ministerio Público Fiscal (en adelante *MPF*), de acuerdo con las funciones y atribuciones del artículo 120 de la

⁴ Artículo 30 del CPPF: “**Disponibilidad de la acción.** El representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL puede disponer de la acción penal pública en los siguientes casos: [...] c. Conciliación [...] No puede prescindir ni total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal si el imputado fuera funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo, o cuando apareciere como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias. Tampoco podrá en los supuestos que resulten incompatibles con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL fundadas en criterios de política criminal” (el resaltado es propio).

Artículo 34 del CPPF: “Conciliación. Sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL en el artículo 22, el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte. El acuerdo se presentará ante el juez para su homologación, si correspondiere, en audiencia con la presencia de todas las partes. La acreditación del cumplimiento del acuerdo extingue la acción penal; hasta tanto no se acredite dicho cumplimiento, el legajo debe ser reservado. Ante el incumplimiento de lo acordado, la víctima o el representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL podrán solicitar la re-apertura de la investigación”.

⁵ B.O.: 18/06/2015.

⁶ Artículo 59: “La acción penal se extinguirá: [...] 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes [...].”

⁷ Conforme las Resoluciones 2/2019, 1/2020 y 1/2021 de la Comisión Bicameral De Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal.

⁸ Ello había generado que las primeras discusiones sobre el instituto, antes de esta implementación, trataran sobre su operatividad. Véase, al respecto, el fallo V. -CCC 25020/2015/TO1/CFC1-, de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, dictado el 29/08/2017.

Constitución Nacional (en adelante *CN*)⁹ y las regulaciones específicas del artículo 3 de la ley 27.148¹⁰ y el 25 CPPF¹¹.

Ángela Ledesma explicó que este mecanismo “se presenta como una propuesta que se caracteriza por una mayor moderación respecto de las condiciones generales de la punibilidad, procurando un sistema de sanciones basado en la idea de resocialización y clara restricción del derecho penal a conductas socialmente perjudiciales. El eje en estos casos, en definitiva, pasa por la reparación como consecuencia del hecho”¹².

En los párrafos que siguen, nos centraremos en analizar una de las cuestiones que mayor debate generó en torno a la procedencia -o no- de la conciliación: la posibilidad de aplicar este instituto en casos donde las personas imputadas hayan tenido conflictos previos con la ley penal, ya sea quienes obtuvieron sentencias condenatorias, como aquéllos/as que ya tuvieron procesos penales en que se suspendió el juicio a prueba, o llegaron al sobreseimiento mediante reparación integral o una conciliación anterior.

Se escoge el término “conflictos” con la ley penal como decisión metodológica, ya que permite abarcar la totalidad de los casos que interesan, sin estar circunscriptos a los “antecedentes” que, *strictu sensu*, podría referirse únicamente a una sentencia condenatoria firme.

A los fines del trabajo, a continuación de esta introducción (I), en primer lugar, se analizarán las distintas disposiciones del CPPF en torno a la resolución alternativa de conflictos mediante el instituto de la conciliación (II); luego, se

⁹ “El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones”.

¹⁰ “Funciones en materia penal. El Ministerio Público Fiscal de la Nación tiene a su cargo fijar la política de persecución penal y ejercer la acción penal pública, conforme lo establece el Código Procesal Penal de la Nación y las leyes complementarias, en todos los delitos federales y en aquellos delitos ordinarios cometidos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mientras su competencia no haya sido transferida a la jurisdicción local. Asimismo, interviene y gestiona en el país todos los pedidos de extradición realizados por otros Estados”.

¹¹ “Acción pública. La acción pública es ejercida por el MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, sin perjuicio de las facultades que este Código le confiere a la víctima. El MINISTERIO PÚBLICO FISCAL debe iniciarla de oficio, siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley”.

¹² LEDESMA, Ángela E., “Sobre las formas alternativas de solución de los conflictos penales. A propósito de la nueva redacción del artículo 59 del Código Penal” en *Pensar en derecho*, nº 13, Buenos Aires, EUDEBA, 2018, p. 39.

abordará la concesión del instituto en los supuestos en que la persona imputada haya tenido conflictos previos con la ley penal y la Resolución PGN 92/2023, en la cual se establecieron pautas ineludibles al momento de abordar este fenómeno (III); y, finalmente, se esbozarán unas breves conclusiones (IV).

II. El CPPF y la resolución de conflictos mediante la conciliación

a. Como ya se señaló, el CPPF introdujo distintos métodos alternativos de resolución de conflictos, con la consecuente modificación de la ley 27.147 al artículo 59 CP que regula la extinción de la acción penal.

En cuanto aquí interesa, cabe resaltar que, de acuerdo con el artículo 30 CPPF, la conciliación representa uno de los casos, junto a los criterios de oportunidad, conversión de la acción y la suspensión del juicio a prueba, en que el MPF puede disponer de la acción pública, prescindiendo de ella. Se trata, como explicó Daray, de supuestos de excepción al principio de legalidad, en los cuales la norma habilita al MPF a disponer de la acción penal, pero únicamente en los casos taxativamente indicados por ella, reafirmando de este modo el criterio general del artículo 25 CPPF en cuanto a que “*los fiscales no cuentan con facultades discretionales para suspender, interrumpir o hacer cesar la persecución penal*”¹³.

Son institutos que ponen al modelo composicional en el centro de la escena, según indicó Hairabedián, a partir del trabajo de Frascaroli: “*se adopta una perspectiva del delito en el marco de una justicia reparatoria, en contraposición, con el modelo de justicia punitiva. Así, aquel es considerado como la producción de un daño, como la afectación de bienes e intereses de una persona determinada [...] J. En este modelo, el autor del hecho tiene, en general, la posibilidad de poder recurrir a algún mecanismo de composición entre él y la víctima que permita el restablecimiento, fáctico o simbólico, de la situación a su estado anterior*”¹⁴.

En términos de Buteler, se trata de casos en los cuales el legislador reconoce al acuerdo de voluntades por sobre la pretensión penal, en supuestos en los cuales estamos frente a un conflicto penal primario, es decir, entre la víctima y el

¹³ DARAY, Roberto R., *Código Procesal Penal Federal. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, tomo I, p. 198. En igual sentido, HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Código Procesal Penal Federal Comentado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2021, p. 113-114.

¹⁴ HAIRABEDIÁN, *op. cit.*, p. 130.

victimario, en contraposición con el conflicto secundario, en el cual el conflicto se suscita entre el victimario y la sociedad¹⁵.

Este proceso, según explicó Binder, responde a diferentes intereses y planes¹⁶.

a.i. Por un lado, hay motivos vinculados con el diseño de política criminal, es decir, con la decisión del Estado de redirigir sus respuestas más intensas a fenómenos criminales más lesivos.

En ese sentido, el legislador en el artículo 30 CPPF estableció ciertos criterios en los que quien represente al MPF podrá disponer de la acción penal, pero por existir interés público, específicamente, indicó que no proceden: (i) “si el imputado fuera funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo”; (ii) “cuando apareciere como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias”; (iii) “en los supuestos que resulten incompatibles con previsiones de instrumentos internacionales, leyes”; y (iv) cuando resulte incompatible con “instrucciones generales del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL fundadas en criterios de política criminal”. Este trabajo se concentrará, tal como se advierte de lo hasta ahora desarrollado, en este último punto.

En la regulación específica de la conciliación, se limita a los hechos que, *a priori*, representan menor intensidad lesiva: “delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte” (artículo 34 CPPF).

Se trata de un cambio de paradigma, en el cual se busca que el MPF elabore una estrategia de persecución penal inteligente y adaptada a la realidad, con la flexibilidad de dar respuestas específicas a cada caso concreto de un modo lo menos violento posible y de calidad para cada conflicto, reservando de esta manera las penas de prisión para los delitos más graves¹⁷.

Lo que se busca es priorizar respuestas no punitivas como forma de re establecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social -artículo 22 CPPF-, no perdiendo nunca el foco del principio de *ultima ratio* del derecho penal, a través del cual el castigo queda únicamente legitimado cuando el conflicto no puede resolverse de otra manera¹⁸.

¹⁵ BUTELER, Enrique R, *Disponibilidad de la acción penal y suspensión del proceso a prueba en Córdoba*, Córdoba, Editorial Mediterránea, 2017, p. 77-78.

¹⁶ BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2017, tomo IV, p. 16-17.

¹⁷ HAIRABEDÍAN, *op. cit.* p. 115.

¹⁸ AMARO PICCININI, Georgina et al., en SARRABAYROUSE, Eugenio C. (dir.), *Código Procesal Penal Federal*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2024, p. 201.

a.ii. Por otro lado, es innegable que esta clase de mecanismos tienen una función estratégica vinculada a la sobrecarga de casos, motivo que también influyó en la sanción de las leyes 24.316¹⁹ y 24.825²⁰ que regularon la suspensión del proceso a prueba y el juicio abreviado, respectivamente.

Como destaca Hairabedian, con cita también a Buteler, se trata de un enfoque multidimensional del derecho penal -y de la política criminal-, a través del cual se incorpora al análisis elementos de la realidad. Precisamente, es de ese examen de la realidad del cual se deriva que, a pesar de que normativamente la regla indica que ante cada delito corresponde una pena, en realidad del sistema punitivo, la mayoría de los delitos quedan impunes. No puede ignorarse que, en la práctica judicial, los operadores del sistema han aplicado criterios de disponibilidad de la acción *extra legem*, ante la incapacidad fáctica de investigar y perseguir a todos los casos que ingresaban bajo el sistema anterior, en el cual no estaban previstas este tipo de soluciones alternativas²¹.

Sobre esta cuestión, resulta de sumo interés la posición de Amaro Piccinini y Artico, quienes, con cita a Nino, indicaron también desde un análisis realista de la cuestión que, como consecuencia de esta sobrecarga de casos, el principio de oficialidad pleno inevitablemente deriva en criterios de selección que carecen de base normativa, por lo que quedan al arbitrio del acusador o incluso en muchos casos del juzgador. Por ello, reconocer esta situación fáctica y dotar normativamente al acusador de reglas de disponibilidad vuelve racional su aplicación, y reduce la arbitrariedad²².

a.iii. Finalmente, estas alternativas que buscan, como se dijo, “descongestionar” el sistema judicial penal, y atender los casos que tendrían menor gravedad, pretenden resoluciones de mayor calidad para atender el conflicto en concreto, otorgando más participación a la víctima²³.

¹⁹ B.O.: 19/05/1994.

²⁰ B.O.: 18/06/1997.

²¹ HARABEDIÁN, *op. cit*, p. 115.

²² AMARO PICCININI, *op. cit*, p. 201.

²³ En sintonía con la reforma introducida por la ley 27.372 (B.O.: 13/07/2017) y con la letra de distintos tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22 CN): Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo XVIII); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 8 y 10); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 8 y 25), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 2), entre otros.

En efecto, la conciliación requiere un “acuerdo” que involucra necesariamente la voluntad de la víctima. Se trata de un medio alternativo de conclusión del proceso que traslada la gestión del conflicto a las partes involucradas, para que éstas logren satisfacer sus intereses mediante un acuerdo tendiente a solucionar el conflicto, prescindiendo de la pretensión punitiva tradicional, en la medida en que no haya un interés público que se imponga por encima de la voluntad de aquellos²⁴.

Se trata, en definitiva, de una solución diferente a la reacción penal, basada en un acuerdo voluntario entre la persona imputada y la ofendida, lo cual pretende en última instancia restaurar la paz social, evitando la estigmatización que implica soportar un proceso penal, y también protegiendo a la víctima de la revictimización que supone transitar ese proceso²⁵. Así, como ha señalado Sánchez Rodríguez, se permite que “*las partes solucionen un conflicto sin recurrir a la violencia estatal*”²⁶.

b.i. Ahora bien, las normas que regulan la conciliación en forma expresa en el CPPF ya fueron indicadas en la introducción, pero aquéllas no pueden entenderse de forma aislada del contexto normativo.

En otras palabras, el análisis de este fenómeno no puede estar circunscripto únicamente al artículo 34 CPPF, ya que es una regulación inmersa en una norma y, a su vez, en un conjunto aún más grande de leyes que conforman el sistema penal y procesal penal. En ese sentido, la Corte destacó que, al momento de interpretar una regulación, debe tenerse en cuenta su finalidad (*Fallos: 305:1262; 344:1810*, entre otros), dado que “*no es siempre método recomendable el atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que la nutre ha de determinarse en procura de una aplicación racional, que elimine el riesgo de un formalismo paralizante; es necesario buscar en todo tiempo una interpretación valiosa de lo que las normas, jurídicamente, han querido mandar, de suerte que la admisión de soluciones notoriamente injustas, cuando es posible arbitrar otras de mérito opuesto, no resulta compatible con el fin común de la tarea legislativa y de la judicial. En tal sentido, no debe prescindirse de las consecuencias que derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar*

²⁴ DARAY, *op. cit.*, pp. 214/215.

²⁵ HARABEDIÁN, *op. cit.*, p. 130.

²⁶ SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Viviana, “La conciliación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Según ley 27.063” en *Código Procesal Penal de la Nación*, Suplemento Especial, Buenos Aires, Erreius, 2015, p. 55.

su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma” (*Fallos*: 307:1018).

Así, entonces, cabe comprender el instituto en los términos del modelo composicional, cuyas características se han señalado en el apartado anterior, y para eso se abordará la pauta de solución de conflictos que establece el artículo 22 CPPF y la relevancia de la opinión del *MPF* en materia de cualquier decisión que implique disponer la acción penal.

En primer lugar, la lógica de la conciliación implica dos instancias: el acuerdo entre víctima y victimario, y la intervención, por parte del *MPF* como titular de la acción pública, para verificar los requisitos normativos, es decir, que se trate de un conflicto que pueda ser solucionado de esa forma.

Sobre el primer punto, el *MPF* no tiene intervención. No hay espacio para que considere mejor o peor el acuerdo con relación a la víctima²⁷, ya que excede sus atribuciones, puesto que la norma, respetando la esencia composicional de este instituto, dejó esta parte del conflicto en manos de quienes están involucrados en él. Es la víctima quien debe efectuar la apreciación cualitativa y cuantitativa del acuerdo; en sintonía con las previsiones reguladas en el artículo 9 de la ley 27.148²⁸, y el CPPF en su artículo 80, inciso “j”²⁹.

Así, el *MPF* deberá comprobar que se hayan cumplido los requisitos que establece el artículo 34 CPPF como contralor de la legalidad del acto y, posteriormente, confirmar que no hay interés público en que subsista la acción penal de llevarse a cabo el acuerdo (artículos 22 y 30 CPPF; y 12, inciso “a” de la ley 27.148³⁰).

²⁷ Siempre y cuando, claro está, la víctima y victimario se hayan manifestado libremente y en plenitud de sus capacidades.

²⁸ “Principios funcionales. El Ministerio Público Fiscal de la Nación ejercerá sus funciones de acuerdo con los siguientes principios: [...] f) Orientación a la víctima: deberá dirigir sus acciones tomando en cuenta los intereses de la víctima, a quien deberá brindar amplia asistencia y respeto. Informará a ésta acerca del resultado de las investigaciones y le notificará la resolución que pone fin al caso, aun cuando no se haya constituido como querellante, conforme a las normas procesales vigentes. Procurará la máxima cooperación con los querellantes”.

²⁹ “Derechos de las víctimas. La víctima tendrá los siguientes derechos: [...] j. A requerir la revisión de la desestimación, el archivo, la aplicación de un criterio de oportunidad o el sobreseimiento, solicitado por el representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, aun si no hubiera intervenido en el procedimiento como querellante”. Sobre este punto, véase la Resolución PGN 41/2023, disponible en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2023/PGN-0041-2023-001.pdf>].

³⁰ “Funciones y atribuciones. Las funciones y atribuciones del Procurador General de la Nación son: a) Diseñar y fijar la política general del Ministerio Público Fiscal de la Nación y, en particular, la política de persecución penal que permita el ejercicio eficaz de la acción penal pública”.

Para ello, cabe acudir a la exégesis de los artículos 22, 30 y 34 CPPF, de la cual se desprende que, la disponibilidad de la acción en estos casos para encontrar la solución que mejor se adecúe al conflicto deberá guiarse por la política criminal que se establezca por parte del MPF.

b.ii. Por otro lado, la referencia del artículo 34 CPPF: “*Sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL en el artículo 22, el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios [...]*”; en modo alguno implica descartar la aplicación de lo que dicen los Principios fundamentales del CPPF en el artículo 22: “*Solución de conflictos. Los jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social*”.

El “*sin perjuicio*”, como conector adversativo, no excluye las facultades que tienen los órganos juzgadores o los/as representantes del MPF en la valoración de los aspectos extrínsecos del acuerdo conciliatorio, es decir, fuera de su contenido. Así, podrá ejercer el control de legalidad y verificar las prescripciones de las reglas de los artículos 22 y 30 CPPF.

Esta interpretación sería armónica con el artículo 25 CPPF, ya que allí se prevé que el ejercicio no se suspende, interrumpe ni cesa salvo en los casos “*expresamente previstos por la ley*”³¹.

En esa línea, interpretar que el artículo 34 CPPF prescinde de la opinión del MPF por no haberlo explicitado, implicaría desconocer la titularidad del régimen de la acción penal.

Así, el órgano juzgador deberá limitarse a analizar la legalidad, logicidad y razonabilidad del dictamen del MPF y, en caso de considerar que este último no satisfizo esas pautas, deberá declarar su nulidad y obtener un nuevo dictamen

³¹ Por ejemplo, en los artículos 26: “*Acción dependiente de instancia privada. Si el ejercicio de la acción pública dependiera de instancia privada, el MINISTERIO PÚBLICO FISCAL sólo la ejercerá una vez que la instancia haya sido formulada o en los demás supuestos previstos en el Código Penal. Esta circunstancia no obsta a la realización de los actos urgentes que impidan la consumación del hecho o la de los imprescindibles para conservar los elementos de prueba, siempre que tales actos no afecten la protección del interés de la víctima*”; 28: “*Regla de no prejudicialidad. Los jueces deben resolver todas las cuestiones que se susciten en el proceso, salvo las prejudiciales. Si la existencia de un proceso penal dependiera de la resolución de otro, el ejercicio de la acción penal se suspenderá aun de oficio, hasta que en el otro proceso recaiga sentencia firme. No obstante, los jueces deberán apreciar si la cuestión prejudicial es seria, fundada y verosímil, y en el caso de ser invocada con el exclusivo propósito de dilatar el proceso, ordenarán que éste continúe*” (el resaltado es propio); o el artículo 33 citado precedentemente.

que sí lo haga, sin posibilidad de homologar el acuerdo prescindiendo de la opinión del *MPF* y reemplazándola, puesto que eso vulneraría la separación de funciones del artículo 9º CPPF³², que es uno de los ejes de este modelo³³.

En definitiva, no se trata de una expropiación o reemplazo de la titularidad de la acción penal, sino de una decisión legislativa en que se prioriza el mencionado “conflicto penal primario”, y otorga al *MPF* un lugar en que debe comprobar los recaudos normativos y los lineamientos de política criminal, los cuales, según el artículo 30 CPPF se traducen en instrucciones generales de la Procuración General de la Nación (artículo 12, inciso “a” de la ley 27.148).

III. Los conflictos con la ley penal previos. La Resolución PGN 92/2023

El 7 de diciembre de 2023, en el marco de lo establecido en el artículo 12, inciso “h” de la ley 27.148³⁴, se dictó la Resolución PGN 92/2023³⁵, en la que se instruyó a las y los fiscales con competencia penal para que adecúen su intervención en el trámite de los acuerdos conciliatorios a los distintos criterios allí esbozados. Sumariamente, se advirtió indispensable la intervención del *MPF* en el acuerdo conciliatorio, en su carácter de titular de la acción penal y por los efectos extintivos con relación a aquella; se destacaron los mandatos normativos y reglamentarios que surgen de las obligaciones asumidas por el Estado ante la comunidad internacional; se resaltó la relevancia en la apreciación de los intereses de las víctimas; se destacó la oportunidad procesal en que procedería esta clase de acuerdos para satisfacer sus fines; y, finalmente, y sin perjuicio de las particula-

³² “Separación de funciones. Los representantes del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL no pueden realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no pueden realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal. La delegación de funciones jurisdiccionales en funcionarios o empleados subalternos tornará inválidas las actuaciones realizadas y será considerada causal de mal desempeño de las funciones a los efectos del proceso de remoción de magistrados de conformidad con los artículos 53 y 115 de la Constitución Nacional”.

³³ Vélez Mariconde, indicó que una de las características del sistema acusatorio es que “[...]as partes -acusador y acusado- se encuentran en paridad jurídica, armadas de iguales derechos, mientras el juez-aparece como un árbitro del combate o litigio que se lleva a cabo entre aquéllas, es decir, carece de iniciativa propia de la investigación” en VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, Derecho Procesal Penal, Lerner, Córdoba, 1986, tomo I, p. 21.

³⁴ “Funciones y atribuciones. Las funciones y atribuciones del Procurador General de la Nación son [...] h) Impartir instrucciones de carácter general, que permitan el mejor desenvolvimiento del servicio, optimizando los resultados de la gestión con observancia de los principios que rigen el funcionamiento del Ministerio Público Fiscal de la Nación”.

³⁵ Disponible en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2023/PGN-0092-2023-001.pdf>].

ridades de cada caso en concreto, se trató en particular la situación de las personas con condenas previas y que ya habían estado sujetas a las soluciones alternativas al conflicto penal. Se profundizará, ya que es lo que aquí interesa, sobre estas últimas pautas.

a. Con relación a las personas con condenas previas de cumplimiento, se señalaron tres supuestos distintos para que quien represente al MPF se oponga: (i) “cuando la persona imputada haya sido condenada a una pena de prisión de cumplimiento efectivo que aún se esté ejecutando bajo cualquier modalidad”; (ii) “cuando haya sido condenada previamente a una pena de este tipo y el nuevo hecho fuese cometido en el plazo legal que, en caso de recaer sentencia condenatoria, correspondiera la declaración de reincidente (artículo 50 del Código Penal)”; (iii) “cuando la pena de encierro efectiva se haya dado por compurgada con el tiempo de detención preventiva cumplida”.

Así, se brindaron argumentos relativos al disvalor en el proceso de reinserción social en esta clase de sanciones (lo cual no se modifica en los casos de penas compurgadas), a evitar desvirtuar la finalidad de régimen de las salidas anticipadas y a no alterar las razones del instituto de la reincidencia.

b. Sobre las personas que fueron condenadas a una pena privativa de libertad cuya ejecución quedó sujeta a las previsiones de los artículos 26, 27 y 27 bis CP³⁶, la resolución prevé dos hipótesis para que quien represente al MPF se

³⁶ “Artículo 26.- En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión 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 naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto. Igual facultad tendrán los tribunales en los casos de concurso de delitos si la pena impuesta al reo no excediese los tres años de prisión. No procederá la condenación condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación.

Artículo 27. - La condenación se tendrá como no pronunciada si dentro del término de cuatro años, contados a partir de la fecha de la sentencia firme, el condenado no cometiere un nuevo delito. Si cometiere un nuevo delito, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le corresponda por el segundo delito, conforme con lo dispuesto sobre acumulación de penas. La suspensión podrá ser acordada por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de la primera condena firme. Este plazo se elevará a diez años, si ambos delitos fueran dolosos. En los casos de sentencias recurridas y confirmadas, en cuanto al carácter condicional de la condena, los plazos se computarán desde la fecha del pronunciamiento originario.

Artículo 27 bis. - Al suspender condicionalmente la ejecución de la pena, el Tribunal deberá disponer que, durante un plazo que fijará entre dos y cuatro años según la gravedad del delito, el condenado cumpla todas o alguna de las siguientes reglas de conducta, en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos: 1. Fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato. 2. Abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas. 3. Abstenerse de

oponga al acuerdo conciliatorio: (i) “cuando la persona imputada haya sido condenada a una pena de prisión de ejecución condicional que aún se encuentre en la etapa prevista en el artículo 27 bis del Código Penal”; (ii) “si al momento del nuevo hecho, no hubiesen transcurrido ocho años desde la primera condena firme de esta especie o diez años si ambos delitos fueran dolosos”.

La resolución bajo análisis justifica esa posición en torno a que la condicionalidad de la pena está sujeta a la comisión de un nuevo hecho que, de concederse una conciliación luego de ésta, podría representar “una forma de eludir la consecuencia normativa derivada de la reiteración delictiva”. Además, señala que de otorgarse la conciliación dentro del plazo establecido por el artículo 27 CP se arribaría a una decisión que podría “afectar la coherencia de la reacción institucional”.

c. Por otro lado, la resolución establece la oposición “cuando la persona imputada haya sido investigada en otro proceso en el que se resolvió, a su respecto, la suspensión del proceso a prueba, ya sea que ésta se encuentre en curso, o bien no haya transcurrido un tiempo mayor o igual a ocho años contado a partir de la fecha del vencimiento del plazo por el cual se hubiera concedido este instituto”.

Esta situación se funda en que el mecanismo de la suspensión del proceso a prueba implica, para conseguir la extinción de la acción penal, el cumplimiento de distintas condiciones, entre las que se encuentra el no cometer un delito (cfr. artículo 76 ter, cuarto párrafo, CP). Por ende, el acuerdo conciliatorio podría implicar que los nuevos hechos no traigan consecuencia alguna respecto de las obligaciones que la persona imputada asumió en la causa en que tiene suspendido el proceso a prueba, desnaturalizándolo. Por otro lado, se busca no favorecer a la persona imputada con el mecanismo bajo examen durante el plazo previsto en el anteúltimo párrafo del artículo 76 ter CP, ya que, de proceder, implicaría que estos dispositivos “se conviertan en una forma de eludir la responsabilidad penal”.

usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas. 4. Asistir a la escolaridad primaria, si no la tuviere cumplida. 5. Realizar estudios o prácticas necesarios para su capacitación laboral o profesional. 6. Someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredeite su necesidad y eficacia. 7. Adoptar oficio, arte, industria o profesión, adecuado a su capacidad. 8. Realizar trabajos no remunerados en favor del estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo. Las reglas podrán ser modificadas por el Tribunal según resulte conveniente al caso. Si el condenado no cumpliera con alguna regla, el Tribunal podrá disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento. Si el condenado persistiere o reiterare el incumplimiento, el Tribunal podrá revocar la condicionalidad de la condena. El condenado deberá entonces cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en la sentencia”.

d. Finalmente, se instruye la oposición “*cuando la persona imputada haya sido investigada en otro proceso en el que se resolvió a su respecto la homologación de un acuerdo conciliatorio y no haya transcurrido un tiempo mayor o igual a ocho años*”.

Este postulado interpreta de forma “armónica” el artículo 34 CPPF con el 76 ter CP, puesto que entiende que la falta de regulación expresa no puede ser óbice para que los acuerdos conciliatorios impliquen “*una forma permanente de eludir la responsabilidad penal subyacente*”.

IV. Breves conclusiones

Como se observa, el CPPF regula el instituto de la conciliación más allá del artículo donde detalla los requisitos específicos, y debe ser entendido en esta -no- vedosa- situación en que el conflicto, en primer término, lo resuelvan la víctima y su victimario. Ante esa situación, el MPF únicamente debe asegurar que estén dados los supuestos fácticos (normativos) para que ese acuerdo pueda celebrarse y que no haya motivos de interés público específicos que lo impidan; en definitiva, confirmar que no subsista la pretensión punitiva estatal en el conflicto. Así, además de las pautas objetivas de los artículos 30 y 34 CPPF, la *mejor solución* debe estar guiada por los criterios de política criminal que, en términos institucionales, desarrolle la Procuración General de la Nación.

Lavado de activos, delitos tributarios y sistema acusatorio (conf. Leyes 27.743 y 27.739)

Alejandro Martín Borawski Chanes*

Introducción

Para adentrarnos en la temática que convoca a una breve publicación, sería necesario comenzar con una división de los tópicos conforme los distintos tipos delictivos, para luego realizar una semblanza del sistema procesal acusatorio en creciente implementación en nuestro orden federal.

Lavado de activos

Así las cosas, por definición típica, el tipo de injusto penal previsto en el art. 303 del CP, se ha visto modificado en su redacción original, y en lo que a los fines del presente importa, por la ley 27.743¹, recibiendo, la acción disvaliosa, una nueva dimensión de sus límites objetivos.

Primeramente, debería ubicarse el delito de lavado de activos como un tipo de injusto plurifensivo que ataca o vulnera la administración de Justicia y la libre competencia del sistema económico². Ello, de modo directo e indirecto, a

* Abogado egresado de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Realizó cursos de posgrado en Derecho Penal Tributario y Previsional y Procedimiento Tributario en la Universidad de Belgrano y en la Universidad Austral. Secretario de la Fiscalía General de Mar del Plata ante el Tribunal Oral Federal de dicha ciudad.

¹ Disponible en [<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/395000-399999/397355/norma.htm>], publicada en el Boletín Oficial del 15 de marzo de 2024, número 35383, p. 3.

² cfr. BUOMPADRE, Jorge Eduardo y REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Lavado de activos – compliance. Corrupción, empresa y Derecho Penal*, Ed. ConTexto, 2018, p. 157 y DURRIEU, Roberto, *Tratado de Lavado de activos y financiación del terrorismo. Prevención, investigación y represión*, Buenos Aires, La Ley, Tomo I, 2012. p. 161.

través de la garantía de éxito de la acción delictiva previa que genera la ganancia a ser disimulada mediante acciones individual o pluralmente lícitas, conforme el diseño de los verbos típicos dados en la norma del art. 303 del CP, ello claro, a la luz de la ley arriba mencionada.

El Código Penal prevé la figura en cuestión en el título XIII, denominado delitos contra el orden económico y financiero.

En su actual redacción, la norma prevé que la acción de conversión, transferencia, administración, venta, gravamen, adquisición, disimulación u otra que implique el ingreso de fondos o bienes provenientes de una actividad previa de naturaleza ilícita, es cominada con sanción represiva personal y patrimonial (prisión de 3 a 10 años y multa de hasta 10 veces el monto de la operación de que se trate la acción de lavado).

Establece, asimismo, una condición objetiva de punibilidad de 150 salarios mínimos, es decir de 150 veces el monto de \$ 296.862 (mensuales); por debajo de lo cual, solo operará la eventual imposición de pena de multa de 5 a 20 veces el valor de la operación, sea aquella en uno o varios actos, pero individualmente inferiores a dicho monto, es decir \$ 44.529.300.

Prevé, también, circunstancias agravantes específicas, como lo son la habitualidad comisiva, la intervención plural de agentes activos o de funcionarios públicos.

Luego se dispone la sanción de la acción de receptación sospechosa de bienes o fondos de origen ilícito, como, por último, la parigual sanción para sujetos de transnacionalidad originaria en la comisión del ilícito precedente (a condición de su tipificación local).

Delitos tributarios

Tras esta breve semblanza de este delito, corresponde, ahora, dedicarme a la especie de los tipos de injusto tributarios. Pero, dada la multiplicidad de tipos punibles, según sean de naturaleza fiscal o previsional, describan conductas objetivas condicionadas para su punición por condiciones objetivas de punibilidad o tipos infraccionales de apropiación indebida (fiscal o de recursos de seguridad social), insolvencia, simulación dolosa y alteración dolosa de registros, solo habré de avocarme a su ubicación dentro del Derecho Penal, a los fines de este artículo.

Es así que, la ley 27469 se vio modificada por la ley 27430, en su artículo 279.

Allí se establecieron, en lo pertinente a estos fines, condiciones objetivas de punibilidad ajustadas a la realidad económica actual a ese momento.

La naturaleza penal de las disposiciones represivas de los ilícitos dolosos sometidos en su escrutinio punitivo a condiciones objetivas de punibilidad es represiva, sin ninguna duda, y a ella, o mejor dicho a las acciones ilícitas allí previstas, se les aplican los principios del derecho penal, aunque sea una ley especial³.

La ley punitiva tributaria prevé un dispositivo especial de extinción de la acción penal, dispuesto en el art. 16 del 279 de la ley 27.430 que textualmente legisla: “Artículo 16.- En los casos previstos en los artículos 1º, 2º, 3º, 5º y 6º la acción penal se extinguirá, si se aceptan y cancelan en forma incondicional y total las obligaciones evadidas, aprovechadas o percibidas indebidamente y sus accesorios, hasta treinta (30) días hábiles posteriores al acto procesal por el cual se notifique fehacientemente la imputación penal que se le formula.

Para el caso, la Administración Tributaria estará dispensada de formular denuncia penal cuando las obligaciones evadidas, aprovechadas o percibidas y sus accesorios fueren cancelados en forma incondicional y total con anterioridad a la formulación de la denuncia. Este beneficio de extinción se otorgará por única vez por cada persona humana o jurídica obligada.”

Proceso acusatorio

Sentado ello, cabe entonces, ahora sí, adentrarnos, primeramente, en lo que implica un cambio paradigmático para la Jurisdicción federal, a partir de la sanción de la ley 27063 y sus modificaciones.

En este sentido, no es ocioso señalar que por los artículos 1º y 2º de la ley 27150 (BO 18/6/15) se dispuso implementar el Código Procesal Penal Federal (en adelante CPPF), en forma progresiva y de conformidad con el cronograma de implementación que estableciera la Comisión Bicameral de monitoreo e im-

³ GARCÍA VIZCAÍNO, Catalina García Vizcaíno, *Derecho Tributario*, Buenos Aires, Tomo I, 2^a ed., Depalma, p. 312; VILLEGRAS, Héctor B., *Régimen Penal Tributario Argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 9 y ssqtes.; SOLER, Osvaldo H., *Derecho Tributario económico, constitucional, sustancial, administrativo, penal*, La Ley, 2002, p. 327.

plementación del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, la que funciona en el ámbito del Honorable Congreso de la Nación, previa consulta con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Consejo de la Magistratura.

En virtud de lo regulado por el artículo 1º de la resolución 2/19 (BO, 19/11/19), de la Comisión Bicameral de Monitoreo e implementación del Código Procesal Penal Federal, se estableció la implementación de los artículos 19, 21, 22, 31, 34, 54, 80, 81, 210, 221 y 222 del CPPF, a partir del tercer día hábil posterior a la fecha de publicación de esa resolución en el BO, para todos los tribunales con competencia en materia penal de todas las jurisdicciones federales del territorio nacional.

Por el art. 2º de la resolución arriba indicada, se estableció iniciar el proceso de implementación territorial de CPPF para su aplicación integral en todas las causas que se iniciaran en las jurisdicciones de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza y de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, conforme al cronograma que se estableciera.

El artículo 1 de la resolución 1/20 (BO 31/12/20) de la Comisión Bicameral de Monitoreo e implementación del CPPF, estableció iniciar un proceso de evaluación y monitoreo del funcionamiento de los institutos propios del sistema de enjuiciamiento acusatorio para todos los Tribunales con competencia en materia penal de todas las jurisdicciones federales del territorio nacional en los cuales aún no rige de manera íntegra el CPPF y para todos los Tribunales de la Justicia Nacional Penal.

El artículo 2 de la Resolución 1/20 (BO 31/12/20) de la Comisión Bicameral, dispuso la entrada en vigencia de los arts. 285, 286 y 366 inc. f) del CPPF, a partir del tercer día hábil posterior a la fecha de publicación de dicha resolución, para todos los tribunales con competencia en materia penal en todas las jurisdicciones federales del territorio nacional y para todos los tribunales de la Justicia Nacional penal, mientras resulte en este último caso, la aplicación por parte de estos tribunales de dicho CPPF.

El art. 3 de la Res. 1/20 de la Comisión Bicameral, estableció la finalización del proceso de diagnóstico que se encontraba en curso, dicho año 2020, en la jurisdicción de Salta.

Por el art. 4 de dicha resolución, se estableció continuar con las tareas de relevamiento y monitoreo en las jurisdicciones de los distritos federales de la Justicia federal de Rosario y Mendoza.

En la Res. 1/21 de la Comisión Bicameral (BO 10/2/21), se implementaron los arts. 366, 367, 368/370 y 375 del CPPF para todos los tribunales con competencia en materia penal de todas las jurisdicciones federales del territorio nacional y en todos los tribunales de la Justicia penal, mientras resultare de aplicación por parte de dichos tribunales el CPPF, disponiéndose su implementación a partir del 3er día hábil posterior a la fecha de publicación de dicha resolución en el BO.

En el art. 1 de la Res. 63/24 (BO 19/3/24) del Ministerio de Justicia, se dispuso la plena e inmediata entrada en vigencia del CPPF, a partir del día 18/3/24 en el ámbito de la Cámara Federal de Rosario.

El art. 1 de la Res. 165/24 del Ministerio de Justicia de la Nación, dispuso la entrada en vigencia a partir del 5 de agosto del 2024 para el ámbito territorial de la Cámara Federal de Mendoza.

La resolución 186/24 del Ministerio de Justicia dispuso la plena vigencia del art. 358 del CPPF.

Por disposición del art. 1 de la Resolución 216/24 del Ministerio de Justicia de la Nación, se dispuso la entrada en vigencia del CPPF en General Roca, a partir del 4 de noviembre del 2024.

Por art. 2 de la Resolución 216/24 del Ministerio de Justicia, se dispuso la entrada en vigencia del CPPF en Comodoro Rivadavia, a partir del 2 de diciembre de 2024.

La resolución 377/2024 (17/12/2024) del Ministerio de Justicia de la Nación, dispuso la entrada en vigencia del CPPF en las Jurisdicciones de Bahía Blanca y Mar del Plata.

La resolución 143-2025 del Ministerio de Justicia de la Nación, dispuso la entrada en vigencia del CPPF en el ámbito de las Cámaras Federales de apelación en lo Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en lo Penal Económico y de Corrientes y Resistencia, a partir del 11 de agosto del corriente año.

Recapitulando, cabe recordar que, un sistema procesal penal puede ser de naturaleza inquisitorial o acusatoria, viéndose en las disposiciones de la ley 23984 (Publicada en el Boletín Oficial del 09 de septiembre de 1991, Número 27215, Página 1), un claro carácter inquisitorial del régimen procesal del llamado Código Levenne.

En este tipo de procesos, un juez de instrucción cumplía dos roles (investigar y juzgar), salvo excepciones contenidas en el art. 196 de dicho ordenamiento,

ocasión en la cual y bajo los presupuestos especiales de procedibilidad, ciertos hechos delictivos eran delegados en su investigación en el Fiscal.

Esa concepción procesal de naturaleza continental europea, nacida de la institución “Santa inquisición”, sufrió modificaciones en su conducción única jurisdiccional (con facultades investigativas y de resolución) y limitó, en la etapa de debate (más marcadamente), las facultades directivas de los magistrados, en favor de las partes ya acusadora y defensora (material y formal: imputado y defensor técnico respectivamente); limitando, por ejemplo, la posibilidad de intervención de los magistrados durante el debate a la sola formulación de preguntas aclaratorias y no constitutivas del tipo penal, tras el conferimiento de traslados sucesivos a las partes para que ofrecieran la prueba (documental, testifical, informativa, pericial), que consideraran ha menester (art. 354 CPPN), limitándose a la producida durante la etapa de investigación. Se veía, y aún sucede en las jurisdicciones en donde sigue vigente este código adjetivo, que la incorporación por lectura al debate de piezas probatorias colectadas durante la investigación era habitual y, así, la inmediación que hoy rige como característica del nuevo ordenamiento procesal se menguaba estrepitosamente.

Retomando el hilo conductor de este trabajo, con la adopción del sistema acusatorio adversarial, la dialéctica procesal cobra una nueva dinámica y ya el magistrado no investiga, ni el fiscal juzga (art. 9 CPPF), ajustando así el nuevo esquema acusatorio adversarial a pautas constitucionales (art. 18 y 117 – en tanto y en cuanto impone al Poder Judicial, ejercer jurisdicción – de la CN), exigidas por razón de tratados internacionales (entre otros: XXVI, segundo párrafo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que establece el derecho de todo hombre a ser juzgado por Tribunales imparciales; en igual sentido, art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

En estas condiciones, durante la etapa de investigación, las partes se ciñen, en sus respectivas teorías del caso, a colectar en sus respectivos legajos de prueba (art. 230 del CPPF) los elementos conviccionales de que se servirán para formar convicción a efectos de esgrimir sus dictámenes y requerimientos o defensas, excepciones y pretensiones de descargo.

Es así que, las partes forman un curso en base a las posiciones que en dialéctica se conocen como tesis y antítesis, de camino a una solución final (síntesis).

Claro está que, ese derrotero basado en elementos conviccionales, primero, y luego, y ante la confrontación (bilateralidad) en presencia de los magistrados

(inmediación), en un acto oral y público (juicio, por antonomasia), se verá conceptual y ontológicamente elevado a la condición de prueba, pero, previamente, pasará por un filtro fundamental que se concretará en la audiencia de control de acusación.

Este último acto referido, integra lo que se denomina en algunos ordenamiento procesales como etapa intermedia o de crítica instructoria, en donde la pesquisa llevada a cabo con una actividad probatoria independiente (cada parte lleva su propio legajo (art. 230 CPPF), pero respecto de un objeto procesal comunicado en ocasión de verse formalizada la investigación (art. 254 del CPPF), ve su culminación y se ve sometida a decisión del Juez de revisión (art. 274 CPPF), en una audiencia (art. 279 CPPF), que debe celebrarse tras la sustanciación de la postulación acusadora del Fiscal (art. 277 CPPF).

En ese recorrido de actos procesales en donde las partes (adversarios) postulan y motivan sus posiciones en elementos convictivos que no son conocidos por los magistrados – que resuelven las peticiones en donde las garantías constitucionales de privacidad de las comunicaciones y telecomunicaciones, de inviolabilidad del domicilio, de incoercibilidad del sujeto sometido a proceso (prohibición de declarar contra uno mismo), de ser asistido por un letrado, etc. – es en donde se advierte la existencia de un conflicto real y concreto que gira en derredor de una acción disvaliosa exteriorizada en un hecho materialmente motivo de inquietud estatal, el cual se atribuye a un sujeto en relación a un especial título jurídico (delito en particular), con la latente posibilidad de una interpretación alternativa.

Este proceso colector de elementos acreditantes de sus posiciones conflictivas para la generación (motivación y fundamentación) de sus respectivas tesis antagónicas (que evidencian conflicto en términos constitucionales – art. 116 CN y legales – arts. 14 y 15 ley 48), publicitadas en hitos procesales de trascendencia de cara a la solución de sus intereses en el marco de un debate oral y público, se ve concretado bajo condición de igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización según lo establece el art. 2 del CPPF; pero, también, bajo el régimen de vigencia del principio de inocencia, en donde la gestión del conflicto (arts. 12 y 90 CPPF) haga prevalecer la posibilidad de verse garantizado el principio de oportunidad por sobre el de legalidad, dado que así lo aconsejan los arts. 22, 30, 31, 34 y 279 inc. d), todos del CPPF.

La concentración, celeridad, publicidad, inmediación, desformalización, gestión de conflicto, idoneidad, igualdad de armas, inocencia, insignificancia, lealtad procesal, oralidad, proporcionalidad, razonabilidad, simplicidad, *pro homine*, resultan parámetros externos de la contienda, en tanto y en cuanto, no haya consenso probatorio que importe conformidad de las partes para dar por sentada la existencia de hechos no controvertidos y seguir superando, en esa gestión, las diferencias que importan el conflicto penal.

Principios del proceso acusatorio en derredor de los delitos de lavado de activos y delitos tributarios

Llegados entonces a esto, nos corresponde retomar la posta con lo que implica términos de gestión eficiente del conflicto penal, en donde la finalidad restaurativa del proceso como pretendida e ínsita en él debe primar por sobre la aplicación del principio de legalidad a ultranza, ello, en tanto y en cuanto el principio de razonabilidad e intervención penal mínima así lo aconsejan.

Puntualmente, las disposiciones de los arts. 22, 30, 31 y 34 del CPPF dotan de herramientas a las partes, a los efectos de optimizar la gestión del conflicto en aras a la heterocomposición supervisada jurisdiccionalmente. Sin mella de la posibilidad de aplicarse de parte del Ministerio Público Fiscal el denominado principio de oportunidad, en las citadas normas, se contemplan los institutos de la conciliación y de la reparación integral, ambos de marcado carácter compositivo y restaurativo.

En estos últimos se ve un fundamento fondal en las prescripciones del art. 59 inc. 6 del CP, que dispone que puede extinguirse y, en lo que aquí interesa, la acción penal, por reparación integral y conciliación.

La reparación integral resulta una acción del ofensor de recomponer patriomonialmente o restitutoriamente el daño o las cosas privadas por acción material del delito cometido, en términos totales, sin cortapisas alguna. Es decir que, y a contrario de lo que sucede con el instituto de la suspensión del juicio a prueba, quien pretenda extinguir la acción, deberá restituir y reparar económicamente la privación del bien de que se trate o reparar directamente el bien destruido o indisponible definitivamente para la víctima del delito, de manera integral, es decir total, absoluta y con plena satisfacción de todos los rubros que

se verifican como concretos a partir de la acción disvaliosa. Con fundamento en lo dispuesto por el art. 1740 y 1726 del Código Civil y Comercial de la Nación, Daray define el concepto y alcance de daño y su extensión, con cita de precedentes de la Cámara Federal de Casación Penal -Sala IV, 18/3/22, causa 7986/18 "Curien, Horacio Justo s/ Recurso de Casación", con remisión a las consideraciones del precedente de esa misma Sala IV, CFP 7245/2013/TO1/2/CFC1, caratulada: "BOBBIO, Gerardo Andrés y ZIEMBA, Ulises Aldemar por averiguación de delito"⁴.

Debe tenerse en consideración, aquí, y a los efectos de lo dispuesto por el art. 30 del CPPF, la resolución general PGN 92/23, la cual establece, con alcance para el instituto de la conciliación, ciertas limitaciones en su procedibilidad.

Pero, volviendo al origen de este tópico central del presente, el artículo 59 inc. 6 del CP establece dos modos de conclusión anticipada del proceso penal, uno mediante el concierto de voluntades conformado entre víctima y victimario y otro bien distinto de aquel, consistente en la reparación integral del daño provocado, ello claro, sometido a previsiones procesales, ambos.

La manera de extinguir la acción penal y consecuentemente solicitar el sobreseimiento (art. 269 CPPF) se encuentra regulada, tal lo adelantado, en los arts. 22, 30, 31 y 34 del CPPF, al igual que en lo dispuesto en los arts. 269 y 279 (para su oportunidad procesal de requerimiento, análisis y eventual concesión) a la etapa de control de la acusación.

El digesto adjetivo requiere que, para su procedencia, se trate de delitos de contenido patrimonial, cometidos sin violencia y no por funcionario públicos (de allí la trascendencia del precedente "Bobbio", arriba citado).

En este sentido, y en relación a los delitos tributarios y de lavado de activos, se verifican dos condiciones de procedibilidad, la patrimonialidad y la comisión por medios no violentos. Mas, de verificarse la condición agravante del tipo de injusto previsto en el art. 303 apartado 2, inc. b) del CP, ello no podrá ser posible, dada la condición de funcionario público como agente activo.

Pero, esto no es tan lineal como se presenta.

A la luz del precedente "Joannier Philippe Y. H. y otros (lavado de activos)" de la Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, de fecha 14/7/23, en donde y en base a compromisos internacionales (entre otros: Convención Interamericana contra la Corrupción - arts. VI, VIII, IX y XI, aprobada por ley Nro. 24.759;

⁴ DARAY, Roberto R., *Código Procesal Penal Federal. Análisis doctrinal y Jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, Tomo 1, p. 176.

Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, aprobada por ley Nro. 26.097; y ley de Ética Pública, n° 25.188), con la salvedad de la participación en algunos de los hechos de funcionarios públicos, la supraindividualidad derivada de una multiplicidad de víctimas impondría entender que la acción delictiva daña un bien colectivo “abstracto”, concebido para satisfacer las necesidades básicas de los habitantes, para su autorrealización personal.

Advierto que, gravitó más en este tipo penal la plurifensividad del bien jurídico tutelado que la colectividad indeterminada de víctimas, pero, también, debo reparar que ellas y la ley (conforme voto en minoría del Juez Carbajo, con cita de la CSJN en fallos 342:2344), el principio de legalidad, deben ceder frente al principio *“pro homine”*, derivación del de dignidad que confronta al de Bien Común Político, allí cuando se trate de conceder mayores derechos y en atención al principio de proporcionalidad.

Es así que entiendo que, más allá de los compromisos asumidos internacionalmente por la Argentina, ellos se ciñen, en igualdad de condiciones y bajo el imperio de los tratados internacionales y la Constitución Nacional (arts. 16, 18, 19, 33 y 75 inc. 22), a un régimen de concecibilidad, dado que, lo que se ha asumido es el compromiso de investigar y castigar. Y aquí debo hacer un alto en la huella, para señalar que, la extinción de la acción penal, en esencia, importa una sustitución punitiva, a la que se arriba por virtud del principio restaurativo propio del proceso penal acusatorio – adversarial. Lo que se exige no es una condena, sino una persecución, una investigación.

Es así que, donde la ley no distingue, el operador judicial y jurisdiccional no debe tampoco hacerlo.

Si se ve íntegramente reparado el daño ocasionado (capital, intereses, lucro cesante, privación de uso, costas generadas por la sustanciación del proceso y demás rubros razonablemente derivados y previsibles), debe pensarse si se prefiere la imposición de una pena privativa de libertad o la reparación del daño.

A esto debe sumarse que, como efecto natural de la acción, el decomiso de bienes y la retroacción jurídica de los actos con tal contenido son consecuencia natural de este tipo de acuerdos extintivos de la acción penal.

El Ministerio Público Fiscal representa a la sociedad en un proceso y, de allí que, su dictamen vinculante salda la exigencia sentada por el art. 120 de la CN y el 1 de la ley 27148 (Misión general. El Ministerio Público Fiscal de la Nación es el órgano encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la

legalidad y de los intereses generales de la sociedad. En especial, tiene por misión velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte y procura el acceso a la justicia de todos los habitantes).

La sociedad se ve representada generalmente más allá de la plurifensividad del ilícito de lavado de activos y de la pluralidad de víctimas indeterminadas y si el recupero de bienes, complementado con la reparación del daño causado por el monto total de las operaciones en donde las acciones típicas tuvieron verificación, se produce, el principio restauratorio del proceso punitivo se advierte; y en esto la PGN 92/23 arriba citada, no resulta de aplicación al instituto de la reparación integral, ya que se refiere a la conciliación.

No se ve ofensa al orden normativo interpretado hermenéuticamente de momento en que, si por intelección analógica, se acude al instituto de la suspensión de juicio a prueba [que regula una dilación condicionada de la valoración probatoria a realizarse en un juicio de valor – ya abreviado, ya oral-, en relación a los extremos de la imputación (materialidad delictiva y autoría penalmente reprochable), a resultas del cumplimiento de reglas de conducta y bajo condición de procedibilidad de máximo de pena en concreto (CSJN “Acosta”) y ofrecimiento de reparación “en la medida de lo posible” para el imputado]. Se advertirá que aquella inteligencia extensiva no puede ser *“in malam partem”*, ya que se refirió con el principio *“pro homine”* y se concluirá que, si se puede diferir el juicio de valor al incumplimiento (condición resolutoria de las reglas de conducta impuestas) u obturar conclusiva y anticipadamente el proceso ante la constatación de cumplimiento de las reglas impuestas, en un proceso punitivo, máxime, se puede extinguir la acción penal por reparación integral y no en la medida de lo posible, del daño causado.

La limitación a delitos como el lavado de activos no aparece como normativamente establecida por una ley previa, escrita y anterior a hechos bajo escrutinio recursivo y, en consecuencia de ello, la veda implica vulneración del principio de reserva legal, ya que se priva de lo no expresamente prohibido.

Ahora bien, llegados a los delitos tributarios, estos encuentran por especialidad una norma de escape del poder punitivo estatal, de conformidad con lo que se adelantara (art. 16 contenido en el art. 279 de la ley 27430) y en especial consideración a lo establecido por el art. 2 de la ley 27743 (Publicada en el Boletín Oficial del 08-Jul-2024, Número 35456, página 63), que determina que los

“contribuyentes y responsables de las obligaciones tributarias y aduaneras y de los recursos de la seguridad social cuya aplicación, percepción y fiscalización se encuentran a cargo de la Administración Federal de Ingresos Públicos, podrán acogerse por las obligaciones vencidas al 31 de marzo de 2024, inclusive, y por las infracciones cometidas hasta dicha fecha relacionadas o no con aquellas obligaciones. El acogimiento previsto en el párrafo anterior podrá formularse desde la fecha de entrada en vigencia de la reglamentación que dicte la Administración Federal de Ingresos Públicos y hasta transcurrido ciento cincuenta (150) días corridos desde la fecha, inclusive”, al régimen de regularización de obligaciones Tributarias (art. 1 de la citada ley).

En materia tributaria y tratándose de delitos de evasión fiscal y previsional simple y agravada y aprovechamiento indebido de beneficios fiscales, es posible extinguir la acción penal si se aceptan y cancelan en forma incondicional y total las obligaciones evadidas, aprovechadas o percibidas indebidamente y sus accesorios, hasta treinta (30) días hábiles posteriores al acto procesal por el cual se notifique fehacientemente la imputación penal que se formula.

Primeramente, debo señalar que, la norma prevista por el art. 59 inc. 6 del CP no encontraría lugar para su aplicación en este tema, dado que hay una norma especial posterior (ley 27430 del 29/12/2017) a la general anterior (art. 59 inc. 6 del CP de fecha 17/6/2015), que impone acudir al principio *“lex specialis derogat legi generalis”* y *“lex posteriori derogat anteriori”*, que en su conjunto permiten afirmar categóricamente que una ley especial posterior deroga una anterior general.

En este sentido, debe repararse que la CSJN ha sentado positivamente que el régimen especial de una determinada ley priva sobre las normas generales del C.P.⁵

Con suma claridad, autores como Fiorito y Albareda sostienen que “el art. 14 de la Ley n° 23.771 (al igual que la ley n° 24.769) establecía un supuesto de extinción de la acción penal por pago del perjuicio evadido. Cuando se planteó la aplicación de la suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis del CP) a los delitos de tal ley, se sostuvo que al disponer el art. 10 de la ley n° 24.316 origen del citado instituto que sus disposiciones no alteraban los regímenes especiales dispuestos en las leyes 23.737 y 23.7711 tal suspensión no era de aplicación a los

⁵ Entre otros, CSJN, S.A. B. y V. V. I.C.F.A.C. y M., decisión del 21/09/76. En contra de ello, Tribunal Oral Penal Económico 2, Incidente de falta de acción -art. 59 inc. 6 del CP- correspondiente a la causa CPE 1540/2018/TO2/3 caratulada M. M. S.A y otro s/ inf. ley 24.769, 07/07/2020.

delitos fiscales (vgr. los casos de la CFCP fallados en las causas “Piaskowski Rosa Regina”, sala III, reg. 691/98; “Pardo García Héctor”, sala II, reg. 2135/98, “Alberti”, sala II, c. 11.286 del 22/03/10 y “Arana Sergio Daniel”, sala I, reg. 12.158/08). La cuestión resultó controvertida hasta que la CSJN resolvió en el caso “Nanut” del 07/10/08 (N. 272, XLIII) que también respecto a los delitos de la ley nº 24.769 era aplicable la doctrina de Fallos 331:858, es decir, la suspensión del juicio a prueba del art. 76 bis del CP (el Alto Tribunal reiteró tal doctrina en el caso “Cangiasso” del 16/12/14, 1253/2013 -49-C-). Como se observa, también se trataba de la aplicación de una suspensión y extinción de la acción penal regulada en el CP a los delitos de las leyes penales tributarias no obstante su régimen especial de extinción por pago. El legislador, en su posterior modificación del art. 76 bis del CP por la ley nº 26.735, estableció expresamente que tal instituto no era de aplicación a los delitos de la ley nº 24.769, poniendo fin así a la doctrina anterior y opuesta de la CSJN. En otras palabras, fue necesaria una modificación expresa para hacer inaplicable a los delitos tributarios el régimen general del CP respecto a la suspensión del juicio a prueba. En el caso, no existe esa norma especial que vede la aplicación del art. 59 inc. 6º del CP a tales supuestos y, como se dijera, el Tribunal no puede pretorianamente crear una restricción al margen de la ley⁶.

De allí que, concluyan justificante la posición del Tribunal Penal Económico, dado que la modificación a la ley 24316 contuvo la veda de acceso del instituto de la suspensión del juicio a prueba de los delitos tributarios y aduaneros.

En este sentido, la cuestión de la procedibilidad de la reparación en términos de integralidad viene dado por la literalidad de la norma citada, que establece la satisfacción del capital e intereses de parte del evasor tributario o previsional y del aprovechador indebido de beneficios fiscales, para acceder a la venia extintiva del proceso penal; ello claro, sometido a un hito temporal de tempestividad del ofrecimiento y efectiva concreción, cual los 30 días hábiles del acto procesal por el cual se notifique fehacientemente la imputación penal que se formula.

El acto procesal de notificación fehaciente de la imputación en el nuevo régimen procesal penal federal es el de formalización de la causa, en los términos del art. 254 del CPPF.

⁶ FIORITO, Mariano A. y ALBAREDA, Mauricio, *La Reparación Integral -art. 59 inc. 6º del Código Penal- como vía de extinción de las acciones penales derivadas del Régimen Penal Tributario. Análisis Jurisprudencial*. Consultado en [<https://www.saij.gob.ar/DACF200161>].

La emisión de dictamen fiscal en los términos del art. 257 del CPPF, en donde aquel solicita al juez la fijación de audiencia a los fines de poner en conocimiento del imputado y su defensa, en presencia del juez, el hecho que le atribuye, su significación jurídico penal, el grado de participación y los elementos de convicción con que cuenta para sostener ello, debe ser puesto en conocimiento de la defensa, para que esta pueda concretar el ejercicio material de la defensa de los intereses del imputado en el proceso penal y de conformidad con lo establecido por los arts. 8.2.c) de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 14.3.b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Ese acto es el de convocatoria al proceso a fin que el imputado ejerza su defensa (pudiendo declarar si así lo entiende pertinente – arg. art. 65 inc. h) del CPPF), pero significa el *dies a quo* del plazo de 30 días hábiles para optar por saldar sus obligaciones tributarias con los accesorios establecidos por la ley y, así, acceder al sobreseimiento consecuente que podrá ser otorgado, clausurándose la instrucción, en la etapa prevista en el art. 279 del CPPF (audiencia de control de acusación), dado que allí, el acuerdo pleno (art. 323 CPP), con relación al hecho y al modo anormal de conclusión anticipada del proceso penal, podrá ser anunciado y concertado.

Queda así, entonces, establecida la posibilidad de acogerse a un régimen de extinción de la acción penal derivado del pago total de la obligación tributaria o previsional, de conformidad con lo establecido en el art. 5 de la ley 27743, en ocasión procesal dispuesta por el art. 16 de la ley 27430 (30 días hábiles), según art. 279 de ella, a partir del día subsiguiente al que se celebre la audiencia de formalización de la causa en los términos del art. 254 del CPPF.

Aquí, se ve claramente establecido el principio rector según el cual la oportunidad supera a la estricta legalidad y el fin recompositor del proceso penal se ve consagrado, al obtenerse la reparación del daño mediante la percepción del capital con más intereses devengados del ilícito tributario o previsional.

Aquí la supra individualidad del ilícito tributario no implica mella para la concesión de la venia oclusiva y, en consecuencia de ello, la procedencia del instituto consagra fines recaudatorios innegables, que implican el cumplimiento de los fines del Estado democrático de Derecho de un modo acabado.

El principio de oportunidad, entonces, supera al de estricta legalidad procesal que indica indisponibilidad de la acción penal bajo ninguna situación, llevando los perjuicios a mayores puertos que los ocasionados por virtud del delito;

ya que la consagración de la imposición de la pena, allí cuando su sustituibilidad por una reparación equivalente al daño ocasionado, cuando el delito es de contenido patrimonial, importa la optimización de recursos estatales en beneficio de la sociedad otrora perjudicada.

El diseño de acciones ilícitas, es decir, contraventores del orden jurídico en general, bajo condición de ceñirse a un estricto y acotado marco de despliegue conductual, atribuible a título de dolo o de culpa y al que se le asigna una medida de seguridad o pena, debe regirse por el principio de proporcionalidad en esa legalidad y culpabilidad que se establecen como basamentos del *ius puniendi*.

Esto significa que, conductas relevantes especialmente descriptas en normas especiales (sea el CP o leyes especiales), serán las reglas que los sujetos deberán obedecer o abstenerse de cometer, dado que la conminación sancionatoria es inherente a su verificación en el marco de un proceso jurisdiccional a esos fines.

El Estado democrático de Derecho impone limitar ese poder a lo que estrictamente se prohíbe (art. 19 CN), siempre que sea asimismo su existencia previa a la verificación (proceso), de su comisión (art. 18 CN).

La CSJN sostiene que “el conjunto de las condiciones de la vida social que hacen posible tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de su propia perfección” resulta un bien común a tutelarse (Fallos 296/65).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que el Estado tiene el deber de actuar eficazmente en los casos en que se atente contra bienes esenciales de la persona y así exhorta a la prevención, la investigación, la punición y la reparación (caso “Osorio Rivera v. Perú”).

Esa reparación resulta restaurativa de la paz social y del bien común al que el Estado, a través de la observancia de la ley y de la constitución, debe propender (CSJN, fallos 300:1204).

Hablamos, así, de interés socialmente relevante que se erige como un bien jurídico tutelado, que bien puede ser individual o supra individual.

Ahora bien, la reparabilidad del daño causado en términos de lo dispuesto por los arts. 1726, 1740 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación es una finalidad del proceso penal, en los delitos de contenido patrimonial, ya que la objetiva circunscripción de un conflicto (ley 48 y art. 116 CN), actual, es ceñible a un objeto tangible como lo es el dinero, siempre y cuando no haya sido objeto del ilícito por medios violentos.

La recomposición del conflicto a través de una reparación integral del daño que satisface plenamente a la víctima, en tanto y en cuanto objetivamente ella se vio privada de aquél, por razón de la acción ilícita, consagra la plena vigencia del principio *pro homine*, que impone entender que las sanciones deben regirse por el principio de estricta culpabilidad y humanidad, conforme lo dispone el art. 18 de la CN y el 34 inc. 1 del CP.

La idoneidad que informa el principio de proporcionalidad se ve complementada por el de necesidad y exigibilidad o razonabilidad, que importan entender que siempre que pueda una norma disponer de la excepción al curso punitivo puro de retribución de una conducta, por un sucedáneo patrimonial apto para recomponer la paz social, debe ser preferido en oportunidad para su prevalencia ante una pena privativa de libertad que no satisfaga los intereses especialmente protegidos de una persona o colectividad, en cuya satisfacción la ley penal y la constitución legislan.

En estas condiciones, las pautas de aplicabilidad del instituto de la reparación integral, que es sustitutivo de una pena privativa de libertad solo para casos puntuales que son señalados por remisión fondal, a normas de orden procesal, se ven, en el caso de la jurisdicción federal, también sometidos a legislación federal nuevamente y, en consecuencia de ello, la no limitación a casos puntuales, en donde el acuerdo de voluntades sí puede constituir, bajo ciertas pautas, un reflejo de la coerción que dio origen a la conducta ilícita en detrimento de una víctima vulnerable.

Conclusión

En virtud de todo lo analizado es que, entiendo que las disposiciones procesales que rigen la disciplina del instituto de la reparación integral para supuestos de delitos tributarios y de lavado de activos, en las condiciones legales arriba indicadas, resultan razonables, legal y constitucionalmente hablando, para arribar a una solución anticipada del conflicto penal, bajo condición de la íntegra reparación del daño causado; teniendo en cuenta que, la supra individualidad de la víctima no constituye óbice para su aplicabilidad, toda vez que el Ministerio Público Fiscal ocurre al proceso en su representación y salvaguarda, al igual que en el de la ley, y no corresponde denegar a uno lo que se concede a otro, si entendemos que el bien jurídico tutelado, en uno y otro caso no guarda una distancia sideral que los ubique en estratos diferentes que los haga desiguales.

Delitos ambientales y reparación integral

Desafíos y oportunidades en el Código Procesal Penal Federal

Jesús Gabriel Mercado*

I. Introducción

El ámbito jurídico contemporáneo enfrenta desafíos cada vez más complejos, derivados de la interacción entre nuevas formas de criminalidad y la evolución de los sistemas jurídicos. La persecución y sanción de los delitos ambientales representa uno de los mayores desafíos del derecho penal contemporáneo.

En este artículo se pondrá el foco en las características de los delitos ambientales, su complejidad en términos analíticos, procesales y en la principal herramienta de justicia restaurativa receptada en el Código Procesal Penal Federal, la que podría generar armonía y paz entre los diferentes protagonistas.

Los delitos ambientales han emergido en las democracias occidentales como una de las preocupaciones centrales en la protección de lo colectivo, pues sus efectos trascienden las fronteras nacionales, generan daños comunes incalculables que comprometen a generaciones futuras. Al respecto, la persecución y sanción de los delitos ambientales representa uno de los mayores desafíos del derecho penal contemporáneo, puesto que se encuentran caracterizado por su alto impacto ecológico y social, su naturaleza transnacional y la dificultad en la determinación de la relaciones causales y responsabilidades, lo que debería demandar un enfoque innovador y estratégico dentro del sistema de justicia penal argentino.

* Auxiliar Fiscal del Área de Investigación y Litigio de Casos Complejos de la Unidad Fiscal de Neuquén. Magíster en Derecho Penal (Universidad Austral). Especialista en Administración de Justicia (Universidad de Buenos Aires). Profesor Adjunto en la Universidad Nacional del Comahue y Profesor Adjunto (Int.) en la Universidad de Flores.

En este contexto, exploraremos la conflictividad ambiental que involucra la técnica legislativa, los múltiples actores, contextos internacionales o estructuras delictivas sofisticadas. Lo cual exige un análisis crítico y propuestas novedosas que aseguren una persecución penal eficaz y equilibrada, sin comprometer las garantías procesales, dentro de las cuales el plazo razonable en el proceso adversarial acusatorio es un punto de suma relevancia en orden a la complejidad del fenómeno.

Por otra parte, se examinará el rol de la reparación integral como eje alternativo a la respuesta penal, explorando cómo mecanismos como los acuerdos reparatorios pueden fortalecer la tutela ambiental de carácter preventivo y precautorio, sin comprometer la eficacia de la persecución penal.

La correcta articulación de las herramientas procesales disponibles puede permitir no solo sancionar a los responsables, sino también, quizás, garantizar una respuesta rápida y efectiva que priorice la restauración del daño ambiental y la prevención de futuras afectaciones.

II. Los delitos ambientales en la legislación argentina

En términos generales, podemos afirmar que los delitos ambientales constituyen conductas atrapadas por la ley penal que atentan contra el equilibrio ecológico y la sostenibilidad de los recursos naturales. Su especificidad radica en que afectan bienes colectivos y pueden generar daños irreversibles al medio ambiente, con graves consecuencias tanto para los seres vivos como para cada subsistema de la naturaleza. En diversas legislaciones, como la de Argentina, estos delitos abarcan la contaminación de suelos, agua y aire, y en otras, como en España, también se castiga la degradación y explotación ilegal de recursos naturales y la afectación de la biodiversidad, entre otras conductas sancionadas penalmente.

En nuestro país, no contamos con un título dedicado a los delitos ambientales en el Código Penal. Poseemos una ley muy añeja que en su oportunidad fue sancionada no porque existiera una gran conciencia en relación a la protección de los recursos naturales en el país, sino porque interesaba al Estado organizar y regular todo lo relativo a la manipulación, almacenamiento y gestión de los residuos peligrosos. En efecto, “las leyes penales que se dedican a la protección del medio ambiente son erráticas, anacrónicas y brillan por la ausencia

de una política criminal racional. En su lugar, tenemos leyes aisladas, una suerte de diáspora normativa, que no logra dotar de la homogeneidad necesaria para referirnos a una tutela penal conjunta del medio ambiente”¹.

Esa Ley N°24.051, que es la base normativa del delito de contaminación en su modalidad dolosa y culposa previstos en sus artículos 55 y 56, es la principal fuente de las múltiples discusiones doctrinarias existentes en el país. Además de haber sido sancionada antes de la reforma constitucional de 1.994, en la que se incorporó la cláusula ambiental y todo lo relativo al Derecho ambiental fue *in crescendo*, su técnica legislativa es la que ha ocasionado diversas discusiones en la academia, que con toda lógica han trascendido a la jurisprudencia, como aquella vinculada con el bien jurídico protegido, la clase de delito regulado (de resultado o peligro abstracto o concreto), la determinación de la relación causal, el concepto de residuo peligroso, entre otros.

Ciertamente, es fundamental conocer las discusiones doctrinarias y el estado de la jurisprudencia, ya que nos permitirá aseverar, en el marco del sistema adversarial acusatorio, cuáles serán las fortalezas y debilidades del caso, tanto para teoría del representante del Ministerio Público Fiscal desde un punto de vista estratégico sobre los carriles procesales, como en relación a las posibilidades de la defensa.

En este sentido, es preciso tener en cuenta que el bien jurídico protegido en los delitos ambientales ha sido un punto controvertido y que en sí mismo tiene importantes funciones dogmáticas, entre las que se destacan la función interpretativa (teleológica) respecto a cada uno de los tipos penales legislados en la ley penal, de modo que, es posible incluir o excluir determinadas conductas del ámbito de la tipicidad y, por ende, del castigo². Por esta razón, parte la doctrina sostiene que el delito de contaminación previsto en la ley de residuos peligrosos protege a la salud pública³; mientras que, del otro lado de la biblioteca

¹ ABOSO, Gustavo E. y CATALANO, Mariana, *Derecho Penal Ambiental*, 1^a edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2023.

² MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 9^a Ed., Buenos Aires, B de F, 2015, p. 164.

³ CESANO, José Daniel, “El delito de contaminación, adulteración o envenenamiento doloso mediante la utilización de residuos peligrosos (artículo 55, primer párrafo de la ley 24.051): Anatomía de una figura de peligro” en *Revista de Derecho penal*, 2007-2, Delitos de peligro-I, Santa Fe, Rubinzel Culzoni, p. 241-283: “De esa orientación participa Adriana T Mandelli al expresar: El bien jurídico protegido es la salud pública, esto es el estado sanitario de la población. La existencia de peligro para las personas es suficiente para la caracterización del hecho, pues la salubridad resulta efectivamente disminuida por la sola existencia de la indefinida posibilidad de daños”.

encontramos a quienes postulan que el bien jurídico protegido es el ambiente⁴, y una posición ecléctica de la que deriva una protección de ambos bienes jurídicos, entendiendo que resulta ser un delito de ofensa compleja o plurifensivo⁵, pero sin autonomía del ambiente como un bien valioso en sí mismo.

A esta altura de la evolución jurídica no deberían quedar dudas de la autonomía del ambiente como bien jurídico valioso para el ordenamiento jurídico, ya que resulta ser la base del ejercicio y disfrute de otros derechos como los de primera y segunda generación, tanto desde una concepción antropocéntrica como ecocéntrica. En el Derecho ambiental, es el medio ambiente, en sí mismo, considerado como un bien colectivo e intergeneracional. La protección otorgada por el Derecho busca preservar la biodiversidad, el equilibrio de los ecosistemas, de nuestra casa comunitaria y compartida con otros seres vivos, en reconocimiento del derecho fundamental de las generaciones presentes y futuras a un ambiente sano y sostenible. Así lo quiso el texto constitucional desde 1.994.

Ahora bien, en 2019, en el caso “Barrik”⁶, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se empieza a advertir un viraje valorativo en relación al ambiente. Si bien específicamente se pronuncia en relación al agua, lo cierto es que es muy clara la Corte en establecer al “ambiente como ‘un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible’⁷. Asimismo, destacó la autonomía del medioambiente al afirmar que “el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es ecocéntrico, o sistemático, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente”⁸.

En esta clase de delitos, también, es controvertido el tema atinente a la autoría. Si bien existen casos en los que han sido perseguidos funcionarios públicos por hechos de contaminación, también lo es que la empresa adquiere un rol protagonista dentro de la criminalidad ambiental, lo cual repercute en el abordaje de la delimitación de la responsabilidad penal y la coherencia con los principios que rodean toda imputación penal. Concretamente, entran en juego cuestiones

⁴ FUENTES OSORIO, Juan Luis, “¿Delito ecológico como delito de peligro abstracto?” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14-17. Consultado en [<http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-17>]. ISSN 1695-0194 [RECP 14-17 (2012), 24 dic], p. 17:7.

⁵ PUPPIO, Agustín F., “Figuras Penales de la Ley de Residuos Peligrosos. Jurisprudencia de la Cámara Federal de Tucumán” en *Revista La Ley*, LLNOA, abril 2014.

⁶ CSJN, *B. E. A. S.A. y otro c/ E. N. s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, 4 de junio de 2019.

⁷ CSJN, *Fallos: 340:1695 y 329:2316*.

⁸ CSJN, *E. A. S.A. y otro c/ E. N. s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, anteriormente citado.

vinculadas con la autoría, la estructura organizacional de las organizaciones, las relaciones de verticalidad y horizontalidad, así como el principio de culpabilidad y de confianza, en un ámbito en el que “no todo es asunto de todos”⁹, por lo que, sino, estaríamos frente a la responsabilidad objetiva.

Al respecto, se ha discutido sobre la relevancia de dichas decisiones colegiadas en el marco de la criminalidad empresarial y ambiental, por ejemplo, en calidad de qué debe responder el directivo, socio o accionista que se niega o se abstiene en una votación sobre el vertido ilícito de desechos contaminantes en un río o en el propio mar. En otras palabras, ¿podría serle reprochable la contaminación de un río a la junta directiva y/o a cada uno de los socios, cuando se hayan abstenido o podrían haber estado ausentes en la votación? Este tipo de interrogantes probablemente sean resueltos en cada uno de los casos judiciales que se generen y tendrá un papel central el principio de culpabilidad por el hecho. Ahora, ello, también, nos invita a reflexionar sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica por esta clase de atentados ambientales; en orden a lo cual, Argentina cuenta con la Ley 27.401, normativa que se centra en delitos como el soborno y otros hechos de corrupción, pero no concretamente en delitos ambientales.

De igual importancia es otra discusión, en la que las aguas se encuentran divididas. Encontramos a quienes sostienen que los ilícitos previstos en el art. 55 y 56 de la ley de residuos peligros son delitos de peligro concreto, entretanto otros sustentan que es un delito de peligro abstracto¹⁰, lo que no resulta un dato menor y meramente dogmático. Al contrario, enrolarse en una u otra posición desde la teoría del caso implicará, en un ámbito de libertad probatoria (que garantiza el Código Procesal Penal Federal), menor o mayor nivel de exigencia cuantitativa y cualitativa en cuanto al elemento probatorio que se enlaza naturalmente con la cuestión jurídica y circunstancias fácticas.

Tampoco debemos olvidar que, en algunos casos, dependiendo de la gravedad del hecho y los efectos inmediatos, mediatos y remotos que pudiera generar el atentado ambiental, permite entrever la naturaleza interjurisdiccional y transnacional. Es decir, que implica la posibilidad de que sean cometidos en distintos territorios o afecten a múltiples jurisdicciones, lo que repercutirá tanto en cuestiones vinculadas a la competencia federal o provincial, así como en el aspecto territorial en el que se radicara el caso.

⁹ SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, 2da. Edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, B de F, 2016, p. 126.

¹⁰ CESANO, José Daniel, Ob. cit.

Relacionado con lo jurídico y la evidencia, también, surge la difícil tarea de determinar la relación causal entre la conducta y el daño ambiental, la complejidad probatoria a tal fin y la necesidad de un enfoque interdisciplinario en su investigación y persecución penal. Al respecto, el análisis y la persecución de los delitos ambientales requieren considerar aspectos específicos, tales como la evaluación del impacto ambiental, la que deberá llevarse a cabo de forma interdisciplinaria y con especialistas, lo que, por ejemplo, podrá echar luz sobre la prescripción de las acciones debido a la manifestación diferida de los efectos del ilícito. Esta complejidad, también, se advierte en la obtención de pruebas idóneas. Entre las pruebas esenciales, se encuentran los informes periciales técnico-científicos¹¹, el análisis de impacto ambiental, la documentación de licencias y permisos, testimonios de expertos y comunidades afectadas, registros fotográficos y satelitales, a lo que podría sumarse, también, la colaboración entre organismos nacionales e internacionales, que resulta determinante para una investigación efectiva.

Todas estas vicisitudes que atravesarán a cualquier proceso penal vinculado a lo ambiental, no deben hacer olvidar que, más allá de todo, una pieza valiosa que marca una guía es la Ley de la política ambiental del país N° 25.675, más conocida como Ley general del ambiente. Esta norma de importancia trascendental marcó, a través de sus principios rectores contenidos en su artículo 4, que la tutela ambiental es de carácter precautorio y preventivo; así como la importancia del daño ambiental colectivo y las consecuencias jurídicas para los responsables, conforme el siguiente orden de prelación: el restablecimiento al estado anterior y por defecto una indemnización sustitutiva, teniendo en consideración que a veces los efectos son irreversibles.

De este modo, tales vicisitudes y la ley de política ambiental del país deberán exhortarnos a buscar un buen diagnóstico del caso, teniendo en cuenta la complejidad que encontraremos en el camino, sin perder de vista lo estratégico que se pondrá en juego en cada una de las partes, y, con miras al horizonte, que el código adversarial-acusatorio prioriza “resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social”¹².

¹¹ Las pericias ambientales podrán ser realizadas por organismos como el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el CONICET, gabinetes científicos de las fuerzas de seguridad o universidades nacionales, lo que será fundamental para la acreditación de la afectación al ambiente, el impacto, la causalidad, la posibilidad de recomposición (o no), etc.

¹² Artículo 22 del Código Procesal Penal Federal.

III. El delito de contaminación como un caso complejo

Si nos enfocamos en las Unidades Fiscales que se implementaron a raíz de la reforma procesal en aras a reemplazar el sistema mixto por el acusatorio, podemos advertir que aquellas se encuentran estructuradas en diferentes áreas a cargo de Fiscales junto con Auxiliares Fiscales y el equipo de trabajo, en un contexto de dinamismo y flexibilidad. Así, en las jurisdicciones de Salta, Jujuy, Santa Fe, Mendoza y toda la Patagonia existen Áreas de atención inicial, de investigación y litigio, por un lado, de casos sencillos y, por otro, de casos complejos, además de áreas de víctimas, de ejecución, de transición y un Fiscal que ejerce la función de revisión.

Así las cosas, por las particularidades de los delitos ambientales, podemos prever que la investigación y litigación estará a cargo del área de casos complejos de la Unidad Fiscal, ya que nos podríamos encontrar con casos en los que el atentado contra el ambiente tenga repercusiones en más de una jurisdicción, pudiera existir una pluralidad de víctimas que sean afectadas por los efectos de la degradación ambiental, multiplicidad de imputados dentro de la organización de la empresa o el organismo público contaminante; además de los diversos estudios y medidas probatorias que deberían llevarse adelante de manera interdisciplinaria para determinar la relación de causalidad, la magnitud de la contaminación, su alcance y las posibilidades de su recuperación.

Ahora bien, más allá del punto de vista teórico dogmático, lo cierto es que, proceduralmente, no cualquier caso reviste la naturaleza de complejo. Y esto no es un dato menor, ya que la determinación de la complejidad en cada uno de los casos concretos que se investiguen tendrá dos efectos jurídicos específicos: el primero, relacionado con el área en la que se tramitará el legajo fiscal, y el segundo, relativo, eventualmente, a la declaración del proceso como complejo.

En cuanto al primer efecto, esto es, relacionado con el área de la Unidad Fiscal que intervendrá, no existe un criterio uniforme o taxativo que nos indique qué casos son complejos y cuáles no lo son. No obstante, desde la Procuración General la Nación, en el año 2024 se establecieron las pautas de organización del trabajo y prestación del servicio, acordes con el nuevo rol y funciones atribuidas al Ministerio Público Fiscal (MPF) en el Código Procesal Penal Federal (CPPF)¹³, el que oficia de guía para la tramitación de cada uno de los casos.

¹³ Ministerio Público Fiscal de la Nación, Unidad Especial Estratégica para la Implementación del

En este sentido, en ese documento, se reconoce que el concepto de caso complejo es flexible y que para su determinación se deben considerar “algunas pautas orientativas que, combinadas entre sí o con otras características que presente el caso, permitirían caracterizarlo como complejo”¹⁴.

En primer lugar, se consideran ciertas características específicas del caso en relación a los sujetos, el objeto procesal y el proceso en sí mismo, que dan cuenta de la dificultad o complejidad en su investigación. “Por ejemplo: que involucren tres o más hechos, personas imputadas o víctimas; que se prevea que para la pesquisa será necesario utilizar alguna de las llamadas técnicas especiales de investigación (agente encubierto, agente revelador, informante, entrega vigilada); que se prevea la posibilidad de que durante la investigación tengan lugar acuerdos de colaboración o de arrepentidos; que se prevea que se requerirá cooperación interinstitucional o interjurisdiccional, lo que incluye la comunicación interjurisdiccional e investigaciones conjuntas entre Ministerios Públicos, procesos de extradición nacional o internacional, cooperación internacional y prórroga de jurisdicción (ya sea en virtud del art. 18 de la ley 27.319 o 32 de la ley 23.737)”¹⁵.

Por otra parte, en las pautas orientativas también se presta atención a ciertos tipos penales que, *a priori*, podrían implicar una complejidad mayor para su gestión procesal, dentro de los que se incluyen ciertos delitos ambientales y sus agravantes, como el tráfico ilegal de especies, tala y deforestación ilegal, vertido de residuos peligrosos y caza y pesca ilegal (arts. 200 a 202 CP; arts. 27, 29, 55, 56 y 57 ley 24.051 y arts. 24, 25 y 26 ley 22.421)¹⁶.

Sistema Procesal Penal Acusatorio (UNISA), Pautas para la gestión del trabajo en el Área de Atención Inicial de las sedes Fiscales de Distrito, julio de 2024.

¹⁴ Ibid. p. 31. Por su parte, BORINSKY, Mariano Hernán y CATALANO, Mariana Inés, *Sistema Acusatorio. Lineamientos del Código Procesal Penal Federal*, Buenos Aires, Rubinzel Culzoni, 2021, p. 531: desde una perspectiva crítica el “delito complejo representa un concepto abierto, por lo cual su apropiación resulta funcional a la construcción de discursos diversos. Dicha particularidad dificulta las chances de establecer un concepto preciso, a partir del cual resulta plausible determinar un marco de contenido preestablecido en cuanto al tipo de ilícitos que lo conforman”; “Este tipo de leyes son penales en blanco, a lo que correspondería agregar su carácter hiperdinámico y en muchas ocasiones coyunturales”.

¹⁵ Ibid. p 31.

¹⁶ Otros tipos penales que *a priori* podrían ser catalogados como casos complejos son: ciertos tipos penales de la Ley 23.737, el contrabando agravado o que afecte la seguridad pública (Arts. 865 y 867 de la Ley 22.415); homicidio simple, agravado y culposo (Arts. 79, 80, 84 y 84 bis CP) y delitos contra la integridad sexual (Arts. 124, 125, 125bis, 126, 127 y 128 CP), en el entendimiento de que se encuentran vinculados con hechos de competencia federal; reducción a la servidumbre (Art. 140 CP), delitos contra la libertad (arts. 140, 142bis, 170, 142ter, 144bis, ter, quater y quinto, 145bis y ter CP); determinados delitos contra la seguridad pública (arts. 186, 187, 189 bis (1) y (3) CP); aso-

Esa evaluación preliminar debe ser efectuada por el área de atención inicial de la Unidad Fiscal y dependiendo de las características del caso podrá (o no) efectuarse el pase directo a los fiscales responsables de las áreas de investigación y litigio, dependiendo de los criterios generales impartidos por el titular de la Unidad Fiscal¹⁷.

Por otra parte, en cuanto al segundo efecto relativo a la declaración del proceso como complejo –el que también resulta útil como pauta para la determinación del caso en sí mismo como complejo-, el artículo 334 del CPPF establece que: “en los casos en que la recolección de la prueba o la realización del debate resultaren complejas en virtud de la cantidad o características de los hechos, el elevado número de imputados o víctimas o por tratarse de casos de delincuencia organizada o transnacional, a solicitud de cualquiera de las partes, el juez podrá autorizar fundadamente la aplicación de los plazos previstos en este Título”.

En otras palabras, desde la doctrina se sostiene que un proceso puede ser caracterizado como complejo por razones objetivas como subjetivas. “En el primer grupo, cabe incluir la pluralidad de hechos (concurso real de delitos), no es lo mismo investigar un fraude contra la administración pública que investigar cientos de ellos cometidos en una o más jurisdicciones”¹⁸.

También, dentro de los criterios o razones objetivas para determinar la complejidad encontramos a la criminalidad organizada o trasnacional. Para ello, es de interés señalar que la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada trasnacional definió como delito trasnacional a “aquel que se lleva a cabo en más de un Estado, o se comete en un solo Estado, pero: a) la preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado, o b) entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado, o c) tiene efectos sustanciales en otro Estado”¹⁹.

ciación ilícita (Arts. 210 y 213 CP); el tráfico ilícito de migrantes (Arts. 116 a 121 CP); delitos contra la administración pública (Arts. 174 inc. 5 y 6, 256 a 262 y 265 a 269 CP); delitos contra la seguridad de la nación (Arts. 214 a 216, 219 a 222, 226, 229 y 230 CP); delitos con finalidad de aterrorizar a la población o coaccionar a las autoridades (Art. 41 quinqueis CP); delitos contra el régimen penal tributario (Arts. 1 a 15 del régimen penal tributario, según art. 279 de la ley 27.430); delitos electorales relacionados con el origen y/o destino de fondos (Arts. 62 y 66 ley 26.215) y delitos contra el patrimonio cultural (Transporte o comercialización de pieza, (arts. 46 a 48 de la ley 25.743).

¹⁷ Ibid. p. 32. “En este sentido, el Titular de la UF periódicamente debe impartir criterios generales de asignación de trabajo y establecer alertas, de conformidad con la política de persecución penal establecida desde la Fiscalía de Distrito y la PGN”.

¹⁸ DONNA, Edgardo Alberto y DIAS, Horacio Leonardo, *Código Procesal Penal Federal Comentado*, Tomo III, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2023, p. 406.

¹⁹ Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por Ley

El segundo grupo vinculado a criterios subjetivos implica “especificar la vinculación de cada uno de ellos [los investigados/imputados] con el delito, como también desarrollar la prueba para demostrarlo, recibirles declaración y asegurarle a todos ellos una defensa en juicio [...] ello se equipara a pluralidad de damnificados puesto que es debido asegurarles a todos ellos el acceso a la justicia, ser escuchados, informados, proponer pruebas, y si fuese voluntad a personarse en el legajo en el rol de querellante”²⁰.

Por último, en lo atinente a lo procesal, la principal consecuencia es la duplicación de los plazos de cada una de las etapas del proceso ordinario. Así, el plazo de duración máxima de todo el proceso ordinario es de 3 años a contar desde la formalización de la investigación; sin embargo, si el proceso es considerado complejo se duplica ese término, de forma que no se podrá exceder de 6 años. Aclara el CPPF, en el artículo 335, que el plazo máximo de duración de la investigación preparatoria se extenderá a 2 años, el cual podrá ser prorrogado por única vez por un plazo no superior a un año.

También es de interés señalar que, la determinación del proceso como complejo se decide en audiencia, a pedido del MPF o también la defensa puede reclamarlo, si es que necesita más tiempo dada la complejidad de la imputación para poder recolectar prueba de descargo. A su vez, la ley adjetiva guarda silencio en relación a la oportunidad procesal para peticionar a la judicatura la habilitación de este procedimiento complejo, de manera que podría solicitarse desde el inicio de la investigación dependiendo de las circunstancias concretas del caso²¹.

En conclusión, considerando que los delitos ambientales, por su complejidad técnica, probatoria y de múltiples intereses afectados, pueden ser calificados como casos complejos conforme al nuevo Código Procesal Penal Federal (CPPF), es de relevancia analizar la extensión de los plazos procesales prevista para estas circunstancias. Sin embargo, dicha extensión no puede soslayar los principios rectores establecidos en el artículo 22 del CPPF, que exige una conducción eficiente del proceso, con una estrategia clara basada en la teoría del caso, evaluando de manera consciente las fortalezas y debilidades probatorias en miras a solucionar el conflicto. En este marco, y garantizando en todo momento el derecho al plazo razonable, una alternativa procesal coherente podría

²⁰ 25.632, promulgada el 29 de agosto de 2002.

²⁰ DONNA, Ob. cit., p. 406.

²¹ Cfr. DONNA, Ibid.

ser la búsqueda de una reparación integral, no sólo como vía para la satisfacción de los intereses de las posibles víctimas y la sociedad, sino también como herramienta para lograr una solución pronta y adecuada al conflicto penal ambiental, en armonía con los fines del proceso acusatorio.

IV. Reparación integral del perjuicio

En cuanto a la reparación integral, se encuentra regulada como una causal de extinción de la acción penal prevista en el artículo 59 inc. 6 del Código Penal, vinculada a lo que conocemos como justicia restaurativa. Asimismo, en términos procesales, la encontramos enumerada en el artículo 269 inc. G del CPPF, como una causal de sobreseimiento.

En términos analíticos es posible afirmar que, la reparación integral del perjuicio como causal de la extinción penal es una norma penal en blanco, debido a que no surge claro de la letra del legislador la plataforma fáctica o las propiedades relevantes a la que se le atribuye el efecto de extinguir el poder sancionador del Estado. Entonces, será el intérprete en función del caso a caso el que lo delimitará, pudiendo generar microsistemas jurídicos en diferentes partes del país en relación a dicha institución.

Recordemos que “el artículo 59, inciso 6º, del Código Penal, no establece límite alguno en su aplicación, es decir, no se refiere a la naturaleza dolosa o imprudente del delito, ni tampoco si se trata de un subproducto específico o forma de violencia institucionalizada. En definitiva, el legislador no introdujo restricción alguna en la aplicación de los referidos institutos, circunstancia que se presenta más como un defecto que una virtud”²².

Sumado a ello, es importante conocer que existen diferentes discusiones académicas vinculadas a esta causal extintiva, lo cual excede el marco de este trabajo, pero que no es posible dejar de señalar. Una de ellas, se relaciona con la distribución de competencias entre la Nación y las provincias sobre asuntos procesales que estarían regulados en un código de fondo. Otro tópico se vincula con desentrañar si el inciso en cuestión comprende una sola causal de extinción de la acción penal o dos causales, y con características diferenciadas. Se suma a

²² ABOSO, Gustavo, *La reparación integral del daño ambiental en el derecho penal: El caso “Palo Santo”*. Consultado en [<https://www.grupoprofessional.com.ar/blog/wp-content/uploads/2023/09/La-reparacion-integral-del-dano-ambiental-en-el-derecho-penal.pdf>].

ello, la dificultad para el aplicador e intérprete cuando las “leyes procesales correspondientes” no establecen ningún tipo de procedimiento, ni requisitos de aplicabilidad, autoridad normativa, o simplemente no existe una ley procesal regulatoria al respecto. Sin embargo, todos estos debates académicos, que podrían ser utilizados para fundar oposiciones a su aplicación por parte del MPF, en la jurisprudencia no han sido obstáculo para que se intente solucionar conflictos ambientales con esta herramienta.

Por ejemplo, en Entre Ríos se homologaron dos acuerdos de reparación integral en materia de contaminación ambiental para dos hombres acusados de desobediencia judicial por haber violado una medida cautelar tendiente a proteger de alteraciones en el medio ambiente a la zona donde se encuentra la isla “La Invernada”, ubicada en Victoria, provincia de Entre Ríos. “Los imputados deberán abonar la suma de 500 y 300 mil pesos cada uno, que serán repartidos en mitades entre la Asociación Bomberos Voluntarios y el Hospital Geriátrico Domingo Cuneo, ambas instituciones de la ciudad de Victoria. Además, deberán comprar y plantar 50 y 30 plantines de ceibo, respectivamente, una especie en extinción en la zona de humedales, y realizar un curso en materia ambiental”²³.

También en el sur del país, en Esquel, se le ordenó a la empresa que presta servicios turísticos en el Parque Nacional Los Alerces “cumplir con medidas reparatorias vinculadas a la concientización y sensibilización ambiental por la contaminación que produjo en el Lago Menéndez entre el 2017 y 2021. Además, debió pagar \$2.013.500 en concepto de multa”²⁴.

Asimismo, en el norte, “la Unidad Fiscal Jujuy llegó a un acuerdo con el fiscal de Estado provincial para que el Gobierno jujeño repare los daños causados en una cancha de fútbol y en un predio privado, donde hay estructuras arqueológicas que datan del imperio Inca. Se puso fin a dos años de conflictos originados por la irrupción estatal en espacios de actividades culturales y ancestrales”²⁵.

Así las cosas, cuanto a su significado y su naturaleza jurídica podemos afirmar que es un mecanismo unilateral²⁶, orientado a restablecer las cosas al estado

²³ Consultado en [<https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/victoria-homologan-dos-acuerdos-de-reparacion-ambiental-para-dos-hombres-que-violaron-una-medida-cautelar-que-instaba-a-proteger-humedales/>]

²⁴ Consultado en [<https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/esquel-homologan-un-acuerdo-de-reparacion-integral-en-materia-ambiental-por-un-hecho-de-contaminacion-en-el-parque-nacional-los-alerces/>].

²⁵ Consultado en [<https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/jujuy-mediante-un-acuerdo-de-reparacion-ordenan-al-gobierno-provincial-la-reconstrucion-de-la-cancha-de-futbol-de-caspala/>].

²⁶ A diferencia de la conciliación: YACOBUCCI, I.; EZEYZA, M. A., *Reparación integral del perjuicio*

anterior a la comisión del delito. Va más allá de una simple indemnización económica, ya que busca abordar de manera integral o completa los daños causados por el hecho ilícito, sean estos materiales, morales, psicológicos, ambientales, entre otros.

Es claro que, la reparación integral se vincula con la reparación plena prevista en el artículo 1.740 del Código Civil y Comercial de la Nación. Ahora bien, debemos tener en claro que la antigua *restitutio in integrum*, que significaba volver las cosas al estado en que se encontraban antes de producido el daño, no es equivalente a la reparación integral de perjuicio, debido a que ésta -más contemporánea-, no sólo es un remedio jurídico para revertir o anular los efectos del acto ilícito, dejando la situación como si estos perjuicios nunca hubieran existido, sino que, además, busca compensar y reparar todo perjuicio de forma completa. Quizás, negociar y litigar el tema vinculado a la integralidad de la reparación en cada caso por parte del MPF en la criminalidad ambiental sea la tarea más valiosa que pueda llegar a garantizar una verdadera restauración del daño ambiental de carácter colectivo.

Por ejemplo, en un delito ambiental, la *restitutio in integrum* podría consistir en restaurar el área contaminada a su estado anterior (limpiar un río de desechos, por ejemplo), mientras que, si tenemos en mente el adjetivo “integral”, también deberíamos pensar e incluir una compensación a las comunidades afectadas, garantizar tratamientos de salud para los afectados, realizar actos de disculpas públicas (o mediante la publicación de la resolución homologatoria) y/o adoptar medidas para evitar que vuelva a ocurrir. En caso de que no esté satisfecha la integralidad de la reparación o que del hecho contaminante pudieran derivarse daños a la salud humana o la muerte, el único camino sería el juicio y la eventual condena o absolución que pudieran recaer sobre los responsables.

Al respecto, en materia ambiental, la propia Constitución regula por primera vez y en todo su texto una obligación específica. No hay en todo el texto ninguna otra obligación que se haya establecido de forma tan expresa como la vinculada a los daños ambientales. Es elemental tener presente que lo primero en materia de medio ambiente es recomponer. Evidentemente, el constituyente del 94, consciente de la magnitud e importancia del medio ambiente, optó por una tutela eminentemente preventiva, es decir, primero prevenir, luego restituir/restaurar y finalmente, si no quedan opciones, reparar el daño causado, resultando un imperativo categórico.

como vía de escape al proceso penal tributario en la CABA, Buenos Aires, La Ley, 2017.

Ahora bien, además de los sujetos procesales que intervendrán en el conflicto penal ambiental, las características del eventual acuerdo y el consentimiento del MPF a que la acción penal pública se extinga por la causal comentada, temas muy ricos pero que no serán objeto de este breve trabajo, es fundamental analizar la difícil tarea de cuantificar/calcular el daño ambiental, los parámetros a tener en cuenta y las medidas que podrían coadyuvar a volver las cosas al estado anterior en aras a restaurar el ambiente afectado.

Para ello, deberán tenerse en cuenta las circunstancias fácticas del caso y las normas extrapenales que regulan la situación, las que son de aplicación obligatoria por el orden público ambiental (Ley General del Ambiente) y transversales a todo el ordenamiento. Así es que, el art. 28 de la Ley 25.675 dispone que la consecuencia jurídica puede ser, en orden de prelación, la recomposición o restablecimiento al estado anterior a la producción; y en caso de que ello no sea técnicamente factible se prevé una indemnización sustitutiva, cuyo destino según la ley es el Fondo de Compensación Ambiental. En ambos casos, se deberá establecer el contenido de la recomposición en el primer supuesto o de la indemnización sustitutiva para la hipótesis de que se trate de un daño ambiental cuya reparación no sea técnicamente factible.

A ello se adiciona el Acuerdo de Escazú (Ley 27.566), cuyas normas se deben conjugar y armonizar tanto con la Ley General del Ambiente como con el Código Penal, la Ley de Residuos Peligrosos y el Código Procesal aplicable. Este instrumento supranacional prevé dentro de las posibilidades de reparación en el artículo 8.3. inc. "g": la restitución al estado anterior previo al daño; la restauración; la compensación o el pago de una sanción económica; la satisfacción; las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación. Estas medidas, que se exigen a los Estados parte de ese Acuerdo, deben ser barajadas al momento de tomar una decisión sobre lo que comprende el contenido de la reparación integral.

Por otro lado, resulta de interés mencionar que, al menos, en lo vinculado a los parques nacionales, la Dirección Nacional de Conservación de la Administración Nacional de Parques Nacionales aprobó fórmulas para la cuantificación económica del daño ambiental en los casos de daño generado al ecosistema, daño por incendio o desmonte, daño a vegetales, daño a individuos animales y daño a recursos culturales²⁷, lo que podría ser un primer marco de consulta para

²⁷ Disposiciones DI-2022-5-APN-DNC#APNAC, disponible en

establecer o calcular el quantum de la recomposición o los costos que debería abarcar la indemnización sustitutiva en el marco de un proceso colectivo.

En este sentido, la fórmula de cálculos sobre la cuantificación económica del daño ambiental, según las disposiciones de la Administración de Parques Nacionales, se vinculan con calcular todos los insumos que intervienen dentro de una actividad técnica y necesaria para recomponer el ambiente, como, por ejemplo, pensar en el valor monetario de las especies arbóreas que fueron afectadas y cuantas resultan necesarias para resembrar, replantar o reforestar en caso de que se trate de un bosque nativo. Ello implica ponderar la real dimensión de cuánto cuesta la refuncionalización sistémica de los servicios ambientales afectados, en su dimensión ecológica y social. En algunos casos, posiblemente existan consecuencias dañinas indirectas o reflejas a terceros o a clases de individuos, como comunidades aborígenes, en orden a lo material y cultural, lo que también debe ser compensado.

También, se incorpora dentro de esta fórmula, todos los gastos referidos a contener la propagación de efectos negativos y que se quieran restablecer, y las erogaciones que demande toda la gestión, monitoreo y supervisión, ya que los planes de reparación incluyen metas y plazos de ejecución. Se debería pensar en clave de proceso secuencial las actividades vinculadas a la restauración de la naturaleza y en los tiempos de ésta.

Para finalizar, la primera alternativa debería ser la restauración del espacio afectado por el delito ambiental, en el marco de un plan o proyecto de saneamiento que permita recomponer los factores bióticos, abióticos y la interconexión entre ambos que fueron dañados, lo cual, debería ser supervisado por la administración de justicia, ya sea, a través de la oficina judicial en un modelo de corte acusatorio/adversarial y/o en la persona del juez que homologó la reparación integral o juez de ejecución, lo que dependerá de la coordinación entre Poder Judicial y Ministerio Público Fiscal.

[https://sib.gob.ar/archivos/DI_5_2022_APROBAR_FORMULAS_DANOAMBIENTAL.pdf] y IF-2022-02140492-APN-DNC#APNAC – Metodologías para la valoración económica del daño ambiental en la APN-, disponible en [https://sib.gob.ar/archivos/METODOLOGIA_DANO_AMBIENTAL.pdf].

V. Conclusión

En primer lugar, los delitos ambientales presentan una alta complejidad técnica, probatoria y jurídica, que los distingue de otros ilícitos. Existen dificultades dogmáticas vinculadas a la técnica legislativa utilizada en determinados tipos penales de la Ley 24.051, el consenso en el bien jurídico afectado, la determinación de la autoría en estructuras empresariales organizadas, la prueba de la relación de causalidad y la necesidad de un análisis y recolección de evidencias, teniendo en cuenta lo interdisciplinario y especial de lo ambiental, cuya dañosidad afecta a comunidades, ecosistemas y bienes colectivos, tanto desde posiciones antropocéntricas y ecocéntricas.

Todo lo anterior justifica la inclusión de los delitos ambientales dentro de la categoría de casos complejos según el Código Procesal Penal Federal (CPPF), habilitando la extensión de plazos procesales y la utilización de técnicas especiales de investigación, lo que, a su vez, constituye una herramienta indispensable para garantizar una investigación exhaustiva y rigurosa. Sin embargo, dicha calificación debe aplicarse de manera prudente, evaluando de forma casuística los criterios objetivos y subjetivos establecidos en la normativa y respetando el principio del plazo razonable como garantía fundamental del proceso.

Por otro lado, en el marco del proceso acusatorio, la teoría del caso se impone como una herramienta metodológica fundamental, tanto para el Ministerio Público Fiscal como para la defensa. La construcción de una estrategia procesal sólida requiere identificar de manera consciente las fortalezas y debilidades de la prueba, la determinación del bien jurídico protegido y la relación de causalidad, aspectos particularmente desafiantes en la criminalidad ambiental. Esta metodología contribuye a la toma de decisiones tácticas, como la solicitud de declaración de proceso complejo en miras a un juicio en casos de daños graves contra el ambiente y que pudieran involucrar la salud humana, o la exploración de mecanismos de solución alternativa.

Asimismo, la reparación integral del perjuicio, como causal de extinción de la acción penal prevista en el artículo 59 inciso 6 del Código Penal y en el artículo 269 inciso g del CPPF, constituye una herramienta idónea para responder de manera efectiva a los daños ambientales. Su correcta implementación puede garantizar la recomposición ambiental, la compensación de las víctimas y la adopción de garantías de no repetición, en línea con los principios de la Ley Ge-

neral del Ambiente y el Acuerdo de Escazú. Esta figura refuerza el paradigma de la justicia restaurativa, priorizando la solución del conflicto y el restablecimiento del equilibrio social y ambiental.

Además, cabe tener en cuenta que el entramado normativo nacional y supranacional que regula los delitos ambientales y la reparación integral brinda herramientas valiosas para una tutela efectiva del ambiente. Sin embargo, la dispersión legislativa y la falta de sistematicidad exigen una interpretación coherente e integradora, que armonice el Código Penal, el CPPF, la Ley General del Ambiente, la Ley de Residuos Peligrosos y los tratados internacionales vigentes. Esto demanda un compromiso por parte de los operadores judiciales y fiscales para garantizar la unidad de criterio y evitar la generación de microsistemas jurídicos dispares.

Por otro lado, la consolidación del ambiente como bien jurídico autónomo, de carácter colectivo e intergeneracional, impone al derecho penal el deber de proporcionar respuestas efectivas y adecuadas. La reparación integral no solo responde a una lógica de resarcimiento, sino también de preservación de los derechos de las generaciones futuras, en consonancia con el artículo 41 de la Constitución Nacional y los compromisos asumidos por el Estado argentino en el ámbito internacional.

En definitiva, el sistema acusatorio federal debe asumir el compromiso de integrar de manera coherente los principios de la política criminal ambiental, el derecho penal sustantivo y el proceso penal acusatorio, procurando soluciones que privilegien la recomposición del daño ambiental y el restablecimiento de la paz social. La reparación integral, entendida como un instrumento de justicia sustantiva y no meramente formal, se erige como una alternativa que, aplicada con responsabilidad, medida y rigor, puede satisfacer las exigencias de la justicia penal ambiental contemporánea, conciliando la necesidad de sanción con la urgencia de proteger un bien jurídico de naturaleza colectiva, intergeneracional e irrenunciable: el ambiente.

Para finalizar, la reparación integral del perjuicio constituye una herramienta relevante dentro del proceso penal ambiental, especialmente en aquellos supuestos donde la recomposición del daño y la satisfacción de los derechos colectivos pueden contribuir a restablecer la paz social y la armonía entre los protagonistas del conflicto. En línea con el artículo 59, inciso 6, del Código Penal, y los principios de justicia restaurativa promovidos por el Código Procesal Penal

Federal, este mecanismo permite soluciones que priorizan el restablecimiento del equilibrio ecológico y la prevención de futuros daños.

Sin embargo, también creo que, su aplicación encuentra límites insoslayables cuando el delito ambiental ha trascendido el ámbito del bien colectivo y ha causado lesiones graves a la salud humana o la muerte de personas. En estos supuestos, el conflicto penal ya no admite ser resuelto mediante acuerdos reparatorios, ya que entra en juego el principio de proporcionalidad de la pena, la tutela reforzada de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, y la necesidad de afirmar la vigencia del orden jurídico a través de un proceso penal formal, con la eventual imposición de sanciones penales que resulten adecuadas a la gravedad del hecho.

A título de reflexión, entiendo que, permitir la extinción de la acción penal en casos donde el daño ambiental ha generado víctimas fatales o ha comprometido seriamente la salud pública podría poner en crisis el mandato constitucional de no regresividad en materia de derechos humanos y vaciar de contenido el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar estos crímenes de alta lesividad social y ambiental.

Finalmente, la reparación integral es una herramienta valiosa y eficiente en conflictos penales ambientales que no han generado daños irreparables a personas, pero resultaría inadmisible como vía de extinción de la acción penal cuando el daño incluye afectaciones directas y graves a la vida y la salud de los individuos.

DERECHO DE LAS VÍCTIMAS

Breve análisis de los derechos de las víctimas del delito en el Sistema Acusatorio

Ramón Agustín Ferrer Guillamondegui*

Introducción

Históricamente, la situación de la víctima en el proceso penal ha sido relegada a un plano secundario. Ello, obedecía al hecho de que el poder punitivo -de raíz autoritaria e inquisitorial-, consideraba al delito como una desobediencia a la autoridad estatal; pues el delincuente al cometer la conducta prohibida, además de afectar los derechos de otros ciudadanos, desconocía y desafiaba a la propia autoridad estatal. Por lo que, su persecución y castigo, resultaba necesaria, no en búsqueda de la reparación del daño ocasionado a la víctima, sino con el fin de castigar la desobediencia y exemplificar con dicho castigo a terceros que pudieran verse tentados a imitar esa conducta y desafiar los límites que, por medio de las normas, había impuesto la autoridad Estatal.

En ese marco, el desarrollo del proceso penal dejaba de lado el conflicto primario (surgido entre víctima y victimario), para centrarse en el conflicto secundario (surgido como consecuencia de la desobediencia del infractor a las normas establecidas por el Estado). Por ello, la víctima no constituía un sujeto procesal, sino que, por el contrario, era considerada un órgano de prueba, que podía ser obligada a colaborar con la investigación, incluso en contra de su voluntad y bajo la amenaza de considerar su negativa, resistencia u oposición como un ilícito independiente. Pues, ella era la evidencia viva del ilícito cometido por el delincuente, lo que provocaba situaciones sumamente injustas, motivo por el

* Prosecretario Administrativo de la Fiscalía Federal de Villa María. Abogado-Especialista en Derecho Procesal por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Especialista en Crimen Organizado, Corrupción y Terrorismo por la Fundación General de la Universidad de Salamanca (España); Especialista en Justicia Constitucional y DDHH - IDC - Universidad de Bolonia; Maestrando en Derecho Procesal, Universidad Siglo 21.

cual se ha llegado a indicar que la víctima era un simple “convidado de piedra del sistema penal”¹.

Con el paso del tiempo, se comenzó a modificar paulatinamente dicho criterio. La sanción de la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos² y del nuevo Código Procesal Penal Federal³ importaron un verdadero cambio de paradigma, en los aspectos vinculados al rol y la intervención que tenía dicho sujeto, dentro del proceso penal. Pues, sus disposiciones permiten ubicar a las víctimas como verdaderos sujetos de derechos en los procesos penales, reconociéndoles un rol más protagónico y pretendiendo alcanzar una justicia receptiva a sus necesidades y pretensiones.

Estas normativas no resultan ser un avance aislado de nuestro país en la materia, sino que responden al marco normativo que venía gestándose en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en el cual diversos instrumentos internacionales ya reconocían especiales situaciones de victimización y establecían diversas vías de protección⁴.

En el marco del presente trabajo, se pretenderá abordar la situación de la víctima en el proceso penal, analizando en primer lugar las prerrogativas de dicho sujeto procesal, conforme el sentido y alcance que le han asignado a tales derechos los pronunciamientos de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; para, luego, examinar en el plano nacional el rol que posee el Ministerio Público Fiscal en la tutela, protección y garantía del debido respeto y observancia de tales derechos y, finalmente, se abordarán las implicancias que generó la sanción de la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos y del nuevo Código Procesal Penal Federal, de base acusatoria, con relación al tema de estudio.

Para ello, efectuaremos una revisión y análisis crítico de la regulación normativa, de pronunciamientos jurisprudenciales, tanto nacional como interna-

¹ MAIER, Julio, “La víctima y el sistema penal”, en AAVV, *De los delitos y las víctimas*, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 1992, p. 185 y 186.

² Ley N° 27.372, publicada en el Boletín Oficial el 13 de julio de 2017 y reglamentada mediante el Decreto N° 421/2018 del 9 de mayo de 2018.

³ Ley N° 27.063 promulgada el 9 de diciembre de 2014. La denominación del Código fue sustituida por el art. 2º de la Ley N° 27.482, publicada en el B.O. el 7/1/2019.

⁴ A modo de ejemplo, se puede mencionar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, o bien la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, entre otras. De igual modo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus últimos años ha profundizado el reconocimiento de derechos y garantías para las víctimas de delitos.

cial; sin pretensiones de agotar la temática abordada, sino con la convicción de la necesidad de realizar aportes a la discusión en torno al tema en cuestión y en función de las limitaciones propias del objetivo del presente trabajo.

Los derechos de la víctima en el plano internacional

Derecho de acceso a la justicia

Tal como se expuso anteriormente, la situación de la víctima ha sido motivo de preocupación por parte de los organismos internacionales que bregaron por modificar el trato que históricamente se le dispensaba a dicho sujeto procesal. En tal sentido, en el año 2008, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) expresó que es un deber estatal el de “[...] garantizar, en la medida de lo posible, que las víctimas del presente caso no tengan que hacer esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia encargados de la investigación [...]”⁵.

En el caso particular, se trataba de víctimas que pertenecían al pueblo indígena Maya, por lo que precisó que, para garantizarles el acceso a la justicia y que la investigación de los hechos se realice con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación, el Estado debe asegurar que aquellas puedan entender y ser comprendidas en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin⁶. Como puede inferirse, la posibilidad física de comparecer ante los tribunales, de comprender y ser comprendido dentro del proceso, constituyen presupuestos básicos e indispensables para el efectivo ejercicio de los derechos que le asisten a dicho sujeto procesal.

Asimismo, con relación a la legitimación subjetiva para ejercer tales derechos, la Corte IDH, desde el año 2008, comprendía que el concepto de víctima y la posibilidad de ejercer los derechos que le corresponden a dicho sujeto procesal no se deben limitar a la persona que ha sufrido directamente las consecuencias del hecho ilícito; esta ampliación del concepto de víctima, fue posteriormente incorporado en la ley 27.372 y en el nuevo Código Procesal Penal⁷. En tal sentido, dicho Tribunal sostenía que “[...] en un caso de ejecución

⁵ Corte IDH, caso “*Tiu Tojín vs. Guatemala*”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2008, Serie C n° 190, párr. 100.

⁶ Ibidem, párr. 100.

⁷ Actualmente se prevé en el Art. 2 inc. B de la ley 27.372 y 79 inc. B del CPPF según ley 27.063 y

extrajudicial los derechos afectados corresponden a los familiares de la víctima fallecida, quienes son la parte interesada en la búsqueda de justicia y a quienes el Estado debe proveer recursos efectivos para garantizarles el acceso a la justicia, la investigación y eventual sanción, en su caso, de los responsables y la reparación integral de las consecuencias.”⁸

Derechos derivados de la garantía al debido proceso

En similar sentido, otro requisito indispensable para garantizar la posibilidad amplia del ejercicio de los derechos que le corresponden a dichos sujetos procesales lo constituye el deber estatal de garantizar la integridad física y psíquica de las víctimas y sus familiares durante el desarrollo del proceso, para evitar que el temor a represalias pueda inhibir su intervención en el proceso, su derecho a una tutela judicial efectiva y al restablecimiento de los derechos afectados. Sobre este punto, ya desde el año 2003, la Corte IDH entendía que la protección de la víctima y sus familiares constituye un deber estatal que opera como presupuesto del debido proceso, al indicar “[...] este Tribunal considera que el Estado, para garantizar un debido proceso, debe facilitar todos los medios necesarios para proteger a los operadores de justicia, investigadores, testigos y familiares de las víctimas de hostigamientos y amenazas que tengan como finalidad entorpecer el proceso y evitar el esclarecimiento de los hechos y encubrir a los responsables de los mismos”⁹.

Como otra derivación de la garantía al debido proceso, se desprende el derecho de las víctimas a ser oídas. Respecto a dicha prerrogativa, la Corte, ya desde el año 2001, sostenía que las garantías establecidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana suponen que las víctimas deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procesos respectivos¹⁰, de manera que

sus modificaciones.

⁸ Corte IDH, Caso *Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 170. Posteriormente reiterado en caso “*Familia Barrios vs. Venezuela*”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2011, Serie C n° 237, párr. 278.

⁹ Corte IDH, Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C n° 101, párr. 199.

¹⁰ Corte IDH, Caso *Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 81, y Caso *Wong Ho Wing Vs. Perú*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr. 228.

puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que éstos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones.¹¹ También, ha expresado dicho tribunal que el deber estatal en cuestión no se satisface por medio de una actitud pasiva del Estado, relegando todas las garantías que poseían las víctimas a la actividad del Procurador Penal, pues ello puede afectar gravemente el derecho de las víctimas a participar en el proceso penal”¹²

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha hecho énfasis en el derecho de las víctimas a conocer los fundamentos de la decisión judicial; precisando que dicha prerrogativa se desprende de la garantía al debido proceso y otorga verdadero sentido al derecho a ser oídas. En tal sentido, ha expresado que “El deber de motivación es un corolario de las garantías del debido proceso, no sólo desde la legitimidad misma de la decisión y la defensa de una persona acusada, sino también desde la expectativa de acceso a la justicia que tienen las víctimas de violaciones a sus derechos.”¹³ Agregando que: “Es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, además demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores”¹⁴.

Con relación a la importancia de tal deber estatal, la Comisión ha expresado que “el cumplimiento de este deber exige que la propia víctima que denuncia la vivencia de una experiencia severamente traumática, pueda contar con una explicación seria y detallada sobre cómo fue tomado en consideración su testimonio, y no una escueta y/o prejuiciada determinación de que su verdad no fue considerada como creíble”¹⁵.

Por su parte, la Corte también ha referido al derecho de las víctimas a recibir un tratamiento diferenciado, según las particulares exigencias del caso, con el fin de reducir el riesgo de revictimización. En tal sentido, ha indicado que: “De las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos derivan deberes

¹¹ Corte IDH, Caso *Baldeón García Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 146.

¹² Corte IDH, Caso *Roche Azaña y otros vs. Nicaragua*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 3 de junio de 2020, Serie C n° 403, párr. 90.

¹³ Corte IDH, Caso *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua* - sentencia de 8 de marzo de 2018, párrafo 210.

¹⁴ Ibidem, párrafo 210.

¹⁵ Ibidem, párrafo 211.

especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”¹⁶.

Para graficar el alcance de tal prerrogativa, en otros precedentes, dicho Tribunal ha expresado que: “deberá procurarse que las niñas, niños y adolescentes no sean interrogados en más ocasiones que las estrictamente necesarias, atendiendo a su interés superior, para evitar la revictimización o un impacto traumático [...] varios países han adoptado, como una buena práctica, el uso de dispositivos especiales como la Cámara de Gesell o Circuitos cerrados de televisión (CCTV) que habilitan a las autoridades y las partes a seguir el desarrollo de la declaración de la niña, niño o adolescente desde el exterior, a fin de minimizar cualquier efecto revictimizante”¹⁷. Con relación a los adultos, ha expresado que “en casos de mujeres adultas, es necesario que la declaración de una víctima de actos de violencia o violación sexual se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza, y que la declaración se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición.”¹⁸.

En cuanto al derecho de las víctimas a que se respete su pudor e intimidad, la Corte ha expresado que “las autoridades deberán evitar en la medida de lo posible que sean sometidos a más de una evaluación física, ya que podría ser revictimizante [...] El examen médico en estos casos debe ser realizado por un profesional con amplio conocimiento y experiencia en casos de violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes, quien buscará minimizar y evitar causarles un trauma adicional o revictimizarlos [...]. Es recomendable que la víctima, o de corresponder su representante legal, pueda elegir el sexo del profesional [...]. Asimismo, el examen médico deberá llevarse a cabo luego del consentimiento informado de la víctima o de su representante legal, según su grado de madurez, tomando en cuenta el derecho de la niña, niño o adolescente a ser oído, en un lugar adecuado, y se respetará su derecho a la intimidad y privacidad, permitiendo la presencia de un acompañante de confianza de la víctima”¹⁹.

¹⁶ Corte IDH, caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Serie C nº 272, párr. 128.35

¹⁷ Corte IDH Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua, párrafo 168.

¹⁸ Corte IDH. Caso *Fernández Ortega y otros Vs. México*, sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 194, y Caso *Espinoza González Vs. Perú*, Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 249.

¹⁹ Corte IDH - caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua, párr. 169.

La entidad de los derechos de la víctima en el proceso penal

Con el fin de reforzar la entidad que posee la tutela de dicho sujeto procesal, la Corte IDH ha puesto de resalto el hecho de que el proceso penal no posee por única finalidad la averiguación de la verdad; sino que, en línea con dicho objetivo, debe procurar las terapias necesarias para aminorar el daño físico o psicológico que el hecho ilícito habría ocasionado a la víctima.

En tal sentido indicó que “[...] si las autoridades judiciales hubieran tenido en cuenta el estado de vulnerabilidad en que se encontraba V.R.P., hubiera sido evidente que el presente caso exigía por parte de las autoridades judiciales una mayor diligencia, pues de la brevedad del proceso dependía el objetivo primordial del proceso judicial, el cual era investigar y sancionar al responsable de la violencia sexual sufrida por V.R.P., como así también obtener las terapias necesarias para tramitar los hechos traumáticos vividos por la niña.”²⁰

En similar sentido, se ha expresado dicho organismo al indicar que “El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.”²¹ En dicha oportunidad, precisó que el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.²²

Asimismo, ha indicado que omitir satisfacer el deber de contención de la víctima tenía entidad para afectar el deber estatal de debida diligencia en las investigaciones, al referir que “[...] distintas autoridades estatales no adoptaron medidas de protección especiales en beneficio de V.R.P. sino que, por el contrario, actuaron en vulneración de la debida diligencia reforzada durante el desarrollo de las investigaciones y proceso penal por la violación sexual de la niña V.R.P., lo que conllevó a su revictimización.”²³

²⁰ Ibidem, párr. 284

²¹ Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. párr. 174

²² Ibidem, párr. 175.

²³ Corte IDH - caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua, párr. 345.

Con relación al alcance de los derechos de las víctimas

Si bien se ha precisado la delimitación efectuada por el Tribunal internacional, con relación al deber estatal de respetar los derechos de las víctimas de las actividades delictivas, se debe considerar que sus derechos, al igual que los de cualquier ciudadano, no son absolutos, pues están “limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático” (Art. 29 de la DUDH y art. XXVIII, DADDH). En similar sentido, nuestra propia constitución reconoce la posibilidad de reglamentar derechos, siempre y cuando las restricciones que establezcan las leyes que reglamenten su ejercicio se encuentren fundadas en el interés general y no alteren su esencia (Art. 28, CN).

En lo concerniente al derecho de las víctimas, en un precedente que vinculaba directamente a nuestro país, la Corte estableció que determinadas exigencias para acceder a la justicia y ejercer los derechos previstos en el ordenamiento interno no tenían entidad para afectar gravemente derechos humanos, siempre y cuando no supongan la negación misma del derecho. En ese marco, las víctimas habían puesto en cuestión el hecho de que la justicia argentina les exigiera efectuar un desembolso económico -tras la inadmisibilidad del recurso de queja-, al entender que ello afectaba su derecho de acceso a la justicia.

Sobre tal punto la Corte IDH expresó que “[...] el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, las cuales deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho. En este sentido, la Corte considera que el cobro de un monto por la negación del recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación no constituye per se una obstrucción al acceso a la justicia. Por el contrario, sería necesario que los representantes demuestraran que dicho cobro fue irrazonable o representaba un perjuicio grave a su capacidad económica, lo cual no ha sucedido en el presente caso.”²⁴.

El panorama detallado, permite delinear el sentido, la entidad y el alcance de las prerrogativas convencionales que han de observarse al momento de efectuar el control de convencionalidad²⁵; que debe realizar todo operador jurídico

²⁴ Corte IDH, caso *Mémoli vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de agosto de 2013, Serie C n° 265, párr. 193.

²⁵ En cuya tarea, el Poder Judicial no debe limitarse al análisis literal del tratado, sino que debe con-

del Estado, al momento de aplicar la normativa interna que pueda tener entidad para afectar los derechos de las víctimas. Por lo que, constituyen una base para efectuar el análisis posterior de la normativa local y de los deberes que poseen los organismos encargados de su aplicación.

Deberes institucionales del Ministerio Público Fiscal con relación a las víctimas

En ese marco, la implementación del nuevo Código Procesal Penal Federal²⁶, de base acusatoria, ha implicado un verdadero cambio de paradigma, pues el Ministerio Público Fiscal de la Nación constituye un actor central, al poseer un rol esencial en la primera etapa del proceso y, por ende, en la aplicación de las prerrogativas procesales a favor de las víctimas.

Sin embargo, dicho organismo ya había asumido diversas acciones tendientes a proteger e impulsar la participación de la víctima en las investigaciones penales, con el objeto de remover los obstáculos existentes para garantizar su efectivo acceso a la justicia.

Principios funcionales

En tal sentido, entre los principios funcionales del organismo, establecidos en la ley orgánica, se prevén el de Orientación a la víctima²⁷, que implica el deber de dirigir sus acciones tomando en cuenta los intereses de la víctima, a quien debe brindar amplia asistencia y respeto. Asimismo, debe informarle acerca del resultado de las investigaciones y notificarle la resolución que pone fin al caso, aun cuando no se haya constituido como querellante, conforme a las normas procesales vigentes.

También, se prevé como principio funcional el de garantizar la Accesibilidad y gratuidad, lo que implica el deber de promover los derechos reconocidos a la

siderar la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. Corte IDH Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006; párr. 124.

²⁶ Aprobado por ley 27.063, promulgada el 9 de diciembre de 2014. La denominación del Código fue sustituida por el art. 2º de la Ley N° 27.482, publicada en el B.O. el 7/1/2019.

²⁷ Establecido en el Art. 9 inc. F, de la ley 27.148.

víctima por la ley, facilitando su acceso al sistema de justicia de manera gratuita²⁸.

Tales deberes no constituyen meras declamaciones formales, pues la propia ley orgánica también prevé que se considerará como falta grave el “No informar o negarse a informar injustificadamente a la víctima o a su representado, según corresponda, cuando éstos lo requieran respecto de las circunstancias del proceso y ello afecte su derecho de defensa en juicio.”²⁹.

Estructura orgánica

La importancia que el organismo le asigna a la intervención y asistencia a la víctima dentro del proceso penal, también, se advierte al analizar el diseño de la estructura del Ministerio Público Fiscal, pues, en su Art. 21, la ley orgánica menciona que las unidades fiscales de fiscalía de distrito se organizarán priorizando determinadas funciones, siendo que las primeras que enumera son la Atención a las víctimas y la Atención al público.

Por su parte, el Art. 33 de dicha normativa prevé a la Dirección General de Acompañamiento, Orientación y Protección a las Víctimas entre los órganos encargados de realizar las tareas auxiliares y de apoyo indispensables para el desarrollo de las funciones del Ministerio Público Fiscal de la Nación. La Dirección en cuestión, tiene como función garantizar a las víctimas de cualquier delito los derechos de acompañamiento, orientación, protección e información general previstos en el Código Procesal Penal, desde el primer contacto de la víctima con la institución y a lo largo de todo el proceso penal, a través de un abordaje interdisciplinario o la derivación necesaria a fin de garantizar su asistencia técnica.

Directivas emitidas por medio de Resoluciones Generales

Como puede advertirse, el Ministerio Público Fiscal de la Nación cuenta con una política institucional activa de promoción de derechos de las personas ví-

²⁸ Regulado en el Art. 9 inc. G, de la ley 27.148.

²⁹ Conforme Art. 68 inc. F de la ley 27.148.

tistas de delitos. Ello se observa, también, al considerar las directivas brindadas por medio de las resoluciones generales que dicta el organismo.

A modo de ejemplo, en cuanto al trato que debe dispensar el organismo a dichos sujetos procesales, por medio de la Resolución PGN N° 58/2009³⁰, se incorporaron las Reglas de Brasilia como principios y reglas prácticas de actuación en la atención de imputados, víctimas, testigos y cualquier otra persona en condición de vulnerabilidad, y, mediante la Resolución PGN N° 94/2009³¹, se estableció un Protocolo de actuación para el tratamiento de las víctimas de Trata de Personas.

Con similar finalidad, por medio de la Resolución PGN N° 53/2021³², se instruyó a los fiscales para que incorporen la versión actualizada de las “Guías de Santiago para la protección de víctimas y testigos” como reglas prácticas para tener en cuenta en la atención de víctimas, testigos y otros sujetos procesales. La versión original de las Guías de Santiago había sido incorporada en el año 2008, por medio de la Resolución PGN N° 174/2008.

Por otra parte, en lo que hace al ejercicio de los derechos por parte de las víctimas, durante la pandemia, el Procurador, a través de la Resolución PGN N° 34/2020³³, encomendó a todos los fiscales a que extremen los recaudos para garantizar los derechos de las víctimas y su debida intervención, tanto durante la tramitación del proceso, como en su etapa de ejecución, especialmente en aquellos supuestos que puedan verse entorpecidos por las condiciones extraordinarias de trabajo que se habían originado a partir de la pandemia del virus COVID-19.

Asimismo, para posibilitar el ejercicio de los derechos de las víctimas, mediante la Resolución PGN n° 97/19³⁴ se estableció el deber a cargo de los Fiscales de notificar a las víctimas antes de adoptar un criterio de oportunidad. Pues, frente a la inminente aplicación de institutos del sistema acusatorio, la Procuración General de la Nación entendió que la incorporación y aplicación de los

³⁰ Dictada el 2 de junio del 2009. Consultado en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2009/pgn-0058-2009-001.pdf>].

³¹ Dictada el 11 de agosto del 2009. Consultado en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2009/pgn-0094-2009-001.pdf>].

³² Dictada el 10 de agosto del 2021. Consultado en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2021/PGN-0053-2021-001.pdf>].

³³ Dictada el 15 de abril del 2020. Consultado en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2020/PGN-0034-2020-001.pdf>].

³⁴ Dictada el 25 de noviembre del 2019. Consultada en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2019/PGN-0097-2019-001.pdf>].

criterios de oportunidad receptados en dicho cuerpo normativo tenían entidad para afectar los derechos de las víctimas, por lo que los fiscales debían notificar a la víctima en forma previa a prescindir de la persecución penal, para permitirle que requieran la revisión de tal decisión ante el fiscal superior como mecanismo interno que asegure los derechos de dicho sujeto procesal.

En similar sentido, con motivo de la implementación de los artículos 80 y 81 del nuevo Código Procesal Penal Federal³⁵, que regulan y garantizan los derechos y facultades de las víctimas, el Procurador General de la Nación dictó la resolución N° 41/2023³⁶, que tiene por objeto garantizar la posibilidad del mecanismo de revisión previsto en el artículo 80, inc. J, que prevé el nuevo Código Procesal, en aquellas jurisdicciones en las que aún rige el procedimiento anterior, previsto por la Ley N° 23.984.

Para ello, dicha resolución dispone que, en los supuestos en los que los representantes del organismo proyecten postular un dictamen de desestimación, archivo y/o el sobreseimiento, debe garantizarle a la víctima el derecho a conocer el criterio y requerir fundamentalmente la revisión de la decisión, exponiendo las razones por las cuales no está de acuerdo con el criterio adoptado por el fiscal del caso, de manera tal de posibilitar una adecuada revisión por parte del Fiscal superior.

Finalmente, en lo concerniente a la reparación de los daños causados a la víctima, la Resolución PGN N° 34/2023³⁷ establecía una guía sobre el funcionamiento del fondo fiduciario previsto por la ley N° 27.508 para la reparación de víctimas en casos de trata de personas. Sin embargo, dicho fondo fue disuelto por medio del Art. 7 del Decreto N° 1048/2024 del Poder Ejecutivo Nacional.

Principales aspectos de la ley 27.372 y de la ley 27.063.

Como se expuso anteriormente, la implementación del nuevo Código Procesal penal implicó un cambio de paradigma, pues, al inclinarse hacia el modelo acusatorio, el conflicto primario (entre víctima y victimario) surgido a consecuencia

³⁵ Puestos en vigencia por la Resolución 2/2019 de la Comisión Bicameral De Monitoreo e Implementación del CPPF, dictada el 13 de noviembre de 2019.

³⁶ Dictada el 14 de Junio de 2023. Consultada en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2023/PGN-0041-2023-001.pdf>].

³⁷ Dictada el 5 de Junio de 2023. Consultada en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2023/PGN-0034-2023-001.pdf>].

del hecho punible pasa a tener mayor importancia en el proceso de administración de justicia.

Con ello, el eje pasa de un sistema que se centraba exclusivamente en el conflicto secundario y pretendía controlar el orden social, persiguiendo todos y cada uno de los ilícitos, independientemente de su gravedad, con igual énfasis, esfuerzos y recursos, aplicando como única o principal respuesta punitiva la pena privativa de la libertad; a otro sistema que se centra en la gestión del conflicto y con ello admite soluciones alternativas a la pena privativa de la libertad, pues el fin del proceso ya no se limita a exemplificar con la respuesta punitiva, sino que pretende armonizar a los protagonistas y alcanzar la paz social.

Si bien los cambios introducidos por las legislaciones mencionadas son numerosos y requerirán un abordaje más extenso, a continuación, efectuaremos un análisis acotado y particular de los principales ejes introducidos por dichos cambios normativos.

Ampliación del concepto de víctima

La ley 27.372 establece los derechos y garantías de las personas víctimas de delitos. Fue publicada en el boletín oficial el 13 de julio de 2017 y uno de los aspectos principales que prevé la normativa es la ampliación del concepto de víctima; en tal sentido, el art. 2 de la Ley dispone que se considera víctima a la persona ofendida directamente por el delito, y en caso de que dicha persona haya sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos, estos podrán ser ejercidos por su cónyuge, conviviente, padre, hijos, hermanos, tutores o guardadores. Con similar tenor se pronuncia el Art. 79 del nuevo Código Procesal Penal Federal.

En el plano nacional, dicha apertura conceptual se aplicó prontamente, en el marco de un proceso regulado por el Código procesal anterior, regulado por ley 23.984, al habilitarse al hermano de una persona fallecida a constituirse en parte querellante e impulsar el proceso, pese a la oposición del imputado.³⁸

Sin embargo, en el plano internacional, dicha ampliación conceptual se corresponde con el criterio que venía sosteniendo hace más de veinte años la Corte

³⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala de Feria B “P.F., E.J. s/Incidente de falta de acción” (c. 53589/2016/1/CA2) Fecha: 21 de julio de 2017.

Interamericana, al considerar que los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas. En ese marco, la Corte IDH, en diversos precedentes³⁹, ha considerado violado el derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de las víctimas con motivo del sufrimiento adicional que éstos han padecido como consecuencia de las circunstancias particulares de las violaciones perpetradas contra sus seres queridos y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos. Particularmente, en el caso *Bulacio Vs. Argentina*⁴⁰ la Corte IDH expresa que “Los familiares de la víctima deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones”.

Principios Rectores

Por otra parte, la ley 27.372, en su artículo cuarto, establece tres principios rectores: rápida intervención, enfoque diferencial y no revictimización, que deberán guiar la actuación de las diversas autoridades y personas que interactúen con las víctimas de delitos.

Rápida intervención

En relación a la rápida intervención, la ley dispone que las diversas medidas de ayuda, atención, asistencia y protección que requiera la situación de la víctima se deberán adoptar con la mayor rapidez posible. Esta obligación supone que, durante el proceso penal, deberá priorizarse de manera expeditiva la adopción de todas aquellas diligencias necesarias para garantizar su atención integral.

En consonancia con dicho principio rector, podemos citar del nuevo Código Procesal Penal Federal, sancionado por ley 27.063, el Art. 12, que refiere a que las autoridades no podrán, bajo pretexto alguno, dejar de recibir las denuncias o reclamos de la víctima y deben poner inmediatamente en funcionamiento los mecanismos legales previstos para su tutela efectiva. Por su parte, el Art. 80, in-

³⁹ Cfr. Corte IDH. Caso *Goiburú y otros Vs. Paraguay*, Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 15396; párr. 96 a 97. En similar sentido, se ha pronunciado en *Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112; párr. 191.

⁴⁰ Corte IDH, Caso *Bulacio Vs. Argentina*, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, párr. 121.

ciso l, establece el derecho de la víctima a que se adopten prontamente las medidas de coerción o cautelares que resulten procedentes para impedir que el delito continúe en ejecución o alcance consecuencias ulteriores; y el inciso m, establece el derecho de la víctima a que le sean reintegrados los bienes sustraídos con la mayor urgencia.

En similar sentido, el Art. 96 establece como deber de la policía y demás fuerzas de seguridad prestar auxilio a las víctimas; y el Art. 125 establece que las resoluciones y la convocatoria a actos que requieran la intervención de la víctima deberán comunicársele dentro de las 24 horas después de ser dictadas u ordenadas, advirtiendo suficientemente si el ejercicio del derecho se encuentra sujeto a un plazo o condición.

Trato diferencial

Por su parte, la ley también ordena que dichas medidas deben realizarse de acuerdo a un enfoque diferencial, lo que supone que deben adoptarse de acuerdo al grado de vulnerabilidad de las víctimas. Dicha vulnerabilidad puede desprenderse de diversos factores, tales como su edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad, migración, pobreza, entre otras causales⁴¹. En tales casos, será deber de las autoridades el de dispensar una atención especializada, que permita atenuar las consecuencias nocivas del hecho criminal.

La ley N° 27.372 prevé expresamente en su Art. 6 que se presumirá que existe situación de especial vulnerabilidad cuando la víctima fuere menor de edad; mayor de setenta años, o se tratare de una persona con discapacidad. También en aquellos casos en los que existiere una relación de dependencia económica, afectiva, laboral o de subordinación entre la víctima y el supuesto autor del delito.

En concordancia con dicho trato, el nuevo Código Procesal Penal Federal prevé en el Art. 80, inc. c, que las víctimas tendrán derecho a requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que de-

⁴¹ Entre otras causales, previstas en la Sección 2 de las 100 Reglas de Brasilia, sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Incorporada por medio de la Acordada 5/2009 de la CSJN y la Resolución PGN N° 58/2009, como principios y reglas prácticas de actuación en la atención de imputados, víctimas, testigos y cualquier otra persona en condición de vulnerabilidad.

claren en su interés, a través de los órganos competentes; como así, también, a ser asistidas en forma especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social. Por su parte, el inciso n, del mismo artículo, establece un trato especial para personas mayores de setenta años, mujeres embarazadas o enfermos graves, permitiéndoles cumplir el acto procesal en el lugar de su residencia, previa comunicación a la autoridad competente.

En similar sentido, el Artículo 163 de dicho cuerpo legal autoriza a que el representante del Ministerio Público Fiscal, o el juez, dispongan fundadamente que el testimonio de personas que hayan resultado víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente se reciba en privado y con el auxilio de familiares o profesionales especializados, garantizando el ejercicio de la defensa. Con similar finalidad, el Art. 164 de la citada normativa establece modalidades especiales de declaración para menores de edad, víctimas de trata de personas, de graves violaciones a derechos humanos o cuando se trate de personas con capacidad restringida.

No revictimización

Dicho principio implica que la víctima no debe ser tratada como responsable del hecho sufrido, y exige que las molestias que le ocasionen el proceso penal se deberán limitar a las estrictamente imprescindibles para el desarrollo de la investigación. Sobre este aspecto, en el Art. 80 del nuevo Código Procesal Penal Federal, se prevé el derecho a recibir un trato digno y respetuoso y que sean mínimas las molestias derivadas del procedimiento (Art. 80 inciso a). Asimismo, se establece que deberá respetarse su intimidad en la medida que no obstruya la investigación (Art. 80 inciso b); también, se prevé su derecho a requerir medidas de protección y a ser asistida en forma especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social (Art. 80 inciso c).

Por otra parte, en los ya citados Art. 163 y 164 del Código, además de otorgarse un trato diferenciado, se pretende evitar la exposición innecesaria de la víctima a situaciones traumáticas que puedan generar mayores daños. Más específicamente vinculado al principio bajo análisis, el Art. 175 de la normativa procesal en cuestión establece que, cuando se deba obtener ácido desoxirribonucleico (ADN) de la presunta víctima, la medida se deberá practicar teniendo en cuenta dicha condición, a fin de evitar su revictimización y resguardar los

derechos específicos de dicho sujeto procesal. Finalmente, el Artículo 287 del nuevo Código prevé el derecho de la víctima a solicitar que los medios de comunicación no difundan su voz, ni su imagen, en resguardo de su pudor y su seguridad en las audiencias.

En cuanto a la participación de las víctimas en el proceso penal

Si bien la normativa es amplia, en este apartado se abordarán algunos aspectos puntuales, vinculados a los deberes que puedan surgir para los organismos encargados de la administración de justicia, analizando la previsión legal y su interpretación por parte de los tribunales.

Derecho a examinar documentos y a ser informada del estado del proceso

El Art. 5 inc. i de la ley N° 27.372, en forma coincidente con las previsiones del Art. 80 inc. f, prevé que la víctima tendrá derecho a examinar documentos y actuaciones, y a ser informada verbalmente sobre el estado del proceso y la situación del imputado. Tal como se infiere de su tenor literal, las normas no exigen la constitución en querellante particular para permitirle tales accesos. Con ello, se infiere que la víctima no constituye un mero tercero para el proceso, pues el Art. 233 del CPPF prevé, respecto al acceso a los actos de la investigación, que esta solo será pública para las partes o sus representantes, pero no para terceros, con excepción de las audiencias.

La modalidad de garantizar tal acceso puede variar según las particulares del caso y las pretensiones de la víctima. A modo de ejemplo, bajo la vigencia del procedimiento penal anterior, previsto por la Ley N° 23.984, la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal⁴² confirmó una resolución judicial que había dispuesto incorporar a la víctima al Sistema de Gestión Judicial Lex 100, al considerar que lo decidido no le causaba agravio a la defensa del imputado y que dicho acceso permitía garantizar el derecho previsto en la legislación vigente.

⁴² Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala V, “C., E. R. y otros s/ defraudación”, c. n.º 47.325/2022, del 29 de marzo de 2023.

Sin perjuicio de ello, en el marco del nuevo procedimiento penal acusatorio, tal modalidad operativa no permitiría satisfacer con plenitud las prerrogativas de la ley, pues no será en el sistema de gestión judicial en donde se registren las constancias de la causa. Será, entonces, un deber que pesará con mayor entidad sobre el Ministerio Público Fiscal, atento a que será dicho organismo el que dirigirá la investigación (Art. 229 del CPPF); para lo cual deberá formar el legajo de investigación (Art. 230 a 234 del CPPF) donde registrará los documentos y elementos de convicción recogidos, sin estar sujeto a formalidad alguna.

La obligación de notificar a la víctima de las resoluciones del proceso

Otro de los derechos que se le asignan a la víctima es el de ser notificada de las resoluciones que puedan afectar su derecho a ser escuchada (Art. 5 inc. I de la ley 27.372). Con mayor precisión, el nuevo Código de procedimiento Federal indica que posee derecho a ser notificada de las resoluciones que puedan requerir su revisión (Art. 80 inc. i ley 27.063).

Respecto a la modalidad de cumplimiento de dicha normativa, bajo la vigencia del procedimiento penal anterior, previsto por la Ley N° 23.984, frente a la notificación de un sobreseimiento, el Ministerio Público Fiscal consintió la resolución. Sin embargo, solicitó que la víctima también fuera notificada de dicha decisión y, ante la negativa del juzgado, interpuso un recurso de apelación, que fue resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, que entendió que la medida podía ser cumplida por el Ministerio público Fiscal. En tal sentido expresó “[...] no advertimos que exista un agravio de imposible reparación ulterior que amerite la revisión en esta sede [...], la diligencia que la fiscalía pretende se cumpla (una mera notificación) no resulta de neto corte jurisdiccional, por lo que, de considerarla pertinente, podría cumplirla directamente en un asunto en el que, además, ha tenido la dirección de la investigación (art. 196, CPP) y detenta las facultades para hacerlo (art. 212 del CPPN)”⁴³.

En ese marco, la resolución PGN N° 41/2023, analizada previamente, resulta concordante con dicho criterio, pues, en el marco del procedimiento previsto

⁴³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, “D., H. R.”, c. 32926/2017, de 14 de noviembre de 2017.

por la Ley N° 23.984, asegura que la víctima sea escuchada en forma previa a que el organismo Fiscal remita su dictamen al poder judicial y con ello garantiza la posibilidad de profundizar la investigación, corroborar aspectos relevantes a los que la víctima se haya referido o valorar la prueba que ella considere necesaria y pertinente antes de emitir el dictamen.

Como puede advertirse, la facultad que le otorga la resolución va más allá del derecho de la víctima a ser escuchada con anterioridad a la toma de decisión por parte del organismo acusador. Pues, la habilita a solicitar la revisión de tal criterio ante un Fiscal superior. En función de ello, esta modalidad operativa posibilitaría a la víctima a requerir una doble revisión, atentando contra la economía procesal; pues podrá solicitar que el criterio del Fiscal sea revisado por un Fiscal superior, en base al mecanismo previsto en la resolución de la Procuración, y, en caso de tener una respuesta desfavorable por parte del Ministerio Público, podría solicitar la revisión de la desestimación ordenada por el Juez (tal como lo autoriza el Art. 80 inc. h de la ley 23.984), pues el Código de procedimiento en cuestión sólo habilita al magistrado a disponer el archivo o la desestimación de la investigación.

Respecto al alcance de los derechos reconocidos a la víctima

Si bien las disposiciones de la ley 27.372 resultan ser de orden público y, en función de ello, su inobservancia ha dado lugar a declaraciones de nulidad de las decisiones adoptadas a espaldas de las previsiones normativas⁴⁴, tal como se expuso anteriormente, esos derechos no resultan ser absolutos y, por ende, pueden ser limitados y reglamentados, siempre que ello no implique el desconocimiento de las prerrogativas.

A modo de ejemplo, se ha señalado que la normatividad legal en cuestión no prescribe ninguna norma que le asigne fuerza vinculante a la opinión de la víctima; ni que sustituya la persecución y represión de delitos de acción pública. Tampoco establece que el deber de escuchar a la víctima equivalga “a una renuncia estatal en la persecución y represión de delitos de acción pública, o que

⁴⁴ A modo de ejemplo se pueden citar los precedentes del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy “C., A. s/ legajo de ejecución penal” (c. n° 76000151/2012) de 30 de junio de 2020; Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán “A., A. I. s/ inc. de prisión domiciliaria” (c. n° 1193/2020) de 31 de julio de 2020.

remita a un ejercicio de la acción penal pública en similares términos a los delitos de acción privada, y que el fiscal deba, obligatoriamente, reencausar su pretensión en dirección a lo postulado por aquella⁴⁵.

En otro caso, el Ministerio Público Fiscal se opuso a la homologación de un acuerdo conciliatorio en el marco de una causa por estafas en el cual las imputadas ofrecieron disculpas a las víctimas y una suma de dinero, en función de que una de las acusadas tenía antecedentes condenatorios. El magistrado consideró que la oposición de la acusación pública no era vinculante y que la homologación del acuerdo era compatible con la necesidad de escuchar la opinión de las víctimas de acuerdo a los alcances previstos en la Ley 27.372.

Frente a dicho panorama, la Fiscalía General interpuso recurso de casación. El tribunal de impugnación hizo lugar al recurso por cuanto entendió que la oposición fiscal se encontraba debidamente fundada y resulta vinculante para el tribunal. Además, expresó que, la opinión de la víctima no podía reemplazar a la de la acusación pública de manera que, aun cuando hubiera prestado su conformidad, era necesario que el Ministerio Público Fiscal preste su acuerdo ya que sobre él recae el impulso de la acción penal.⁴⁶

Sin embargo, dicha oposición del organismo acusador no puede ser ejercida de modo arbitrario. En tal sentido, en otro precedente⁴⁷, el Tribunal Oral de menores homologó un acuerdo de conciliación entre el imputado y la víctima y declaró extinguida la acción penal. La representante del Ministerio Público Fiscal recurrió la decisión ya que, en su opinión, la posibilidad de arribar a tal solución se encontraba precluida y sostuvo que los imputados registraban antecedentes penales, lo que obturaba la posibilidad de conciliar el proceso.

En esta oportunidad, la Cámara Nacional de Casación priorizó un criterio diametralmente opuesto al caso anterior, al indicar que “[...] el o la titular de la acción penal pública debe dar cuenta de las razones por las cuales las inconductas del pasado de la persona imputada repercuten en detrimento de la solución alternativa del conflicto que subyace en todo proceso penal”. La motivación fundada que se precisa para que la oposición no sea arbitraria “[...] no se satisface con la invocación de valoraciones generales e intereses difusos. Además, la con-

⁴⁵ Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala I, “S., M. E. s/ robo y amenazas”, c. 11.104/17, de 29 de abril de 2019.

⁴⁶ Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala I “R., B. E. y otra s/ recurso de casación” (c. n.º 72.210/2018) de 5 de abril de 2023.

⁴⁷ Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala II “M., M. D. s/ rec. de casación” (c. n.º 11.628/2022) de 28 de junio de 2023.

tracara del aumento de facultades de quien se presenta como víctima en el proceso penal debería ser en los casos procedentes atender prioritariamente su voluntad de no continuar con el trámite del proceso o buscar una salida alternativa”⁴⁸.

Conclusiones

En base a lo expuesto, se puede concluir que la situación de la víctima en el proceso penal revela una significativa evolución desde su concepción relegada a un rol secundario, en los procesos de naturaleza inquisitiva, a su reconocimiento como un verdadero sujeto de derechos, en los sistemas acusatorios. Dicho proceso, fue impulsado tanto por los estándares fijados por los organismos del sistema interamericano de derechos humanos, como por la normativa local.

Este cambio de paradigma se manifiesta en el reconocimiento de diversos derechos fundamentales; respecto de los cuales, el Ministerio Público Fiscal posee un deber fundamental de tutela, protección y garantía, para permitirle a la víctima ejercer plenamente dichos derechos. El compromiso de este organismo se evidencia por medio de sus principios funcionales, su estructura orgánica y las diversas resoluciones generales dictadas por el Procurador General de la nación, instrumentos que dan cuenta de una política institucional activa en este sentido.

Por otra parte, la sanción de la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos (Ley 27.372) y del nuevo Código Procesal Penal Federal (Ley 27.063) representan un gran avance normativo, que en concordancia con los parámetros internacionales han ampliado el concepto de víctima y establecido diversos derechos que pueden encuadrarse bajo los principios rectores de rápida intervención, enfoque diferencial y no revictimización.

Como puede inferirse, el camino hacia una efectiva protección de los derechos de las víctimas en el proceso penal es un punto en constante evolución, que no puede quedar relegado exclusivamente en el ejercicio que efectúe –en el caso concreto- dicho sujeto procesal. Por el contrario, la plena implementación de los avances legislativos analizados requiere el compromiso constante de los diversos organismos encargados de administrar justicia, para una diligente apli-

⁴⁸ Ibidem (del voto del juez Sarrabayrouse).

cación de la normativa vigente; con especial atención a las particulares necesidades de quienes han sufrido las consecuencias del delito.

En ese marco, las políticas institucionales del Ministerio Público Fiscal y su rol proactivo en esta materia constituyen un requisito esencial para asegurar la satisfacción de tales fines. Sin perjuicio de ello, en el cumplimiento de tal labor, no deberá perder de vista su rol institucional; en el sentido de que la defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en ocasiones, requerirá de este organismo encontrar un equilibrio que permita armonizar ambos aspectos. Pues, del análisis efectuado, también se puede inferir que, si bien los derechos analizados son fundamentales, no son absolutos y pueden estar sujetos a las limitaciones razonables, que se exijan, en pos del respeto los derechos de los demás, la seguridad de todos y las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.

Reflexiones sobre la aplicación de la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos ·Ley n° 27.372- en el sistema acusatorio

Javier Teodoro Álvarez*

I. Introducción

El arribo de la reforma procesal penal implica el paso de un sistema mixto, predominantemente inquisitivo en la etapa de instrucción, a otro de neto corte acusatorio adversarial. El componente inquisitivo del sistema mixto, instaurado en 1991, reconoce la concentración de poder en manos del órgano jurisdiccional instructor que tiene a su cargo la investigación y la función de decidir sobre aquella. Existe un claro consenso que tal particularidad conculca garantías básicas de los sujetos que intervienen en el proceso como, por ejemplo, la imparcialidad del órgano decisor.

El sesgo inquisitivo del sistema mixto impone un proceso en su inicio escrito y formalizado, secreto en forma parcial, discontinuo y poco contradictorio, limitado en cuanto se refiere a la intervención de las partes y a la posibilidad del efectivo ejercicio de sus derechos. Tales características -cuyos efectos trascienden con impacto negativo hacia la ulterior etapa de debate- atentan contra la razonable duración que debe guiar el trámite de todo proceso penal, como así también contra la transparencia que debe informar a todo acto de gobierno. Estas particularidades generan vicios que afectan la credibilidad en las instituciones del servicio de justicia y, además, provocan diversos reclamos desde sectores académicos, jurídicos y sociales para el cambio a un sistema acusatorio.

* Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Derechos Humanos (UNLA). Master en Razonamiento Probatorio (Universitat de Girona – Università di Genova) y en Derecho Penal (UTDT). Profesor universitario. Secretario Letrado de la Procuración General de la Nación.

Este proceso de transformación procesal se encuentra en plena producción desde hace varios años en Latinoamérica, incluso en diversas provincias argentinas. Es ahora el momento de su implementación en el sistema federal.

El sistema acusatorio se caracteriza por la división de funciones, mediante la cual el Ministerio Público Fiscal tiene a su cargo la plena investigación y la acusación, mientras que el órgano jurisdiccional se encuentra separado de las partes. La función que a este último le compete es la resolución de la contienda, lo que permite garantizar su objetividad. Luigi Ferrajoli enuncia que “[s]e puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que le compete la carga de la prueba, enfrentada, a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción”¹.

Frente a este escenario, se impone como necesario internalizar que una reforma integral al sistema de enjuiciamiento criminal comporta una decisión de suma trascendencia. Es que no solo afecta al sistema normativo, sino esencialmente a las prácticas habituales de las/os jueces, fiscales, abogadas/os y funcionarias/os de la administración de justicia, así como también las expectativas de la ciudadanía.²

Uno de los principales desafíos, por lo tanto, será el de repensar el rol del Ministerio Público Fiscal como órgano central del servicio de administración de justicia, no solo en los procesos concretos sino frente a todo el nuevo sistema. En ese plan, se advierte como fundamental que la planificación de su organización interna permita abonar a una persecución penal estratégica y dinámica para afrontar las diversas necesidades que impone el entramado delictivo, pero que, además, habilite aquellos mecanismos eficientes para garantizar el efectivo acceso a la justicia de las víctimas. Es que un proceso de corte acusatorio obliga a la transformación de la persecución penal, para dar respuestas a un sistema edificado en el litigio adversarial a partir de instancias orales de litigación, que también permita ubicar a las víctimas de delitos como un sujeto de relevante notoriedad en el escenario judicial. Para ello, a su vez, es indispensable garantizar el conjunto de derechos que el propio cuerpo normativo nacional e internacional garantiza desde el primer momento de contacto con alguna autoridad judicial.

¹ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

² GODOY BERROCAL, M.E., *El proceso penal adversarial*, T. II, Buenos Aires, Ed. Incep-Rubinzal Culzoni, pág. 325-344, 2009.

En el presente ensayo me propongo ofrecer algunas reflexiones en relación con los desafíos que implica compatibilizar la implementación de este nuevo paradigma procesal con los derechos acordados, tanto a nivel nacional como regional, a favor de quienes atravesaron una situación delictiva como damnificadas de la misma. Para ello, en primer lugar, esbozaré un pequeño recorrido sobre la construcción de las víctimas como un nuevo sujeto procesal, para, luego, exponer algunos desafíos de intervención de las autoridades judiciales para lograr una armonía entre los principios básicos del sistema acusatorio y los derechos de aquellas personas.

II. Breve reseña histórica de la participación de la víctima en el proceso penal

El reconocimiento de prerrogativas procesales a favor de las personas damnificadas por un comportamiento delictivo evolucionó de manera gradual en las últimas décadas.

En la Argentina, la intervención de la víctima en el procedimiento penal fue uno de los ejes de debate en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Procesal que tuvo lugar en la Ciudad de Mar del Plata del 4 al 7 de Julio de 1965. Dicha jornada se ocupó de la unificación de las leyes procesales y de la propuesta de sancionar un código procesal penal tipo para todo el país.³ En aquella oportunidad se examinó el proyecto de Código Procesal Penal Tipo presentado por los doctores Jorge A. Clariá Olmedo, Raúl A. Torres Bas y Ricardo Levene (h), que se inscribía dentro de un sistema acusatorio con la impronta de oralidad, publicidad, inmediación, continuidad, sana crítica en la valoración de la prueba y tribunal de derecho colegiado con instancia única para las cuestiones de hecho y recursos para las de derecho.⁴

En las diversas jornadas del encuentro se discutió de manera particular la situación de la participación de la víctima en el proceso, que se incluía bajo la figura del actor civil -la figura del querellante no se encontraba contemplada- y su vinculación con el accionar de la fiscalía. Así, al tratarse el art. 16 referido al

³ ÁLVAREZ, J.T., “La capacidad recursiva del querellante frente al auto de sobreseimiento dictado a instancias del representante del Ministerio Público Fiscal”, en TARRIO, M., *Debates en torno al Derecho Penal - Recursos*, T. IV, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2018.

⁴ LEVENE, R. (h), *El cuarto Congreso Nacional de Derecho Procesal y la sanción de un Código Procesal Penal tipo para todo el país*, Buenos Aires, La Ley, 1965.

ejercicio por el Ministerio Público Fiscal de la acción civil, el Dr. Rodolfo Casetti sostuvo que:

[...] en Mendoza éste ofrece una experiencia desastrosa, pues los fiscales se sienten presionados físicamente para acusar, ante la obligación de tener que llevar también adelante la acción civil del particular damnificado. El doctor Armando Catalano explicó que en Salta se notifica obligatoriamente al fiscal de Estado para que actúe, si el Estado ha sido damnificado, y por su parte, si se debe ejercer la acción del damnificado particular, actúa el ministerio popular. El doctor Francisco D' Albora entendió que siempre que el delito vulnere intereses del Estado, nacional o provincial, el ministerio fiscal debe ejercer imperativamente la acción civil dentro del proceso penal, conforme lo establecen los últimos códigos provinciales, que en tal sentido se separan del de Córdoba. Y esto sin aceptar que se argumente una supuesta injerencia del poder administrador, porque ella no existe ni aun con la actual legislación vigente en el orden nacional, ya que si bien el ministerio público es en él vehículo de la denuncia que sirve para promover el proceso, en el momento de efectivizar el ejercicio de la acción penal actúa exclusivamente sobre la base de su discrecionalidad técnica.⁵

La comisión finalmente mantuvo ese artículo. El Dr. Levene (h) aclaró que ello era una solución intermedia entre la posición de varios códigos que conferían al Ministerio Público Fiscal un ejercicio más amplio de la acción civil y la tendencia a suprimírselo del todo.⁶

El proyecto allí debatido excluía la posibilidad de que el actor civil pudiera ejercer ciertas facultades procesales, como, por ejemplo, la actividad recursiva. Ello fue objetado por el Dr. Rodolfo Casetti, quien entendió que “debe permitirse al actor civil apelar el sobreseimiento, en contra de lo que dispone el art. 306, a fin de que se garanticen sus derechos y no se lesione la igualdad de las partes, dado que el imputado y el tercero responsable pueden recurrir contra el auto de procesamiento y la sentencia condenatoria”.⁷ De esta manera, se discutió

⁵ LEVENE, R. (H), *La reforma y la unificación Procesal Penal Argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1967, pág. 136.

⁶ *Ibid.*, pág. 137.

⁷ *Ibid.*, pág. 143.

acerca de una mayor participación de la víctima en el proceso frente al límite que impone el ejercicio de la acción por parte del fiscal y la violación del principio *ne procedat iudex ex officio*, que implica que no hay jurisdicción sin acción. En concreto, entonces, en este primer proyecto de Código Procesal Penal Tipo para todo el país no se contemplaba la figura del querellante, mientras que la del actor civil poseía facultades muy limitadas en el proceso y sólo referidas al reclamo indemnizatorio sin ningún otro tipo de injerencia.

Años más tarde, con el regreso de la democracia, se inició un proceso de reformas legales que impactó en el cuestionamiento al procedimiento penal. Se encargó al Dr. Julio Maier la confección de un proyecto de Código Procesal Penal de la Nación en el año 1986. Se proponía un código moderno adoptando el sistema de enjuiciamiento mixto, pero de corte acusatorio, con una fuerte crítica en su exposición de motivos al sistema vigente en esos momentos por resultar severamente inquisitivo.⁸ El código esbozado proponía la prohibición de la policía para tomar declaración al imputado, la incorporación de juicios por jurados, el principio de oportunidad e incluía la suspensión del juicio a prueba que –entre otros institutos incorporados– demostraba ser un proyecto de avanzada. Propiciaba, también, una separación entre las funciones de investigación y las de juzgamiento, las que deberían estar a cargo de un juzgador imparcial, mientras que la persecución se encontraba dentro de las funciones de un órgano independiente: el Ministerio Público Fiscal.

En relación con la participación de la víctima se contemplaba la figura del querellante. El autor citado señalaba al respecto:

[...] se decidió mantener al querellante por delito de acción pública, pues, además de constituir una institución definitivamente arraigada en la administración de Justicia Penal de la Nación, se inscribe en la tendencia de incorporar a quienes afecta el delito a procedimiento que se dispone para la solución del conflicto social en el que consiste una infracción penal; por otra parte, el interés directo del afectado produce, al menos, el efecto saludable de evitar, en los casos concretos, la tendencia a la rutina que caracteriza a los órganos estatales.⁹

⁸ MAIER, J., *Exposición de Motivos, en Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, 1986, pág. 651-55.

⁹ *Ibid.*, pág. 657.

De esta manera, Maier defendía la participación activa de la víctima constituida en parte en el proceso penal y ofrecía argumentos para sostener la necesidad de su intervención. Empero, dicho proyecto no logró ser aprobado por el Congreso Nacional.

Es recién en 1991 que, con la sanción de la ley nº 23.984, se dicta el Código Procesal Penal de la Nación propuesto por el Dr. Levene, que se edificó sobre la base de un sistema mixto. En su proyecto original, el referido jurista no contemplaba la figura del querellante toda vez que entendía que:

[...] es inadmisible en materia penal, donde predominan conceptos de reeducación y defensa social, que el Estado se ponga al servicio del interés pecuniario o de la venganza personal, que son casi siempre los móviles que llevan al damnificado a ejercer la acción pública, móviles que se ponen en evidencia si nos fijamos en el gran número de querellantes que desisten de su acción, dando pretextos fútiles, una vez que han percibido la suma en la que se consideran perjudicados.¹⁰

En concreto, enfatizaba la postura al afirmar que “casi siempre el acusador privado es, según la vieja frase, la quinta rueda del carro, destinada a dilatar los términos, demorar los incidentes de excarcelación y, en una palabra, a entorpecer el procedimiento, para prolongar, nada más que por venganza, la detención del acusado”.¹¹ Así, proponía un Ministerio Público Fiscal activo e independiente y solo se admitía la intervención de la víctima en el proceso a los únicos fines de lograr una reparación económica, pero sin ninguna otra función procesal.

Aquel boceto original fue posible de ciertas críticas por cuanto, en lo que aquí interesa, la participación de la víctima en el proceso resultaba insuficiente. De modo que, a instancias del dictamen de la Cámara de Diputados, se añadió la figura del querellante a nuestro procedimiento penal nacional. No obstante, se trató de una incorporación lejana a lo pacífico, ya que provocó mucha resistencia y generó un importante debate sobre cuáles eran las facultades que asistían al sujeto procesal en cuestión.

¹⁰ LEVENE (h), CASANOVAS, HORTEN, *Exposición de motivos del Código Procesal Penal de la Nación. Comentado y Concordado*, Buenos Aires, Depalma, 1992, pág. 478.

¹¹ *Idem*.

El propio Levene (h), en los comentarios al Código Procesal Penal de la Nación aprobado por la ley nº 23.984, afirmaba que la acción penal debía corresponder de manera exclusiva al Ministerio Público. Además, sostenía que la facultad de recurrir era propia del órgano a cargo de la acción penal. También se mostraba disconforme con la consulta a la Cámara del auto de procesamiento, que defendía Vélez Mariconde en su proyecto de 1960 para la Capital Federal.¹²

No obstante, con el tiempo, aquellas premisas fueron perdiendo fuerza. Ciertos consensos en la jurisprudencia, la normativa internacional y algunas reformas en el ordenamiento interno permitieron que de manera progresiva se reconocieran derechos procesales a favor de las víctimas sin que, incluso, se exija su constitución como parte en el proceso. Así, por ejemplo, la reforma constitucional de 1994 -que incorporó a su texto una serie de tratados internacionales en materia de derechos humanos- permitió construir una base sólida para tal avance, el que, a su vez, también se fortaleció con la creación del Ministerio Público como un ente independiente y autónomo. La organización interna del organismo y la creación de dependencias especializadas abonó a la aparición de oficinas integradas por profesionales para el acompañamiento de las víctimas durante la sustanciación del proceso penal.¹³

En esta nueva etapa de la vinculación de las víctimas con el sistema judicial, se abandona el antiguo paradigma asistencialista para dar lugar a la configuración de un nuevo sujeto político. De esa manera, el rol de la víctima se construye a partir de un estatuto que permite diferenciarse de otros actores procesales. Tal como señala Tamar Pitch, el término “víctima” comienza a sustituir a otros como el de “oprimido” y, a su vez, se convierte en un instrumento que permite alzar una voz propia más allá de la representación de la acusación pública.¹⁴

Es en este escenario, entonces, donde el cambio del sistema inquisitivo mixto por el arribo de un procedimiento de corte acusatorio enfrenta nuevos desafíos en lo que se refiere a la intervención de las víctimas en el escenario judicial.

¹² *Ibid.*, pág. 294.

¹³ En ese sentido, la Procuración General de la Nación creó la Oficina de Asistencia Integral a la Víctima del Delito del Ministerio Público Fiscal mediante la resolución PGN Nº 58/98 del 8 de septiembre de 1998. En lo sucesivo, otras resoluciones fueron ampliando su ámbito de actuación hasta la creación de la Dirección de Orientación, Acompañamiento y Protección a Víctimas a través de la resolución PGN Nº 1105/14 del 2 de junio de 2014, la que luego fue jerarquizada como Dirección General con la sanción de la actual Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación nº 27.148 (art. 33 inc. a).

¹⁴ PITCH, T. *El malentendido de la víctima. Una lectura feminista de la cultura punitiva*, Buenos Aires, Tinta Limón, 2004, pág. 67.

III. La Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos

A modo de recapitulación de lo hasta aquí expuesto, se pueden distinguir tres grandes etapas en la evolución del reconocimiento de la víctima en el proceso, conforme el relevamiento histórico¹⁵:

- *Reconocimiento de los derechos de las víctimas:* se trata del primer paso de relevancia por el cual se comenzó a abandonar a la persona damnificada como un sujeto negativo y portador de venganza que tenía que ser excluido del sistema penal, para comenzar a reconocerlo como un actor con intereses y derechos a ser tutelados judicialmente. No obstante, se trata aún de un momento rudimentario por el cual el impacto práctico de este reconocimiento se reducía a una atención asistencial de las víctimas.
- *La segunda ola de reformas procesales penales y la participación de la víctima:* la segunda generación de transformaciones procesales implicó la innovación de los modelos organizacionales de los diversos actores que intervienen en el proceso penal, en particular la reorganización de los diversos Ministerios Públicos. Sin embargo, Binder¹⁶ advierte que, pese a dicho propósito, no se logró reducir la brecha existente entre las víctimas y el sistema penal. Aun así, esta etapa permitió ciertos avances de significancia como, por ejemplo, la creación de las oficinas especializadas para la orientación y asistencia de víctimas con rigor profesional.
- *La actual tercera generación de reformas y un nuevo vínculo:* esta fase implica la creación de una relación estratégica entre los sectores victimizados y los organismos a cargo de la persecución penal. El citado autor advierte que eso no significa subordinar la actuación de los representantes del Ministerio Público Fiscal a las víctimas, sino de explorar la intervención de los acusadores públicos como gestores de los intereses de los distintos niveles de víctimas hasta llegar al conjunto de la sociedad.

En el estado actual de aquella evolución se requiere, por un lado, otorgarle a la víctima mayor autonomía en su participación dentro del sistema penal y, por el otro, generar un modelo de intervención del Ministerio Público que per-

¹⁵ BINDER, A. "Etapas del desarrollo organizacional del Ministerio Público", en *Ponencias del Seminario Internacional Desafíos actuales y futuros de la persecución penal y de la atención a víctimas y testigos en Chile*, p. 13-16, Santiago de Chile: Fiscalía Nacional; citado en ALFIE, J., *La vinculación entre víctimas y fiscalías: una cuenta pendiente en América Latina*, pág. 10-14, publicado en el Boletín Informativo N°2 de la Red Latinoamericana y del Caribe para la Democratización de la Justicia.

¹⁶ *Ídem*.

mita acercar la figura del acusador público a las víctimas. Con relación a la primera cuestión, a nivel regional, fue la jurisprudencia de la Corte IDH la que empezó a ofrecer un nuevo enfoque. Desde sus inicios, aquel tribunal se ocupó de ponderar el rol de quienes llegaban a sus estrados para denunciar el padecimiento de hechos de violencia. En sus sentencias no solo suelen cobrar un protagonismo especial, sino que también se ofrecen estándares sobre sus derechos y las obligaciones que los Estados tienen para con ellas, que, por lo general, además suelen ser personas en especiales condiciones de vulnerabilidad.

Para graficar lo expuesto siempre es bueno recurrir a un ejemplo, como es el voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade en la ya célebre sentencia “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala” del 26 de mayo de 2001, más conocida como el caso de los “Niños de la Calle”. Allí el magistrado expresó:

[...] que la conciencia humana ha alcanzado un grado de evolución que ha tornado posible hacer justicia mediante la protección de los derechos de los marginados o excluidos, al otorgarse a éstos, al igual que a todo ser humano, acceso directo a una instancia judicial internacional para hacer valer sus derechos, como verdadera parte demandante. El ser humano, aún en las condiciones más adversas, irrumpre como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotado de plena capacidad jurídico-procesal internacional.¹⁷

En los últimos 20 años, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos brindó interesantes avances en el reconocimiento de las víctimas como un verdadero sujeto del proceso judicial. Se trata de una serie de estándares que indican el mandato bajo la CADH de que los Estados partes implementen herramientas para, por un lado, prevenir y reducir los índices de victimización secundaria y, por el otro, con el propósito de garantizar una mayor participación en el proceso como una forma de consagración del derecho al acceso a la justicia. Son, en definitiva, una serie de orientaciones dirigidas a los órganos que integran el servicio de justicia para que sus intervenciones se adecúen al marco convencional.

¹⁷ Párr. 1 del voto razonado citado.

No solo la jurisprudencia de la Corte IDH construyó este camino, sino también otras fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como lo son una serie de documentos y principios adoptados por consenso de diversos actores. Tal es el caso de, por ejemplo, la “Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder”, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1985, o bien las directrices que emanan de las “Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos”, aprobada por la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos, o la “Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas”, las “100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, o más cercana en el tiempo la “Declaración sobre los Derechos de las Víctimas” de la ONU; entre muchas otras. Es claro, entonces, que estamos frente a una evolución en lo que se refiere a la atención de un sujeto que, si bien siempre estuvo allí, permanecía en las sombras del escenario judicial.

A nivel local fue la sanción, en el año 2017, de la ley nº 27.372 -más conocida como “Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos”- la que aportó el reconocimiento normativo para consagrar las prerrogativas procesales a favor de quienes, ya sea de manera directa o indirecta, resultaron damnificadas de un ilícito. La ley incorporó importantes reformas en el procedimiento penal federal que impactan en el modo de vinculación de las víctimas en las diversas etapas del proceso penal, desde su inicio hasta la ejecución de la pena.

La ley, también, garantiza el reconocimiento de un conjunto de prerrogativas tendientes a amparar la efectiva tutela judicial con el propósito de evitar su revictimización. Sin embargo, no se trata solo de ello. Pensar a la ley nº 27.372 desde esa visión sería elaborar una interpretación sesgada de sus alcances. Por el contrario, la normativa transforma al proceso penal para incorporar una perspectiva victimológica, dado que supone trascender la mirada tuitiva para ubicar a quienes participan del sistema en tanto damnificadas como verdaderos sujetos procesales.

En este nuevo rol, la voz de las víctimas debe ser oída antes de que se adopten diversas decisiones judiciales, pero ya no como un mero objeto de prueba. De forma habitual, la palabra de la víctima se limitaba a su declaración testimonial y al aporte de información para la investigación. Con la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos, sus opiniones deben ser recibidas a través de una escucha activa por las y los operadores judiciales. Esto significa

que, si bien no resultan vinculantes, sus pareceres y consideraciones deben ser ponderados y valorados.

Este actual panorama refleja un avance significativo en el abandono de aquella antigua lógica y tiene en su horizonte el objetivo de mejorar la calidad de las respuestas del sistema de justicia, con el fin de contribuir a garantizar el acceso a la justicia y la reparación de las víctimas. En suma, la sanción de la ley nº 27.372 de Derechos y garantías de las Personas Víctimas de Delitos introdujo modificaciones sustanciales sobre la manera en que las víctimas transitan las diversas etapas del proceso penal, desde su inicio hasta la ejecución de la pena. Así, se logra ubicarla como un sujeto procesal que debe ser escuchado ante la toma de diversas decisiones judiciales. En igual sentido, la ley brinda a las víctimas el reconocimiento de un conjunto de derechos para garantizar la efectiva tutela judicial y evitar su revictimización.¹⁸

A su vez, la sanción del Código Procesal Penal Federal,¹⁹ enmarcado en un sistema acusatorio, incorpora diversos institutos procesales que le otorgan a las víctimas cierta autonomía procesal como, por ejemplo, la posibilidad de participar del proceso penal en forma autónoma (art. 12), la conversión de la acción penal pública en privada (art. 33), la facultad de requerir la revisión de la desestimación, el archivo o la aplicación de un criterio de oportunidad o el sobreseimiento (art. 80 inc. j), entre otros.

Ahora bien, el desafío es alcanzar la operatividad de estas reformas normativas para evitar que se conviertan en meras intenciones declarativas. Para alcanzar dicho fin es necesario, al menos, poner en discusión dos ejes de debate: por un lado, repensar algunas máximas del sistema acusatorio adversarial y, por el otro, generar un modelo de intervención del Ministerio Público Fiscal que permita articular el vínculo entre sus representantes y las víctimas. Veamos.

IV. El rol del órgano jurisdiccional como garante de los derechos de las víctimas

La propia división de funciones y la descentralización del poder son dos marcas registradas del sistema acusatorio que suelen focalizar quienes pretenden dife-

¹⁸ DOVIC, Guía práctica sobre la ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos-ley nº 27.372-, PGN, 2018.

¹⁹ Aprobado por la Ley Nº 27.063, con las incorporaciones dispuestas por la Ley Nº 27.272 y las modificaciones introducidas por la Ley Nº 27.482.

renciarlo del antiguo proceso de corte inquisitivo. No hay mucho más para apor-
tar sobre aquellas características de lo que ya, en forma extendida, se ha dicho.
Sin embargo, sí creo que es posible problematizar algunos aspectos en lo que
aquí interesa, vale decir, en relación con las víctimas.

Un consenso extendido, tanto en el ámbito internacional como el local, es
el de evitar que la intervención en el sistema judicial de quien atravesó una si-
tuación delictiva provoque su revictimización. La ley de Derechos y Garantías
de las Personas Víctimas de Delito así lo consagra en su art. 4º, que dispone que
la actuación de las autoridades deberá responder a los principios de rápida in-
tervención, enfoque diferencial y no revictimización. Sobre este último, la ley
afirma que “la víctima no será tratada como responsable del hecho sufrido, y
las molestias que le ocasione el proceso se limitarán a las estrictamente impres-
cindibles”.

De manera, entonces, que la no revictimización implica, al menos, por un
lado, impedir la reexperimentación de lo vivido a través de declaraciones reite-
radas y, por el otro, imposibilitar intervenciones que generen un malestar inne-
cesario en las víctimas. El no cumplimiento de esta obligación provoca que el
Estado, a través de sus órganos judiciales, se convierta en un nuevo agresor; tal
como lo entendió la Corte IDH en la sentencia “Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs.
Nicaragua” del 8 de marzo de 2018.²⁰

Como antes señalé, suele decirse que en un sistema acusatorio puro el ór-
ganico jurisdiccional no debe intervenir en las decisiones que tomen las partes
en la elaboración de sus teorías del caso; ya que ello implicaría una suerte de ac-
titud inquisitorial. El tribunal se erige como un tercero imparcial e indepen-
diente que solo observa la contienda para luego decidir sobre la base de la
estrategia que cada parte desplegó. No omite opinión ni ofrece definiciones en
tanto las partes no lo convoquen a tal fin.

Este paradigma del órgano jurisdiccional puede encontrarse en tensión con
su rol de garante de los derechos de las víctimas. Me explico: qué actitud debería
mostrar un tribunal frente a argumentos esenciales para la teoría del caso de las
partes, pero que a la vez reposan en una postura revictimizante. Si se apega a
los principios básicos del sistema acusatorio,²¹ no debería inmiscuirse en deci-

²⁰ Párr. 297.

²¹ El art. 9 del CPPF establece como principio básico el de la separación de funciones al disponer que: “Los representantes del Ministerio Público Fiscal no pueden realizar actos propiamente juris-
dicionales y los jueces no pueden realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la

siones que le son propias a las partes a menos que se provoque una contienda que requiera resolución. Sin embargo, aquel temperamento provocaría desatender los derechos acordados por la Ley nº 27.372 a las víctimas, cuya salvaguarda se impone a cualquier autoridad en contacto con aquellas.

Este hipotético dilema encuentra solución en una serie de estándares de la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos. Tanto el TEDH como la Corte IDH ofrecen líneas argumentales que marcan un claro horizonte en la compatibilización del rol de las/os jueces, las partes del proceso y los derechos de las víctimas.

En la experiencia europea una serie de casos provocaron la intervención del TEDH para resolver escenas similares a la antes indicada. Uno de ellos fue el asunto “Y vs. Eslovenia”.²² Allí, el tribunal analizó si las autoridades nacionales habían logrado un equilibrio justo entre los intereses de la defensa -en espacial el derecho a interrogar a testigos- con los de las víctimas. Para resolver aquel conflicto recordó los criterios establecidos en los instrumentos internacionales pertinentes, en especial al Convenio del Consejo de Europa para Prevenir y Combatir la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica que exige que las partes contratantes adopten las medidas legislativas, y de otro tipo, necesarias para proteger los derechos e intereses de las víctimas. Tales iniciativas implican, entre otras cosas, protección contra la intimidación y la victimización repetida, permitir que las víctimas sean escuchadas y que sus opiniones, necesidades e inquietudes sean presentadas y debidamente consideradas, y permitiéndoles, si lo autoriza el derecho interno aplicable, testificar en ausencia del presunto autor. Además, la Directiva de la UE, que establece normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, reconoce, entre otras cosas, que las entrevistas con las víctimas deben realizarse sin demoras injustificadas y que los exámenes médicos deben reducirse al mínimo.²³

A partir de ese horizonte, el TEDH reiteró que los derechos de las personas acusadas de delitos garantizan que se les otorgue una oportunidad adecuada y apropiada para interrogar a un testigo en su contra, ya sea cuando este hace sus declaraciones o en una fase posterior del procedimiento. Sin embargo, el TEDH

persecución penal. La delegación de funciones jurisdiccionales en funcionarios o empleados subalternos tornará inválidas las actuaciones realizadas y será considerada causal de mal desempeño de las funciones a los efectos del proceso de remoción de magistrados de conformidad con los artículos 53 y 115 de la Constitución Nacional.”

²² TEDH, asunto *Y v. Eslovenia* (Solicitud nº 41107/10) Sentencia del 28 de mayo de 2015.

²³ *Ibid.*, párr. 104.

también sostuvo que el derecho de una persona a defenderse no prevé una potestad ilimitada a utilizar cualquier argumento de defensa. Por lo tanto, dado que un enfrentamiento directo entre los acusados de delitos y sus presuntas víctimas implica un riesgo de traumatización adicional, en opinión del TEDH, el contrainterrogatorio de la defensa debe estar sujeto a una evaluación más cuidadosa por parte de los tribunales nacionales.²⁴ En resumen, el TEDH sostuvo que, si bien había que dejar a la defensa un cierto margen de maniobra para cuestionar la fiabilidad y credibilidad del testimonio de la víctima y revelar posibles inconsistencias en su declaración, el contrainterrogatorio no debe utilizarse como medio para intimidar o humillar a los testigos.²⁵

Desde esa lógica, el TEDH afirmó que era responsabilidad del órgano jurisdiccional garantizar que el respeto a la integridad personal de la víctima fuera adecuadamente protegido durante el juicio. En su opinión, la sensibilidad de la situación en la que, en el caso concreto, la demandante fue interrogada directa, detallada y extensamente por el hombre al que acusó de agredirla, exigía que el juez presidente supervisara la forma y el contenido de las preguntas y, si era necesario, intervenir.²⁶

Esta obligación también se impone frente a otros sujetos que participan en el proceso como, por ejemplo, auxiliares técnicos convocados a realizar una pericia. En el particular, la víctima se quejó de que el experto en ginecología que la examinó la había obligado a responder una serie de preguntas acusatorias que no tenían relación con el hecho. A este respecto, el TEDH consideró que la integridad personal de las víctimas de un delito debe, por la propia naturaleza de la situación, ser protegida por las autoridades públicas que llevan a cabo el proceso. El Tribunal de Estrasburgo entendió que las autoridades judiciales también están obligadas a garantizar que otros participantes llamados a asistirlos en la investigación o en el proceso de toma de decisiones traten a las víctimas y otros testigos con dignidad y no causen molestias innecesarias.²⁷

El TEDH reforzó aquel estándar en la sentencia del asunto “JL vs. Italia”.²⁸ Allí sostuvo que la protección de los derechos de las víctimas de delitos impone obligaciones estatales tanto de carácter negativas – es decir, de no intervención –

²⁴ *Ibid.*, párr. 106.

²⁵ *Ibid.*, párr. 108.

²⁶ *Ibid.*, párr. 109.

²⁷ *Ibid.*, párr. 112.

²⁸ TEDH. Asunto *JL v. Italia* (Solicitud nº 5671/16). Sentencia del 27 de mayo de 2021.

como deberes positivos. Estos últimos obligan a los Estados contratantes a que organicen sus procedimientos penales de tal manera que no pongan en peligro indebido la vida, la libertad o la seguridad de los testigos, y en particular las de las víctimas llamadas a declarar. Por lo tanto, los intereses de la defensa deben sopesarse con los de los testigos o víctimas con el fin de protegerlas de una victimización secundaria.²⁹

De manera que, hasta aquí, resulta claro que para la jurisprudencia del TEDH las autoridades judiciales no pueden permanecer pasivas frente a las teorías del caso de las partes contrincantes en un proceso penal. Por el contrario, los derechos de las víctimas le imponen obligaciones positivas de garantizar que no sufran molestias innecesarias ni padezcan situaciones de traumatización o revictimización. Dicho de otro modo: si la estrategia o la hipótesis de alguna de las partes del litigio suponen una posición contraria a los derechos de las víctimas, el órgano jurisdiccional debe intervenir de oficio.

La jurisprudencia de la Corte IDH ofrece estándares similares. El tribunal de San José de Costa Rica tuvo oportunidad de analizar este supuesto en el caso “Angulo Losada vs. Bolivia”³⁰

La Corte IDH allí examinó la responsabilidad internacional de Bolivia por la actuación judicial en una causa por violencia sexual contra una niña. En el marco de esa intervención la Corte recordó las obligaciones estatales al momento de la toma de declaración de víctimas de violencia sexual y el enfoque diferencial a favor de las infancias. Respecto de ello sostuvo que los Estados deben garantizar que (i) el proceso se desarrolle en un entorno que no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a la edad de la niña, niño o adolescente; (ii) el personal encargado de recibir el relato, incluyendo autoridades fiscales, judiciales, administrativas, personal de salud, entre otras, esté debidamente capacitado en la materia, de modo que la niña, niño o adolescente se sienta respetado y seguro al momento de relatar lo que le sucedió y expresar su opinión y en un entorno físico, psíquico y emocional adecuado, que permita que relate los hechos ocurridos o sus vivencias de la manera que elija, sin la utilización de un lenguaje ofensivo, discriminatorio o estigmatizante por parte del personal; (iii) las niñas, niños y adolescentes sean tratados a lo largo del proceso penal con tacto y sensibilidad, explicándoles la razón y utilidad de las diligencias

²⁹ *Ibid.*, párr. 119.

³⁰ Corte IDH. *Caso Angulo Losada Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 18 de noviembre de 2022.

a llevarse a cabo o la naturaleza de los peritajes a los cuales se le someterá, siempre con base en su edad, grado de madurez y desarrollo, y conforme a su derecho a la información; (iv) las niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual tengan respetada su intimidad y la confidencialidad de la información, de ser el caso, evitando en todo momento la participación de estos en una cantidad excesiva de intervenciones o su exposición al público, adoptando las medidas que sean necesarias para evitar su sufrimiento durante el proceso y causarle ulteriores daños; (v) la entrevista con la niña, niño o adolescente víctima de la violencia sexual, la cual debe ser videografiada, se lleve a cabo por un psicólogo especializado o un profesional de disciplinas afines debidamente capacitado en la toma de este tipo de declaraciones, no pudiendo ser interrogada en forma directa por el tribunal o las partes; (vi) las salas de entrevistas otorguen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, que les brinde privacidad y confianza a las víctimas, y (vii) que las niñas, niños y adolescentes no sean interrogados en más ocasiones que las estrictamente necesarias, atendiendo a su interés superior, para evitar la revictimización o un impacto traumático.³¹

En relación con el control de las estrategias de litigio, la Corte IDH señaló -en el caso concreto- que en las preguntas dirigidas a las y los testigos durante el debate oral se habían utilizado estereotipos de género. Frente a ello, afirmó:

Cabe subrayar que, aunque la mayor parte de dichas preguntas no hayan sido formuladas por autoridades estatales, eran ellas, especialmente las juezas y jueces, responsables por dirigir el proceso y, por tanto, impedir interrogatorios permeados por estereotipos de género. Si bien no consta en el acta de ese primer juicio oral las respuestas de las y los testigos, sino solamente las preguntas que les fueron formuladas, la Corte constata que, abogadas/os del acusado interrogaron a las y los declarantes preguntándoles, por ejemplo “¿por qué dejó a una muchacha joven con un hombre joven solos?”; “¿desde qué edad como matrimonio han permitido que Brisa se pinte o se arregle?”; “¿cuántos novios ha tenido [Brisa]?”, “¿cómo se vestía antes de noviembre Brisa, con vestidos, Brisa se pintaba o usaba adornos?”; ¿le resulta imposible que una adolescente pueda enamorarse de uno de sus parientes sanamente?, ¿ha oído hablar

³¹ *Ibid.*, párr. 106.

de la teoría ‘las víctimas provocadoras?’; “¿cómo calificaría a Brisa en cuanto a su carácter y su forma de ser, era así con todos?, ¿no se sacó la polera?, ¿qué edad tenía Brisa?, ¿hace cuántos años pasó, vio a Brisa conquistar a alguien?, ¿la vio a Brisa en esa pijamada en actitudes anormales o sospechosas hacia alguien?, [...] ;el día de la pijamada vio a Brisa y a [...] dándose besos?”, y “¿usted vio a Brisa enamorar a [E.G.A]?” Por su parte, la Fiscal preguntó a José Miguel de Angulo si “en alguna oportunidad Brisa lo encontró revisando sitios pornográficos”.³²

Tal como se desprende de aquel extracto resolutivo, la Corte IDH impuso como responsabilidad especial de las juezas y jueces a cargo de dirigir el proceso impedir interrogatorios permeados por estereotipos de género. Dicho de otra manera: reconoció la obligación del órgano jurisdiccional de controlar de oficio la teoría del caso de las partes para evitar que se desplieguen hipótesis, tanto acusatorias como defensistas, que importen afectar derechos de las víctimas.

De modo, entonces, que existe un claro consenso en la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos en que las autoridades judiciales de sus países miembros -como es el caso de la Argentina- no deben permanecer pasivos, pues recaen sobre ellas obligaciones estatales a favor del resguardo de los derechos de las víctimas. En otras palabras: surge un mandato convencional de intervenir de oficio cuando se identifiquen estrategias o hipótesis o teorías del caso que puedan perjudicar o atentar contra los derechos de las víctimas. El incumplimiento de este mandato expone al Estado a la responsabilidad internacional.

V. Un nuevo diseño institucional del Ministerio Público Fiscal para garantizar los derechos de las víctimas

El otro eje que aquí me interesa reseñar es que el cambio de paradigma del sistema procesal impone un rediseño del Ministerio Público Fiscal para lograr una efectiva intervención en el resguardo de los derechos de las víctimas de delitos. Ciertas experiencias comparadas permiten ofrecer un diagnóstico sobre algunos

³² *Ibid.*, párr. 165.

mecanismos adoptados en la región para alcanzar aquellos propósitos. Me referiré aquí a solo dos casos para graficar lo expuesto: la experiencia chilena y guatemalteca.

La dependencia de la Fiscalía Nacional de Chile que se encuentra a cargo del acompañamiento y orientación a las víctimas es la *División de Atención a Víctimas y Testigos de la Fiscalía Nacional* a cargo de un/a Director/a, designada/o por el/la Fiscal Nacional.³³ En efecto, la Ley Orgánica del Ministerio Público -ley n° 19.640- al establecer la organización y atribuciones del organismo, dispone, en su artículo 20,³⁴ la creación de una División Nacional de Atención a las Víctimas y Testigos (DAVT). Su propósito es el de velar por el cumplimiento de las tareas que a este respecto le encomienda al Ministerio Público la ley procesal penal.

Desde el año 2008, aquella dependencia orientó su labor a desarrollar e implementar un Modelo General de Atención a Usuarios que cumpla con el objetivo de incentivar la participación de las víctimas y testigos en el proceso penal, y de entregar una atención de calidad a todos sus usuarios mejorando los sistemas de atención. El modelo está compuesto por dos líneas de trabajo: 1) el Modelo OPA y, 2) el Sistema de Información y Atención a Usuarios del Ministerio Público (SIAU).

El Modelo OPA se edifica sobre la base de tres principios: Orientación, Protección y Apoyo, y tiene por objeto orientar a víctimas y testigos que concurren a la Fiscalía, mediante la entrega de información, en concordancia con la etapa del proceso penal en que se encuentran; protegerlos, en función de los resultados

³³ Artículo 22.- Cada una de las unidades especializadas a que alude la letra c) del artículo 17 será dirigida por un Director, designado por el Fiscal Nacional, previa audiencia del Consejo General. Estas unidades dependerán del Fiscal Nacional y tendrán como función colaborar y asesorar a los fiscales que tengan a su cargo la dirección de la investigación de determinada categoría de delitos, de acuerdo con las instrucciones que al efecto aquél les dicte. Se creará, al menos, una unidad especializada para asesorar en la dirección de la investigación de los delitos tipificados en la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicolotrópicas.

³⁴ Artículo 20.- La Fiscalía Nacional contará con las siguientes unidades administrativas: a) División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión; b) División de Contraloría Interna; c) División de Recursos Humanos; d) División de Administración y Finanzas; e) División de Informática, y f) División de Atención a las Víctimas y Testigos, que tendrá por objeto velar por el cumplimiento de las tareas que a este respecto le encomienda al Ministerio Público la ley procesal penal. Asimismo, le corresponderá prestar asesoría a quienes sean víctimas de delitos que la ley califica como terroristas. Un Director Ejecutivo Nacional organizará y supervisará las unidades administrativas de la Fiscalía Nacional, sobre la base de las instrucciones generales que dicte el Fiscal Nacional. El Director Ejecutivo Nacional y los jefes de las unidades administrativas serán funcionarios de la exclusiva confianza del Fiscal Nacional.

de evaluaciones de intimidación y/o riesgo; y, apoyarlos durante el proceso penal y, especialmente, en su participación en el juicio oral. Dentro del OPA se desarrollan líneas de atención especializada a fin de responder a los requerimientos específicos de determinadas víctimas y testigos, como son:

Orientación, Protección y Apoyo a víctimas de violencia intrafamiliar, con el propósito de habilitar una intervención inmediata a víctimas de delitos constitutivos de esta clase de violencia, otorgándoles una protección oportuna y efectiva durante su participación en el proceso penal a través de un contacto dentro de un plazo de 24 horas desde el ingreso de la denuncia a la Fiscalía, con el fin de recoger información necesaria para evaluar el riesgo, conocer sus expectativas y su disposición a participar en el proceso penal. Asimismo, adoptar dentro del plazo máximo de 48 hs. las medidas de protección adecuadas para aquellos casos definidos de riesgo vital/alto o medio.

Protección para casos de alta complejidad. Se trata de un proyecto que nació para hacer frente a la necesidad de brindar protección especializada, inmediata y eficaz a quienes hayan declarado o deban declarar en el proceso penal en calidad de víctimas, testigos, peritos o sus familias, y que se encuentran en una grave y compleja situación que pone en riesgo su vida derivada precisamente de su colaboración con el proceso penal, y cuya amenaza proviene de una organización criminal, donde los mecanismos habituales y las medidas ordinarias de protección resultan insuficientes.

Por su parte, el Sistema de Información y Atención de Usuarios (SIAU) tiene por objeto entregar una atención oportuna y de calidad a todas aquellas personas que concurren a la Fiscalía formulando requerimientos de información sobre los servicios que presta como, asimismo, requerimientos de reclamos, sugerencias y felicitaciones, y requerimientos fundados en la Ley de Transparencia. Considera tres espacios de atención: presencial, telefónico, a través del call center, y virtual, a través de la página web.

A su vez, la División de Atención a Víctimas y Testigos de la Fiscalía Nacional cuenta con diversas Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos

(URAVIT) localizadas en cada una de las Fiscalías Regionales de los distintos departamentos del país trasandino.³⁵ Cada una de ellas está integrada por profesionales de diversas disciplinas (psicólogas/os, trabajadores sociales, abogadas/os, etc.) técnicos y administrativos especializados en la atención a víctimas y testigos. Sus funciones son: ejecutar las prestaciones directas a víctimas y testigos, como cualquier otro tipo de usuarios del servicio de administración de justicia, asesorar a las/os operadores e integrantes de las Fiscalías para la óptima orientación, apoyo y protección a víctimas y testigos y desempeñarse como gestor intersectorial.

Por su parte, la historia del sistema de Justicia Penal en Guatemala se caracteriza por una suerte de avances y retrocesos en lo que se refiere a los modelos de enjuiciamiento; que por ello puede presentar ciertas similitudes con la experiencia local. En efecto, el sistema estuvo marcado por la influencia del modelo inquisitivo heredado de la colonia. Tras la independencia de España en 1821, se impulsó un nuevo sistema de justicia penal, el que fue sancionado en el año 1837, conocido como *Código de Livingston*. Esta normativa introdujo un modelo de corte acusatorio en el que se preveía un sistema de juicio por jurados. Empero, con el tiempo fue derogada y se retornó a la legislación inquisitiva de la colonia.³⁶

Las posteriores sanciones de los códigos procesales penales de 1877, 1898 y 1973 mantuvieron intocables ciertas instituciones como la concentración de las funciones de investigación y juzgamiento por el juez de instrucción o la centralidad de la etapa investigación en detrimento de la etapa de juicio. Sin embargo, las diversas discusiones que se produjeron en Latinoamérica acerca de la necesidad de emprender una reforma estructural de la justicia penal impactaron de manera influyente en la comunidad jurídica del país. En ese sentido, fue determinante la influencia de la estructura conceptual y los fundamentos que inspiraron la redacción del Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica, elaborado en el año 1986 por Julio Maier.³⁷

³⁵ Artículo 34.-Cada Fiscalía Regional contará con las siguientes unidades administrativas: a) Unidad de Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión; b) Unidad de Recursos Humanos; c) Unidad de Administración y Finanzas, d) Unidad de Informática, y e) Unidad de Atención a las Víctimas y Testigos, que tendrá por objeto el cumplimiento de las tareas que a este respecto le encomienda al Ministerio Público la ley procesal penal. Un Director Ejecutivo Regional organizará y supervisará las unidades administrativas, sobre la base de las instrucciones generales que dicte el Fiscal Regional. El Director Ejecutivo Regional y los jefes de las unidades administrativas serán funcionarios de la exclusiva confianza del Fiscal Regional.

³⁶ CEJA, *Evaluación del impacto del nuevo modelo de gestión fiscal del Ministerio Público de Guatemala*, 2014.

³⁷ *Idem*.

Así, en 1992, se sancionó un nuevo Código Procesal Penal, tendiente a establecer un procedimiento acorde con la Constitución Política de 1985 y los tratados internacionales de derechos humanos. La nueva legislación estableció un proceso penal estructurado en tres fases: preparatoria, para la recopilación de antecedentes e información para fundar la acusación; intermedia, de control de la acusación; y el debate oral, para la realización de la prueba y dirimir la responsabilidad penal del imputado. Entró en vigencia en todo el país el día 1 de julio de 1994, convirtiendo a Guatemala en el primer país de América Latina en adoptar un sistema adversarial de enjuiciamiento criminal.

Con relación al Ministerio Público, en 1948 fue aprobada su Ley Orgánica que lo regulaba como una institución auxiliar de los tribunales y de la administración pública, integrada a la Procuraduría General de la Nación y cuya estructura organizativa estaba constituida por tres secciones: procuraduría; fiscalía y consultoría. Con posterioridad, en la Constitución de la República del año 1965 se regularon las funciones del Ministerio Público dentro del título concerniente a la actividad del organismo ejecutivo.

En 1982, como consecuencia del golpe de estado en Guatemala, fue derogada la Constitución y toda la actividad de índole jurisdiccional y legislativa se concentró solamente en el organismo ejecutivo. Esto produjo que el Ministerio Público quedara relegado a funciones secundarias. Esta situación se extendió hasta 1986, cuando entró en vigor la Constitución Política de 1985 que reconoció al Procurador General de la Nación y Jefe del Ministerio Público como titular de una institución autónoma en sus funciones, siendo elegido por el Presidente de la República. En la reforma constitucional del año 1993 se estableció la separación de funciones jurisdiccionales de las persecutorias, asignando las primeras a los jueces y las segundas a los fiscales. En el artículo 251 se estipuló que el jefe del Ministerio Público es el Fiscal General y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública.

Por su parte, el art. 107 del Código Procesal Penal acusatorio que entró en vigencia en el país en 1994, estableció que el Ministerio Público es un órgano auxiliar de la administración de justicia y tiene a su cargo el procedimiento preparatorio y la dirección de la Policía Nacional Civil en la investigación criminal.

En el mismo año, se dictó la Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto nº 40-94), la cual sentó las bases de nuevas reglas de funcionamiento de la ins-

titución. Sobre su organización, se estableció que estaría integrado por diversos órganos: el Fiscal General, el Consejo del Ministerio Público, los Fiscales de Distrito y Fiscales de Sección, los Agentes Fiscales y los Auxiliares Fiscales. El 23 de febrero de 2016 el Congreso de Guatemala aprobó una serie de reformas a la Ley Orgánica del Ministerio Público a través del Decreto nº 18-2016.

Este nuevo paradigma de organización de las fiscalías se tradujo en la creación de estructuras que responden a funciones críticas, como lo son la atención a la víctima, la recepción y análisis de las denuncias, la resolución temprana de los casos y la investigación y litigación de los delitos que ameritan ser debatidos en el marco de una audiencia de juicio oral.³⁸

El Departamento de Coordinación de Atención a la Víctima (DCAV) se puso en marcha para garantizar el artículo 26 de la Ley Orgánica del Ministerio Público que establece que “los fiscales de distrito organizarán las oficinas de atención a la víctima para que se encarguen de darle toda la información y asistencia urgente y necesaria”. Inicialmente, el DCAV dependía directamente de la Fiscalía General, con posterioridad, a través de un acuerdo del año 2005, este departamento pasó a depender orgánicamente de la Secretaría de Política Criminal del Ministerio Público.

Al DCAV le corresponden las funciones normativas, técnicas, de asesoría, monitoreo y, en general, de apoyo y control de atención a la víctima, en todo el país. Su representación está ejecutada mediante las oficinas de atención a las víctimas, presentes en cada fiscalía distrital. Tienen una doble dependencia ya que administrativamente dependen del fiscal y del Departamento de Coordinación de Atención a la Víctima en los contenidos y políticas.

La atención a las víctimas responde a un protocolo de modelo integral aprobado por Instrucción General Número 04-2014 de la Fiscalía General. El Modelo Integral de Atención a Víctimas se edifica en un conjunto de acciones que ofrecen seguridad, confianza y protección a la persona que ha sido víctima de un delito. Estas acciones deben estar integradas en tres esquemas: respuesta inmediata, acompañamiento y expediente único.

El primero, respuesta inmediata, está integrado por el conjunto de servicios que se proporcionan desde el momento en que la víctima del delito tiene el primer contacto con la institución; su misión es contener la situación de crisis y salvaguardar la integridad física y emocional de la víctima. El acompañamiento,

³⁸ *Idem.*

es una acción que se inicia una vez resuelto el estado de crisis y su objeto es orientar y, en su caso conducir, a la víctima hacia los servicios y procesos que ha de seguir para denunciar el delito, coadyuvar en la investigación criminal y, en su caso, ante el Organismo Judicial. Es un servicio que se presta durante toda la investigación y en las diferentes etapas del proceso penal hasta su total resolución. Por último, a través del expediente único, se establece un esquema que coordina el trabajo del Ministerio Público y de las Instituciones públicas que participan en la atención integral de la víctima del delito, a fin de que ésta se proporcione de manera óptima. Implica un proceso de coordinación intrainstitucional e interinstitucional que facilita la investigación criminal, el acopio de pruebas confiables y el conocimiento ordenado de los hechos, las etapas de la investigación y las fases del proceso penal, al tiempo que es un elemento que facilita la atención integral de la víctima del delito en los diferentes servicios y evita la victimización secundaria.

Como pudo advertirse con los ejemplos reseñados, un desafío propio de los Ministerios Públicos Fiscales de aquellos países en donde se implementó el sistema de enjuiciamiento acusatorio fue el de romper con el esquema de estructura espejo con el Poder Judicial, para adecuar su organización interna a los fines que el nuevo marco normativo le asigna. En ese sentido, se resalta la creación de fiscalías regionales o de distrito que permiten una mayor cercanía a la ciudadanía, pero, también, la habilitación de dependencias especializadas integradas por profesionales y expertos en distintas materias para fortalecer la persecución penal estratégica.

En ese plan, las oficinas de atención a víctimas han comenzado a abandonar un lugar periférico para ocupar un rol relevante. Así se destaca la creación de oficinas que integran la estructura central del organismo, cuyo personal se encuentra formado y capacitado en la atención integral de víctimas, y que, a su vez, permiten coordinar su replicación en cada dependencia regional o distrital a lo largo de todo el ámbito territorial de actuación del Ministerio Público Fiscal.

De esa manera, las oficinas especializadas en la atención a víctimas se han convertido en colaboradoras de la función de quienes representan al órgano de persecución penal pública frente a los diversos litigios. Para ello, cobra principal relevancia la elaboración de protocolos específicos de actuación frente a los complejos escenarios que cada evento criminal importa para la situación de cada víctima.

VI. Breves reflexiones finales

En esta nueva tradición procesal es imprescindible despojar del concepto de víctima a la mera idea del asistencialismo para dar paso a la comprensión de un sujeto de derechos que atravesó o se encuentra atravesando una situación de violencia. Ello significa recuperar la escucha activa mediante el uso de las distintas herramientas jurídicas que el marco normativo provee.

La ley n° 27.372 transformó al proceso penal para incorporar una perspectiva victimológica ya que supone trascender la mirada tuitiva para ubicar a quienes participan del sistema en tanto damnificadas como verdaderos sujetos procesales. En este nuevo rol la voz de las víctimas debe ser oída antes de que se adopten diversas decisiones judiciales, pero ya no como un mero objeto de prueba. De forma habitual, la palabra de la víctima se limitaba a su declaración testimonial y al aporte de información para la investigación. Con la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos, sus opiniones deben ser recibidas a través de una escucha activa por las y los operadores judiciales. Esto significa que, si bien no resultan vinculantes, sus pareceres y consideraciones deben ser ponderados y valorados.

Este actual panorama, refleja un avance significativo en el abandono de aquella antigua lógica y tiene en su horizonte el objetivo de mejorar la calidad de las respuestas del sistema de justicia con el fin de contribuir a garantizar el acceso a la justicia y la reparación de las víctimas.

Es en esta concepción donde se abren nuevos desafíos que se intensifican con el arribo de la implementación del sistema acusatorio. Más allá de los ejes aquí discutidos, el abordaje de cualquier disputa debe tener en el horizonte un principio fundamental: cuando hablamos de víctimas no es posible referirse a ellas como si se tratara de un auditorio homogéneo. Esa concepción no solo despersonaliza la experiencia particular de cada sujeto que atravesó algún hecho delictivo, sino que es contraria a los propios objetivos de la ley n° 27.372. Tal es así que, incluso, hay quienes prefieren otra etiqueta distinta para identificarse que la de “victima”, cuyo término muchas veces pareciera ser empleado como constitutivo de una identidad. De allí que la ley se cimiente en una regla básica que es el del enfoque diferencial, lo que permite no solo incorporar una perspectiva interseccional, sino también que las fronteras que delimitan su participación serán construidas a partir de su libre elección.

El trabajo con víctimas en los modelos acusatorios adversariales

Malena Derdoy*
María Victoria Meza**

I. Introducción

El presente artículo busca acercar algunas ideas preliminares sobre el trabajo con las víctimas del delito en el marco de los sistemas acusatorios. Para ello, nos proponemos desarrollar el marco normativo que encuadra el rol de las víctimas en los procesos penales a partir del cambio de paradigma que ha implicado abandonar los procesos inquisitivos o mixtos para trabajar en los acusatorios adversariales. Asimismo, daremos cuenta de cómo las estructuras novedosas dentro del sistema de administración de justicia, como es el caso de las Áreas de Atención y Acompañamiento a Víctimas del MPFN, que se han puesto en marcha en las distintas jurisdicciones de nuestro país a partir de la implementación progresiva del Código Procesal Penal Federal (CPPF), se suman a las agencias estatales ya existentes, como las Direcciones Generales del Ministerio Público Fiscal (MPFN), constituyendo dependencias encargadas para llevar adelante las tareas de atención y acompañamiento especializadas.

El marco normativo vigente reconoce a la víctima como un sujeto de derecho con capacidad de agencia, abandonando una mirada tutelar en donde solo era incorporada como parte de la agenda probatoria. En este sentido, paulati-

* Abogada (UBA). Diploma en Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica, Centro de Derechos Humanos (Universidad de Chile). Maestranda de la Maestría de Antropología Social (UNSAM). Titular de la Dirección General de Acompañamiento, Orientación y Protección a las Víctimas del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

** Abogada (UBA). Especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UBA). Profesora Adjunta (int.) de Derecho internacional Público (UBA). Coordinadora General de la Dirección General de Acompañamiento, Orientación y Protección a las Víctimas del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

namente la normativa fue abandonando la antigua lógica extractivista en donde la víctima aportaba prueba, o más aun, era la prueba en sí misma, para pasar a ser parte de un conflicto con un rol activo en su resolución. Al respecto, veremos cómo la normativa internacional establece la obligación del Estado argentino de garantizar la participación de las víctimas en todas las etapas del proceso judicial, así como la atención y acompañamiento especializados y diferenciados. En el plano nacional, se dará cuenta de cómo las reformas normativas acompañaron la idea de robustecer la figura de las víctimas a lo largo del proceso penal. En particular, se desarrollarán los principios rectores de Ley de Derechos y Garantías de personas Víctimas del Delito N° 27372 que ordenan la interpretación de la norma y guían con claridad al operador y funcionario judicial en el trabajo con las víctimas; se hará especial referencia a las disposiciones del CPPF que recogen los principios establecidos en la Ley N° 27372; y, a la vez, se describirá el rol del MPFN en su función encaminada a garantizar a las víctimas de cualquier delito sus derechos.

En este contexto, a fin de garantizar adecuadamente las funciones recomendadas por la normativa vigente, la implementación del sistema acusatorio a nivel federal ha incluido la creación en el ámbito del MPFN de áreas específicas que trabajan en la atención y acompañamiento a víctimas en apoyo a la labor fiscal, que se suman a estructuras ya vigentes, como es el caso de las Direcciones Generales del MPFN.

II. Los derechos de las víctimas en el proceso penal acusatorio. El rol del MPFN y la labor estratégica de las estructuras especializadas

Los instrumentos internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional consagran los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial. Ello implica que el Estado argentino se encuentra obligado a brindar recursos judiciales efectivos a las víctimas de delitos, los cuales deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso. Al respecto, los derechos a la protección judicial y al debido proceso legal, contemplados en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), han sido materia de interpretación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

En este sentido, el tribunal regional ha establecido que del “[...] artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación”¹. Es así que, el Estado argentino asumió frente a la comunidad internacional la obligación de garantizar la participación de las víctimas en todas las etapas del proceso judicial. Este deber implica asegurar “que, en todas las etapas de los respectivos procesos, las víctimas puedan hacer planteamientos, recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus intereses. Dicha participación deberá tener como finalidad el acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y el otorgamiento de una justa reparación [...]”².

A la vez, la normativa internacional también comprende la obligación de desplegar medidas tendientes a asegurar la atención y acompañamiento especializados y diferenciados para el caso de víctimas en situación de vulnerabilidad. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte IDH ha interpretado que corresponde adoptar medidas de protección y de acompañamiento durante el proceso, y después del mismo, con el fin de lograr la rehabilitación y reinserción de las víctimas³.

Las sucesivas reformas normativas en el ámbito nacional han receptado los estándares internacionales vigentes. Es así que, la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos N° 27.372 reconoce una mayor participación en las decisiones y garantiza un efectivo acceso a diversos derechos como el asesoramiento, asistencia, representación, protección, verdad, acceso a la justicia, tratamiento justo, reparación, celeridad, y todos los demás derechos consagrados en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que el Estado Nacional es parte, y demás instrumentos legales in-

¹ Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 227.

² Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 247.

³ Ver. Corte IDH. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350, párr. 157, 164 -165; Corte IDH. Caso Angulo Losada Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 18 de noviembre de 2022. Serie C No. 475, párr. 105; Corte IDH. Caso López Soto y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362, párr. 222.

ternacionales ratificados por leyes nacionales, las constituciones provinciales y los ordenamientos locales (conf. art. 3 inc. a Ley N° 27.372). De este modo, las disposiciones de la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos están dirigidas a adjudicarles a las víctimas un papel protagónico, abandonando la concepción tradicional que las ubicaba como una mera fuente de información para la obtención y preparación del material probatorio.

En esa misma línea, la Ley N° 27.372 dispone que se deberán adoptar y coordinar las acciones y medidas necesarias para promover, hacer respetar, proteger, garantizar y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de las víctimas, así como implementar los mecanismos para que todas las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, cumplan con sus obligaciones de prevenir, investigar, sancionar delitos y lograr la reparación de los derechos conculcados (conf. art. 3 inc. b Ley N° 27.372).

Asimismo, el reconocimiento del rol protagónico de las víctimas en el proceso penal ha sido receptado por el CPPF que, siguiendo los lineamientos de la Ley N° 27.372, contiene entre sus principios fundamentales el derecho de las víctimas del proceso penal “[...] a una tutela judicial efectiva, a la protección integral de su persona, su familia y sus bienes frente a las consecuencias del delito, a participar del proceso penal en forma autónoma y a solicitar del Estado la ayuda necesaria para que sea resuelto su conflicto. Las autoridades no podrán, bajo pretexto alguno, dejar de recibir sus denuncias o reclamos y de poner inmediatamente en funcionamiento los mecanismos legales previstos para su tutela efectiva” (conf. art. 12 Cppf). De este modo, la norma procesal integra a sus principios fundamentales el de garantizar la participación de las víctimas en todas las etapas del proceso penal.

Volviendo a la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas del Delito, es importante destacar que es muy clara, en su capítulo II, al establecer los principios rectores que guiarán las intervenciones de cara a las víctimas del delito; estos son, la *rápida intervención*; el *enfoque diferencial*; y la *no revictimización*.

En lo referente a la *rápida intervención*, la norma establece que “las medidas de ayuda, atención, asistencia y protección que requiera la situación de la víctima se adoptarán con la mayor rapidez posible, y si se tratare de necesidades apremiantes, serán satisfechas de inmediato, si fuere posible, o con la mayor urgencia”.

El principio de la rápida intervención invita reflexionar acerca de la cuestión del tiempo y los procesos judiciales. En este sentido, es posible esbozar algunas interrogantes. En primer lugar, si los “tiempos de las víctimas” son los mismos que los del proceso penal y, en segundo lugar, en el caso de que no fueran coincidentes, cuál podría ser la mejor manera de conciliarlos. Sin dudas no existe una respuesta unívoca para estos interrogantes en tanto cada caso debe analizarse en sus particularidades. No obstante, es posible proponer algunos lineamientos que se extraen de los propios estándares de la normativa vigente. Teniendo en cuenta ello, garantizar al acceso a la información del caso penal, no solo en el inicio de la causa sino a lo largo todo el proceso penal, constituye una herramienta que puede permitir conciliar los intereses de la víctima con el devenir del proceso. De este modo, mantenerla informada permitirá trabajar con la víctima de manera más cercana, garantizándole el acceso a la información en comunicación permanente y no solo cuando es requerida. La idea de comunicación activa está en diálogo con el manejo de las expectativas y la corrosión en la confianza que el simple paso del tiempo pueda generar en la víctima respecto de los avances en la investigación.

Por otro lado, los principios de los modelos acusatorios tales como la celebridad, la oralidad y la inmediatez⁴ resultan imprescindibles para encuadrar el mandato de rápida intervención. Estas modalidades harán que la víctima pueda participar activamente, estar presente en la causa y evitar así que tenga una falsa noción sobre el avance o no de la investigación, estando en diálogo esto con el tiempo y sus efectos.

Por último, debe advertirse la relevancia que tiene el paso del tiempo para una víctima, en tanto se trata de un factor que permite la elaboración de un hecho traumático. Al respecto, el posible impacto de la comisión de un delito en la subjetividad de una persona debe ser algo a tener en cuenta. En esta línea, también se debe considerar el olvido como un recurso que la víctima puede encontrar para aliviar la vida cotidiana una vez ocurrido el padecimiento, pero que puede ir en detrimento de la estrategia fiscal al momento de que la persona damnificada tenga que testimoniar.

Es por ello que, trabajar con el tiempo de la elaboración del hecho traumático dentro de la estrategia del caso no solo impacta de forma positiva, en tanto garantiza los derechos de las víctimas, sino que, también, puede ser totalmente

⁴ Art. 2 CPPF.

esclarecedor en el avance del caso, ya que sin dudas la víctima podrá narrar con mayor claridad lo padecido. Ello no significa ignorar tiempos procesales y pensar solo en los tiempos y las posibilidades de las víctimas, sino que será de importancia tener presente esta variable para dar cumplimiento al respecto de la víctima y sus tiempos, y también para ponerla en consideración al momento de diseñar la estrategia del caso. En estas situaciones, las oficinas especializadas de atención y acompañamiento a víctimas (Áreas de atención y acompañamiento a víctimas del MPFN o Direcciones Generales, como el caso de la Dirección General de Acompañamiento, Orientación y Protección a las Víctimas del MPFN) podrán ser de gran ayuda para acercar a las y los fiscales a cargo de la investigación la situación en la cual se encuentra y las posibilidades de testimoniar en el tiempo y espacio pensado.

Siguiendo con el otro principio rector, basado en el *enfoque diferencial*, la Ley N° 27.372 establece que “las medidas de ayuda, atención, asistencia y protección de la víctima se adoptarán atendiendo al grado de vulnerabilidad que ella presente, entre otras causas, en razón de la edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad u otras análogas”. Al respecto, debe mencionarse que la ley es clara en la particular atención que las y los operadores judiciales deberán prestar en las diversas situaciones que puedan presentar o atravesar circunstancialmente las víctimas, quiénes no solo han padecido un delito, sino que además refieren particularidades que pueden ser estructurantes y determinantes al momento de enfrentar una causa penal. Para ello, es aconsejable proyectar el abordaje a la víctima a partir del concepto de interseccionalidad, atendiendo la dinámica de identidades coexistentes. Al respecto, se plantea que la idea de interseccionalidad “comienza con la premisa de que la persona vive identidades múltiples, formadas por varias capas, que se derivan de las relaciones sociales, la historia y la operación de las estructuras del poder [...] toma en consideración los contextos históricos, sociales y políticos y también reconoce experiencias individuales únicas que resultan de la conjunción de diferentes tipos de identidad”⁵.

Asimismo, diseñar un abordaje diferencial en función a la conjunción de identidades que puede atravesar una víctima puede ser leído, también, como

⁵ CRENSHAW, Kimberle, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, University of Chicago, Legal Forum, Vol. 1989: Iss. 1, Article 8. Consultado en [<http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>]. La traducción es propia.

una invitación a pensar el abordaje del caso con una mirada interdisciplinar, que se integre a la mirada del derecho, disciplina claramente rectora en la construcción de la teoría del caso. Al respecto, STORKINER refiere que “la participación en un equipo interdisciplinario implica la renuncia a considerar que el saber de la propia disciplina es suficiente para dar cuenta del problema”⁶. La autora sostiene que la interdisciplina no apunta a ser una “súper disciplina” sino que su valor radica en que las diferentes disciplinas se completan entre sí, mutuamente: “la yuxtaposición de disciplinas o su encuentro casual no es interdisciplina [...] El trabajo de hacerse entender por quienes sostienen disciplinas sobre bases conceptuales disímiles es necesario para el diálogo, el reconocimiento y el respeto”⁷.

La incorporación de la interdisciplina en el diseño y la elaboración de la estrategia del caso, y no solo en la comunicación con la víctima, permitirá pensar el caso mediante las distintas “capas” que atraviesan la vida de las víctimas y sus posibilidades. En esta línea, contar con informes interdisciplinarios ayudará sin dudas a la investigación y sus avances, además de ser un soporte diferencial a la víctima, que podrá ser escuchada por otros profesionales de una manera distinta a la estereotipada en términos de la investigación penal.

Por último, la Ley N° 27.372 establece en relación con el principio de *no revictimización* que “la víctima no será tratada como responsable del hecho sufrido, y las molestias que le ocasione el proceso penal se limitarán a las estrictamente imprescindibles”. Si bien los alcances de este principio son claros, resulta importante no incurrir en errores interpretativos y así “dejar de escuchar a la víctima” con el espíritu de que no repita una vez más lo ocurrido, de modo de evitar su revictimización. En este sentido, resultará necesario ponderar que, aun cuando puedan producirse instancias dolorosas al repasar los hechos vivenciados, no escuchar a la víctima puede afectar su derecho a ser oída y, por tanto, el real y efectivo acceso a justicia. Es así que, el principio de no revictimización nunca debe leerse como una limitación de la víctima a testimoniar, sino que, por el contrario, la víctima deberá ser consultada, si es preciso a través del abordaje especializado del área de atención y acompañamiento a víctimas, en caso que se requiera su participación en el proceso, habiendo leído y teniendo presente todas sus declaraciones y denuncias anteriores. Es importante destacar

⁶ STORKINER, Alicia, *La Interdisciplina: entre la epistemología y la práctica*, consultado en [file:///Users/ale/Downloads/La%20Interdisciplina_Storkiner.pdf].

⁷ STORKINER, Alicia, Ob. cit.

que revictimizar es repetir el mismo relato; por lo que, aportar nueva información sobre el hecho denunciado o bien sobre hechos nuevos no debería considerarse, en principio, como un acto revictimizante.

En ocasiones, se identifica como una revictimización secundaria el daño que le genera a la víctima su convocatoria en el trámite de la investigación para participar en cuestiones evitables o mal gestionadas, pero deberá tenerse en cuenta que no revictimizar no refiere únicamente a un solo acto, sino que, por el contrario, debe pensarse desde el paradigma que coloca a la víctima en el rol protagónico en el proceso penal.

Por su parte, el código acusatorio establece expresamente los derechos fundamentales de la víctima en el proceso penal de conformidad con los estándares internacionales y de forma coincidente con los principios rectores de la ley n° 27372. En efecto, el CPPF establece que la víctima tiene derecho, entre otros, a recibir un trato digno y respetuoso y que sean mínimas las molestias derivadas del procedimiento; a que se resalte su intimidad en la medida que no obstruya la investigación; a requerir medidas de protección para su seguridad; a ser asistida en forma especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social; a intervenir en el procedimiento penal; a ser informada de los resultados del procedimiento; a examinar documentos y actuaciones, y a ser informada y ser escuchada (conf. art. 80). Es así que, las disposiciones del CPPF contemplan estos estándares y principios a lo largo de todo el procedimiento. A modo de ejemplo, podemos mencionar las previsiones establecidas para la toma de testimonios de víctimas afectadas psicológicamente por los hechos padecidos, en cuanto se podrá disponer su recepción en privado y con el auxilio de familiares o profesionales especializados (art. 163), y para la toma de declaraciones de víctimas menores de edad, de trata de personas, graves violaciones a derechos humanos o personas con capacidad restringida (art. 164), así como las previsiones específicas para la etapa de ejecución en cuanto al derecho de la víctima a ser informada de la iniciación de todo planteo en el que se pueda decidir alguna forma de liberación anticipada del condenado, o la extinción de la pena o la medida de seguridad, siempre que lo hubiera solicitado expresamente ante el MPFN y de conformidad con leyes N° 24.660 y sus modificatorias y N° 27.372 (conf. art. 373).

Ahora bien, los y las fiscales, así como los equipos de trabajo del sistema acusatorio federal, desempeñan un papel central en efectivizar el respeto y ga-

rantía de los derechos de las víctimas de delitos. En este sentido, el deber de garantizar los derechos de las víctimas del Ministerio Público Fiscal de la Nación se desprende de su Ley Orgánica N° 27.148, que le confiere al organismo, entre otras, dos funciones principales: *a)* promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad, y *b)* velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte y procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes (art. 1 N° 27.148). Estos mandatos atraviesan y guían la mayor parte la labor del MPFN y su actuación en el marco del proceso penal acusatorio; en particular, en la efectivización de los derechos a la protección judicial y al debido proceso (arts. 25 y 8, CADH).

En esa línea, entre los principios funcionales del MPFN, se encuentran el de bregar por el respeto y garantía de los derechos humanos; intervenir en aquellos conflictos en los que esté afectado gravemente el acceso a la justicia por la especial vulnerabilidad de una de las partes o la notoria asimetría entre ellas; y el de brindar orientación, asistencia y respeto a la víctima (art. 9 inc. c), e) y f) de la ley N° 27.148). En relación con este último principio, la Ley N° 27.148 dispone que el organismo “deberá dirigir sus acciones tomando en cuenta los intereses de la víctima, a quien deberá brindar amplia asistencia y respeto. Informará a ésta acerca del resultado de las investigaciones y le notificará la resolución que pone fin al caso, aun cuando no se haya constituido como querellante, conforme a las normas procesales vigentes. Procurará la máxima cooperación con los querellantes”.

A fin de garantizar el desarrollo de las funciones del MPFN de conformidad con sus principios funcionales, la Ley N° 27.148 creó direcciones generales permanentes que realizan tareas auxiliares y de apoyo a la labor fiscal, entre ellas, la Dirección General de Acompañamiento, Orientación y Protección a las Víctimas, cuya función consiste en “garantizar a las víctimas de cualquier delito los derechos de acompañamiento, orientación, protección e información general previstos en el Código Procesal Penal, desde el primer contacto de la víctima con la institución y a lo largo de todo el proceso penal, a través de un abordaje interdisciplinario o la derivación necesaria a fin de garantizar su asistencia técnica” (arts. 33 y 35 inc. a Ley N° 27.148).

Debe mencionarse, a su vez, que la Procuración General de la Nación ha considerado a la atención integral de aquellas personas que sufrieron un hecho

delictivo como uno de sus principales pilares de actuación, tanto a partir de la puesta en marcha de la Dirección General de Acompañamiento, Orientación y Protección a las Víctimas, de la creación de Programas Especiales de atención a víctimas (PGN N° 1105/14⁸) y su ampliación (Resolución PGN N° 122/2018⁹), del dictado de instrucciones generales sobre derechos de las víctimas en el proceso penal¹⁰, como así, también, convenios suscriptos con otros organismos.

Asimismo, con la sanción del CPPF, la Procuración General de la Nación ha reafirmado el rol protagónico de las víctimas en el proceso penal y, a partir de la implementación progresiva el código acusatorio, ha ido adaptando el esquema de organización del MPFN propiciando la creación de estructuras destinadas a la atención y acompañamiento de víctimas. Así, de conformidad con los criterios de organización establecidos en la Ley Orgánica N° 27.148, se aprobó el modelo de gestión marco (Resolución PGN N° 35/19), que luego fue adecuado a los Distritos de Salta, Rosario, Mendoza, General Roca y Comodoro Rivadavia (Resoluciones PGN n° 127/19, 18/24, PGN 42/2024, PGN 65/24 y PGN N° 72/24, respectivamente)¹¹.

Al respecto, el modelo de gestión marco previó la creación de un área de víctimas que interactúa con las restantes áreas y que tendrá como función la “atención y acompañamiento a víctimas y personas en estado de vulnerabilidad involucradas en el proceso” y la “asesoría a los fiscales en aspectos vinculados a las víctimas”. En ese contexto, las resoluciones que adecuaron este modelo a las jurisdicciones en las que empezó a implementarse el sistema acusatorio incluyen la creación de Áreas de Atención y Acompañamiento a víctimas, cuya función es asistir, acompañar y orientar a víctimas y otras personas en situación de vulnerabilidad en su tránsito por el proceso penal, desde su inicio hasta su culminación, a los fines de que sus intereses sean atendidos por el MPFN. A la vez, estas áreas tienen la función de asesorar a los/as fiscales de la Unidad Fiscal y de las sedes descentralizadas, así como al resto de los operadores, en las técnicas de abordaje a víctimas y otras personas en situación de vulnerabilidad en su

⁸ Consultado en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2014/PGN-1105-2014-001.pdf>]

⁹ Consultado en [<https://www.mpf.gob.ar/doovic/files/2019/02/PGN-0122-2018-001.pdf-EAR-Programa-de-Atenci%C3%B3n-Integral-a-V%C3%ADctimas.pdf>]

¹⁰ Dirección General de Acompañamiento a Víctimas (DOVIC), “Compendio de resoluciones de la Procuración General de la Nación sobre derechos de las víctimas en el Proceso Penal”, Ministerio Público Fiscal, 2022. Consultado en [<https://www.mpf.gob.ar/doovic/files/2022/08/Compendio-de-resoluciones-sobre-derechos-de-las-v%C3%ADctimas-en-el-proceso-penal-2022.pdf>]

¹¹ Las mencionadas resoluciones se encuentran disponibles en [<https://www.mpf.gob.ar/unisa/resolucion/>]

tránsito por el proceso penal, siendo esto fundamental para el desarrollo de su labor y para efectivizar, extender y generalizar el goce de los derechos de orientación e información.

Es importante mencionar que, las resoluciones prevén especialmente la necesaria coordinación con las demás áreas de la jurisdicción y, en particular, con las áreas de atención inicial en tanto estas últimas son las encargadas de atender y orientar al público y recibir denuncias. Esta previsión no es casual, en tanto contempla la naturaleza transversal de las áreas de atención y acompañamiento a víctimas a la vez que reafirma el deber de las y los operadores de velar por los derechos de las personas damnificadas.

Asimismo, resulta relevante mencionar que, la puesta en marcha de las nuevas estructuras surgidas a partir de la implementación progresiva del sistema acusatorio no soslaya la existencia de las dependencias especializadas creadas con anterioridad a la sanción del CPPF. En este sentido, las diferentes resoluciones establecen que, sin perjuicio de su dependencia funcional respecto de las sedes fiscales del Distrito, las áreas de atención y acompañamiento a víctimas trabajan en permanente coordinación y bajo las pautas y recomendaciones establecidas por la Dirección General de Acompañamiento, Orientación y Protección a las Víctimas del MPFN. De este modo, una vez más se refuerza la idea de trabajo transversal de las distintas dependencias especializadas, propiciando la transmisión e intercambio de experiencias y conocimiento técnico, el asesoramiento y la colaboración en casos concretos.

III. Reflexiones finales

A lo largo del presente, hemos desarrollado la normativa vigente relativa a los derechos y garantías de la víctima en el proceso penal. Al respecto, tanto los estándares internacionales como los principios rectores de la normativa local dan cuenta de que los derechos y garantías que asisten a las personas damnificadas se han complejizado. Así las cosas, es indiscutible el rol protagónico que hoy ocupa la víctima en el proceso penal, así como la existencia de obligaciones estatales específicas, en particular, en cabeza del Ministerio Público Fiscal.

Sin lugar a dudas, la puesta en marcha del sistema acusatorio representa un desafío para el trabajo de los y las fiscales y demás operadores del Ministerio

Público Fiscal con las personas damnificadas por los delitos. En este sentido, el funcionamiento de dependencias de atención y acompañamiento especializadas del organismo, tanto las existentes de forma previa a la puesta en marcha del sistema acusatorio, así como las estructuras que vienen siendo creadas y puestas en marcha a medida que avanza la implementación progresiva del código acusatorio, resultan clave para cumplir con los principios funcionales, así como con los derechos y garantías de las víctimas. Tal como hemos visto, el diseño y funcionamiento de estas estructuras, en tanto dependencias que trabajan de forma transversal al organismo, constituyen herramientas imprescindibles no sólo para efectivizar los derechos de las víctimas sino para potenciar el vínculo del/la fiscal del caso con la víctima.

Más allá de la condena: la reparación económica a las víctimas de violencia sexual en el proceso penal

Paula Mallimaci Barral*

I. Introducción

El sistema de justicia penal brinda herramientas para reparar a las víctimas por los daños sufridos. El artículo 29 del código penal, apenas reformado desde 1921, establece la **posibilidad** de reparar integralmente a las víctimas de los delitos.

Si bien la letra del Código establece que “podrá ordenar”, debe realizarse un análisis integral de las normas en juego. Así, la normativa supranacional suscrita por la República Argentina establece que la reparación a las víctimas de violencia sexual es un **imperativo** legal.

La violencia sexual es una de las formas de violencia por motivos de género. En estos casos, el deber estatal de debida diligencia reforzada exige a las autoridades a cargo de la investigación el cumplimiento de una serie de obligaciones para llevar adelante los procesos con determinación y eficacia, así como con perspectiva de género y respetando los derechos de las personas que han sufrido violencia sexual¹.

Veremos a continuación, que en el marco del juicio penal por violencia sexual debe disponerse, también, la reparación a la víctima sin que sea necesaria su constitución como actora civil, y que el Ministerio Público Fiscal puede y debe solicitarla.

* Subsecretaría Letrada PGN, Unidad de Asistencia para Causas de Violaciones a los Derechos Humanos durante el Terrorismo de Estado. Abogada UBA, Doctoranda UnLa.

¹ Dossier N° 8 Violencia Sexual. Actualización marzo 2023. Elaborado por Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM) de la Procuración General de la Nación, p. 10. Consultado en [https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2023/03/Dossier_UFEM_N8-Violencia-Sexual.pdf]

II. La obligación de reparar a las víctimas

La obligación de reparar fue incorporada al **Código Penal** en el art. 29 del Código Penal. Dicho artículo dispone que “La sentencia condenatoria **podrá ordenar:** 1. La reposición al **estado anterior** a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias. 2. La **indemnización** del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba”.

En esto subyace un elemental principio de justicia que impone que, más allá de las sanciones de carácter penal que se impongan contra los responsables, **debe asegurarse la restitución y/o reparación de los daños causados por el delito**, como medida tendiente a **neutralizar los efectos del delito** mediante la reposición de las cosas al estado anterior².

Incluso, el art. 31 del Código Penal establece que “La obligación de reparar el daño es solidaria entre todos los responsables del delito.”

Como adelantáramos, si bien el artículo 29 citado establece que la sentencia “podrá ordenar” la reposición al estado anterior que incluye la reparación, la normativa supranacional establece la obligación de reparar, por lo que ha devenido en un imperativo. Así lo ha entendido la Cámara Federal de Casación Penal en diversos casos a los que haremos referencia a continuación. La obligación de reparar complementa, también, la garantía de no repetición.

Nuestro país, al suscribir instrumentos internacionales sobre la materia, ha asumido el compromiso internacional de brindar a las víctimas de violencia sexual las herramientas necesarias para permitir la obtención de una indemnización y restitución.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer**. La CEDAW, en su recomendación General nro. 35, establece que “*El hecho de que un Estado parte no adopte todas las medidas adecuadas para prevenir los actos de violencia por razón de género contra la mujer en los*

² “Guía de Medidas Cautelares para el Recupero de Activos”, elaborada por la Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes de la Procuración General de la Nación. Año 2018. Consultada en [<https://www.mpf.gob.ar/dgradb/files/2018/03/Gui%CC%81a-de-Medidas-Cautelares-para-el-Recupero-de-Activos.pdf>]

casos en que sus autoridades tengan conocimiento o deban ser conscientes del riesgo de dicha violencia, o el hecho de que no investigue, enjuicie y castigue a los autores ni ofrezca reparación a las víctimas y supervivientes de esos actos, constituye un permiso tácito o una incitación a cometer actos de violencia por razón de género contra la mujer. Tales fallos u omisiones constituyen violaciones de los derechos humanos” (CEDAW/C/GC/35).

Ya en su Recomendación General 33 establecía que: “*los sistemas de justicia ofrezcan a las mujeres una protección viable y una reparación significativa de cualquier daño que puedan haber sufrido*”. Entre sus conclusiones, “*51. El Comité recomienda que los Estados partes: a) Ejerzan la debida diligencia para prevenir, investigar, castigar y ofrecer reparación por todos los delitos cometidos contra mujeres, ya sea perpetrados por agentes estatales o no estatales*”.

También, el párrafo 32 de la Recomendación General 28 indica que “*esos recursos deberían incluir diferentes formas de reparación, como la indemnización monetaria, la restitución, la rehabilitación y la reintegración; medidas de satisfacción, como las disculpas públicas, los memoriales públicos y las garantías de no repetición; cambios en las leyes y prácticas pertinentes y; el sometimiento a la justicia de los autores de violaciones de los derechos humanos de la mujer*.

Por otra parte, la aprobación de la **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención De Belem Do Para”** reforzó aquellos principios internacionales y tomó la responsabilidad de dictar los procedimientos adecuados que permitan a sus víctimas obtener una indemnización y restitución. Específicamente, el artículo 7 inc. G establece que: “*Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces*”.

También, podemos mencionar el Tercer informe de seguimiento a la implementación de las recomendaciones del **Comité de Expertas del MESECVI**³, correspondiente al año 2020, que en el párrafo 88 insta a los Estados: “a evaluar los mecanismos de articulación necesarios a través de los protocolos existentes

³ Preparado por el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI). Comisión Interamericana de Mujeres, OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/II), 2021, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (SG/OEA).

y los que se dicten para garantizar la atención y reparación integral de las mujeres víctimas de violencia”.

Asimismo, cabe hacer referencia a diversos **Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)**. Allí se afirmó que el objetivo de la reparación en casos de violencia sexual “debería ser no sólo acreditar el hecho denunciado y sancionar penalmente al responsable; sino además, obligar al agresor a reparar a la víctima”⁴.

A ello cabe agregar que, según las “**100 Reglas de Brasilia sobre acceso de justicia de las personas en condición de vulnerabilidad**”, las víctimas de violencia de género se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad. En consecuencia, debe garantizarse las condiciones de acceso efectivo a la justicia mediante políticas, medidas, facilidades y apoyo que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema de justicia.

Asimismo, cabe traer a colación la “**Declaración de Nairobi sobre el derecho de las Mujeres y las Niñas a interponer recursos y obtener reparaciones**”⁵ que, en su punto 3 apartado E, establece como aspecto clave: “E – Reparaciones justas, efectivas e inmediatas han de ser proporcionales a la gravedad de los crímenes, violaciones y daños sufridos; en el caso de las víctimas de violencia sexual y otros delitos de género, los estados deben tomar en cuenta las consecuencias multidimensionales y a largo plazo de estos crímenes para las mujeres y las niñas, sus familias y comunidades, requiriéndose enfoques especializados, integrados y multidisciplinarios”.

Ya en el ámbito local, corresponde citar la **ley 26.485**, denominada “Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollean sus relaciones interpersonales”, que garantiza todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de los Niños. En su artículo 35 refiere al derecho de las víctimas a una reparación por los daños y perjuicios.

⁴ CIDH, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, 9 de diciembre de 2011, párr. 292.

⁵ ONU, Declaración hecha por defensoras y activistas de los derechos de las mujeres, así como sobrevivientes de violencia sexual en situaciones de conflicto procedentes de África, Asia, Europa, Sudamérica, Centroamérica y Norteamérica, en el marco de la reunión internacional sobre el derecho de las mujeres y las niñas a interponer recursos y obtener reparaciones, realizado en Nairobi, Kenia, del 19 al 21 de marzo del 2007.

A su vez, cabe mencionar la **ley 27.372 de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos**, que reconoce el derecho de las víctimas a su reparación, y pone en cabeza de todas las autoridades la obligación de “lograr la reparación de los derechos conculcados”.

A nivel jurisprudencial, en el ámbito local, la **Corte Suprema de Justicia de la Nación**, a lo largo del tiempo, ha empleado indistintamente las expresiones “reparación integral”, “reparación plena” o “reparación íntegra”, como nociones equivalentes que implican, en definitiva, el imperativo constitucional de la reparación del daño, que no es otro que restituir, con la modalidad y amplitud que establece el ordenamiento, la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso⁶.

También ha expresado la Corte que, la violación del deber de no dañar a otro genera la obligación de reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades, **reparación que debe ser integral y que no se logra si los daños subsisten en alguna medida**, ni tampoco si el resarcimiento -derivado de la aplicación de un sistema resarcitorio especial o producto de utilización de facultades discrecionales de los jueces- **resulta en valores irrisorios o insignificantes en relación con la entidad del daño resarcible**⁷.

La **Cámara Federal de Casación (CFCP)**, en los precedentes “Giménez”⁸ y “Cruz Nina”⁹, sostuvo que debe interpretarse “[...] el artículo 29 del Código Penal -que expresamente prevé que la sentencia condenatoria podrá ordenar la reparación de los perjuicios causados a la víctima bajo el prisma de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y, en particular, del Protocolo de Palermo. Ello implica que las respuestas que debe brindar el Estado deben ser inmediatas, eficaces y de ninguna manera pueden obstaculizar el acceso a la justicia, ni la demora en su concreción significar un impedimento para alcanzar la reparación adecuada, efectiva y rápida por el daño sufrido”.

Años atrás, la CFCP ya había señalado el carácter accesorio de la restitución y la legitimación del Ministerio Público Fiscal para solicitarla.

⁶ Fallos: 340:1038, voto del Ministro Lorenzetti.

⁷ Fallos: 335:2333 y 340:345, disidencia del Ministro Rosatti.

⁸ CFCP, Sala IV, G., I. y otros/ recurso de casación, causa FCT 97/2013/TO1/CFC1; registro 763/19.4; rta. 30/04/2019.

⁹ CFCP, sala I, CFP 2471/201/TO1/CFC1, C. R., J. C.; H. C., S. s/trata de personas, registro 2662/16.1, rta. el 30/12/2016.

Así, se había sostenido que la restitución es una medida accesoria de la condena que puede ser dispuesta por el juez, aún de oficio, sin necesidad de que se hubiera instaurado oportunamente la acción civil¹⁰.

Con mayor claridad aún, en el año 2016 la CFCP sostuvo: “*En dicho orden de ideas, esta Sala IV ha sostenido que la restitución es una medida accesoria de la condena que puede ser dispuesta por el juez, aún de oficio, sin necesidad de que se hubiera instaurado oportunamente la acción civil (cfr. causa CFP 12099/1998/TO1/5/CFC2, “OFICINA ANTICORRUPCIÓN s/recurso de casación”, reg. no 216/15 del 27/02/2015).* Correlativamente, el Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado para solicitarla, en ejercicio de su función constitucional de actuar en defensa de la legalidad (art. 120 de la C.N.). En otras palabras, la legitimación para peticionar la restitución prevista en el art. 29 del C.P. no presupone ser particular damnificado, ni representar el interés patrimonial del Estado y tampoco haber ejercido la acción civil en la causa penal”¹¹.

En los precedentes señalados en primer término, la CFCP fue más precisa aún. Así, en el voto del Dr. Borinsky se lee: “*la restitución es una medida accesoria de la condena que puede ser dispuesta por el juez, aún de oficio, sin necesidad de que se hubiera instaurado oportunamente la acción civil y que, en consecuencia, el Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado para solicitarla, en ejercicio de su función constitucional de actuar en defensa de la legalidad —art. 120 de la C.N. [...] En otras palabras, la legitimación para peticionar la restitución prevista en el art. 29 del C.P. no presupone ser particular damnificado, ni representar el interés patrimonial del Estado y tampoco haber ejercido la acción civil en la causa penal, como sostuvo el tribunal a quo*”.

En dicha oportunidad, también, se sostuvo que: “*Luego, en el presente caso, debe interpretarse el artículo 29 del Código Penal -que expresamente prevé que la sentencia condenatoria podrá ordenar la reparación de los perjuicios causados a la víctima-, bajo el prisma de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos [...] Así pues, de la forma en que ha sido solicitada por el Fiscal la imposición de una reparación económica en favor de las víctimas, no implica la sustitución de la acción civil, sino un resarcimiento económico integrante de*

¹⁰Cfr. causa CFP 12099/1998/TO1/5/CFC2, O. A. s/recurso de casación, reg. n° 216/15 del 27/02/2015, en el que reafirma la postura del fallo anterior de la misma causa CFCP, Sala IV, C., R. J. A. s/ recurso de casación, reg. n° 13.763, rta. el 18/08/2010.

¹¹CFCP, Sala IV, causa CFP 9753/2004/TO1/2/CFC2, L., C. A. s/ recurso de casación, Reg. n° 300/16.4, del 18/03/16.

la sanción punitoria, sin que se advierta un perjuicio para el imputado quien tuvo la oportunidad procesal correspondiente de oponer las defensas que estimara pertinentes respecto a la pena solicitada” (del voto del Dr. Hornos).

El rol del Ministerio Público Fiscal para lograr reparaciones económicas efectivas a las víctimas es fundamental. La experiencia indica que en muchas ocasiones, las víctimas, no están en condiciones de afrontar los avatares del proceso penal, pues tienen otras prioridades a cubrir más urgentes, no cuentan con los medios necesarios para encarar un reclamo judicial y obtener una reparación.

En efecto, por imposición constitucional y legal, el Ministerio Público -y cada uno de sus integrantes, esto es, magistrados/as, funcionarios/as y empleados/as- debe desempeñar un papel central en la efectivización de los derechos a la protección judicial y al debido proceso (arts. 25 y 8, CADH).

Ello se desprende del mandato constitucional del **art. 120** que establece que el MPF tiene por función “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad”; y de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (Ley 27.148) que le confiere al organismo, entre otras, dos funciones principales: a) promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad, y b) velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte y procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes (art. 1).

Asimismo, entre los principios funcionales del MPF se encuentran el de bregar por el respeto y garantía de los derechos humanos; intervenir en aquellos conflictos en los que esté afectado gravemente el acceso a la justicia por la especial vulnerabilidad de una de las partes o la notoria asimetría entre ellas; y el de brindar orientación, asistencia y respeto a la víctima (art. 9 inc. c), e) y f) de ley orgánica del MPF). Estos mandatos atraviesan y guían la mayor parte de las actividades cuyo desenvolvimiento se le encomienda al Ministerio Público Fiscal, tanto en materia penal como no penal.

III. Monto de la reparación económica

Tal como dijéramos anteriormente, el hecho que la víctima no pueda volver a su estado anterior a ser ultrajada no implica que ella no deba ser reparada por los daños sufridos. Cuantificar el dolor es una tarea difícil, pero un elemental principio de justicia obliga a apreciarlo.

La Corte IDH en diversos precedentes abordó esta problemática y ordenó, en concepto de reparación, el **pago de sumas fijas** en relación con el daño moral e inmaterial.

En nuestro país, el daño resarcible está previsto en el Código Civil y Comercial de la Nación. Específicamente, el artículo 1737 fija el concepto de daño al establecer que: “Hay daño cuando se lesionan un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.” Además, el artículo 1740 establece que: “La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.” Por su parte, el art. 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación incluye al daño moral, al establecer que: “Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo [...] El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.

El monto del resarcimiento no puede ser meramente simbólico. Así, la CSJN ha sostenido que *“La sentencia que al establecer la indemnización del daño moral fija una suma cuyo alegado carácter sancionatorio es - por su menguado monto meramente nominal -, y renuncia expresamente y en forma apriorística a mitigar de alguna manera - por imperfecta que sea - el dolor que dice comprender, lesionar el principio de alterum non laedere que tiene raíz constitucional (art. 19 de la Ley Fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el tribunal, dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el Preámbulo de la Carta Magna”*¹².

¹² CSJN, Fallos: 308:1160

El máximo tribunal también ha expresado que, para la fijación del daño moral, “debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a este y el dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido, **aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación**, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido”¹³.

El máximo tribunal¹⁴, también, ha sostenido que la evaluación del perjuicio moral es tarea delicada, pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida¹⁵.

En función de ello, corresponde a los y las representantes del Ministerio Público Fiscal fijar un monto de reparación, sin perjuicio de otras vías que la víctima podría elegir para reclamar rubros diferentes a los aquí establecidos, así como la indemnización que pueda ordenar el Tribunal, en los términos del artículo 29 del CP.

IV. Oportunidad de la petición

La solicitud de reparación económica por parte de la víctima y/o del Ministerio Público Fiscal puede realizarse en cualquier momento del proceso hasta el momento del alegato.

¹³ Cfr. Fallos: 344:2256, voto del Ministro Lorenzetti. En similar sentido, Fallos: 330:563; 326:847; 325:1156.

¹⁴ B., S. O. c/ B. A., P. D. y Otros s/Daños y Perjuicios. B. 140. XXXVI. ORI 12/04/2011

¹⁵ CSJN, Fallos: 334:376.

Según la ya citada “Guía de medidas cautelares para el recupero de activos”, elaborada por la Dirección General de Recupero de Activos, es recomendable solicitar medidas cautelares oportunas y suficientes para evitar que el paso del tiempo —desde la denuncia hasta la firmeza y ejecutoriedad de la sentencia— haga ilusorio el derecho de las víctimas a una reparación efectiva.

Así, es recomendable elaborar un cálculo de la reparación e individualizar los bienes de las personas imputadas con los que se pueda afrontar la posible condena para su congelamiento efectivo.

En este sentido, se desaconsejan los embargos genéricos y la inhibición general de bienes y se recomienda realizar una investigación patrimonial que permita embargar bienes concretos con fines de reparación.

Una vez ordenadas las medidas cautelares por la judicatura, corresponde realizar un seguimiento de su efectiva inscripción en el registro respectivo y procurar las reinscripciones pertinentes toda vez que caen por el paso del tiempo.

Por ello, es recomendable que, al momento del alegato, quien represente al Ministerio Público Fiscal solicite la reparación efectiva por un monto determinado, especificando los bienes con los que deberá hacerse efectiva. Además, deberá indicar el mecanismo de actualización del monto establecido.

Al respecto corresponde recordar que, el art. 30 del Código Penal establece que “La obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito, a la ejecución de la pena de decomiso del producto o el provecho del delito y al pago de la multa”.

Por su parte, el art. 23 del Código Penal prevé que: “El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer. **El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos**, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes. **En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros**”.

V. Dos antecedentes valiosos

Recientemente, la Cámara Federal de Casación Penal confirmó las condenas en dos casos de violencia sexual en los que se dispuso la reparación económica a la víctima¹⁶.

El caso FBB 2/2018 de La Pampa

El Tribunal Oral Federal De Santa Rosa, La Pampa, en la causa N° FBB 2/2018/TO1, mediante sentencia nro. 26/22 del 6 de septiembre de 2022, condenó al Cabo Primero Conductor Motorista de la Compañía Mecanizada del Ejército González por abuso sexual simple contra una de sus subordinadas. En dicha resolución se dispuso, también, la reparación integral a la víctima.

Se tuvo por acreditado que el día 3 de enero de 2018, siendo las 2.30 horas aproximadamente el Cabo Primero Sergio Alejandro González abusó sexualmente de M.R.P. soldada voluntaria del Comando de Brigada Mecanizada no 10 del Ejército Argentino, en la ciudad de Santa Rosa, La Pampa.

El representante de la víctima en el debate solicitó “*se apliquen los extremos del art. 29 inciso segundo del Código Penal y se disponga la reparación económica del daño moral y material ocasionado por el accionar de González y al Estado Nacional por su responsabilidad en tanto el suceso ocurrió por un agente del estado y se indemnice a M.R.P. por el equivalente en la cantidad de meses que, desde el suceso (diciembre de 2018) hasta la fecha (sumando cuarenta y cinco meses), se ha visto afectada en la no percepción de sus haberes*”. La fiscalía adhirió a la petición referida a la indemnización por el daño moral y material sufrido por la víctima.

En el apartado dedicado al pedido de reparación, la sentencia comienza por referenciar los tratados internacionales de Derechos Humanos que contienen entre sus cláusulas el principio de reparación. Luego, establece: “*Resulta propicio recordar que, en nuestro derecho interno, la obligación de reparación integral del daño encuentra basamento en nuestra Carta Magna. En materia penal, la posibilidad de reparación de los perjuicios en una sentencia condenatoria fue prevista en el artículo 29 del Código Penal de la Nación*”.

¹⁶ Se accedió a las sentencias de los Tribunales Orales Federales y de la Cámara Federal de Casación Penal a través de la plataforma del Centro de Información Judicial: [<https://www.cij.gov.ar/sentencias.html>].

Y concluye: “En base a los lineamientos referidos, en cumplimiento de los estándares convencionales y constitucionales, entiendo que resulta indiscutible la obligación jurídica de reparar el daño en forma integral ocasionado toda vez que las conductas ilícitas aquí juzgadas han generado una lesión jurídica – además de lesiones de otro orden- que es preciso reparar con justicia, oportunidad y suficiencia”.

Así, en el punto cuarto de la sentencia dispuso: “HACER LUGAR a la solicitud de reparación del perjuicio ocasionado sobre M. R. P. contra S.A.G, ORDENANDO la indemnización por el daño moral y material sufrido, cuyos montos se determinarán oportunamente previa acreditación por la unidad militar a la fecha exacta de la cesación en la función de M. R. P., sin perjuicio de las demás acciones que por la normativa vigente le puedan corresponder a la parte damnificada”.

Vale aclarar que, la víctima en el juicio refirió que fue desvinculada del ejército en diciembre del 2018, luego de una lesión de tobillo que le impidió pasar la prueba física. Por la que la medida de la reparación no tiene que ver con los salarios caídos sino con una forma posible de medir el daño.

Esta decisión fue recientemente confirmada por la Cámara Federal de Casación Penal y se rechazó el recurso extraordinario presentado por la defensa¹⁷.

La CFCP al confirmar la sentencia en todo en cuanto fue apelada subrayó: “corresponde concluir que en el caso se le ha dado a la víctima, abusada sexualmente por el encausado, la oportunidad de recibir una adecuada respuesta jurisdiccional, acorde a la gravedad del hecho, cumpliéndose así con obligaciones asumidas internacionalmente en las señaladas convenciones donde el Estado argentino se comprometió a cumplir con los deberes de prevenir, investigar y sancionar sucesos como los estudiados, y procurarle a la víctima legislación y procedimientos eficaces a esos fines”.

El caso FTU 27311/2015 de Tucumán

El Tribunal Oral Federal de Tucumán en la causa N° FTU 27311, el 29 de septiembre de 2023, condenó a Jorge Edmundo Mistretta, ex Jefe de Despacho de la Secretaría Electoral del Juzgado Federal N° 1 de Tucumán, por el delito de Abuso Sexual Simple, por dos hechos, en concurso real en perjuicio de M.L.B.

¹⁷ CFCP, Sala 4, FBB 2/2018/TO1/CFC1, Reg. N° 1736/22.4, del 21 de diciembre de 2022 y FBB 2/2018/TO1/2, Reg. N° 143/23.4, del 2 de marzo de 2023.

y A.C.C. imponiendo la pena de cuatro años de prisión. En dicha resolución se dispuso, también, la reparación económica del daño a las víctimas.

En este caso, tanto el condenado como las víctimas trabajaban en la secretaría electoral del Juzgado Federal nro. 1 de Tucumán y en el marco de dicha relación laboral se produjeron los abusos sexuales por los que Mistretta fue condenado.

Conforme la acusación fiscal: “*Jorge Edmundo Mistretta, Jefe de despacho de la Secretaría Electoral de Poder Judicial Federal de Tucumán, en ocasión de sus funciones realizó tocamientos corporales en zonas íntimas de los cuerpos de M.L.B. y de A.C.C., sin mediar sus consentimientos. Mistretta se valió para ello de su condición de jefe, haciendo abuso de su autoridad respecto de las empleadas que se encontraban bajo su dependencia*”.

Respecto de la reparación, surge de la sentencia que el Ministerio Público Fiscal solicitó una reparación integral a las víctimas (art 29 CP) expresando que se trata de un pedido de reparación amplio por el daño material e inmaterial sufrido por las víctimas y por las consecuencias que perduran hasta el día de hoy en el ámbito laboral donde se produjeron los hechos. Indicaron que la reparación integral es un derecho fundamental de toda víctima de violaciones de derechos humanos, como lo son las víctimas del presente caso, en la especie violencia de género. En esta línea, indicaron que nuestro C.P. lo receptó en el artículo 29 incs. 1 y 2. para casos como el presente. Así, entendieron que la reposición al estado anterior es imposible por lo que, con la reparación integral, se trata de establecer ciertas medidas que puedan ayudar a las víctimas a evitar la perpetuación del daño por el hecho sufrido.

Con relación a la reparación económica por el daño sufrido, solicitaron que se establezca en ocho millones de pesos actualizados al momento del pago efectivo e indicaron que el imputado posee dos inmuebles además de la jubilación como empleado judicial.

La sentencia, al conceder la reparación económica solicitada por el Ministerio Público Fiscal, hizo referencia a la evolución legislativa del artículo 29 del Código Penal y a la normativa supranacional que respalda su posición.

En base a la normativa señalada, concluyó que se “prioriza la reparación a la que tienen derecho las víctimas por sobre todos los óbices formales. Este razonamiento se encuentra en un todo alineado con el expresado por la Cámara Federal de Casación Penal al sostener: “El tribunal a quo aplicó erróneamente

el art. 23 CP y favoreció el patrimonio de entidades estatales —entre otros, la Corte Suprema de Justicia de la Nación— por sobre la indemnización correspondiente a las víctimas y el destino asignado legalmente a los bienes sujetos a decomiso. De tal suerte, omitió atenerse a un deber que es primario y básico en la actuación judicial: reparar a la víctima antes que beneficiar al propio Estado” (causa N° 52019312; Sala II; CFCP; Autos “Montoya Pedro Eduardo s/ Casación”; reg. 249/2018)”.

Apelada la decisión por las partes, la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal confirmó la sentencia reseñada. La defensa de Mistretta se agravió, en forma subsidiaria, de la sanción patrimonial impuesta en concepto de reparación integral, por considerar que se había vulnerado el principio de proporcionalidad de la pena.

La CFCP entendió que: “el tribunal, de manera lógica, ha justificado y analizado la procedencia y cuantificación de los rubros daño moral y psicológico o simbólico, conforme las particularidades del caso concreto”.

Finalmente, concluyó: *“Es dable destacar que desde este cuerpo alentamos medidas restaurativas y de reparación por cuanto éstas tienen el fundamento de componer el daño ocasionado y, además, como en el caso particular, evitar o sanar contextos o ambientes laborales que laceran las buenas prácticas que deben imperar en la sociedad en su conjunto. [...] En este sentido, no cabe más que seguir animando medidas como las dispuestas por la jueza y los jueces del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán por cuanto reivindican la dignidad de las personas ofendidas e interpelan al entramado social que se vio perforado por la conducta lesiva para el desarrollo de acciones positivas. En palabras más claras, honran los compromisos del Estado de adoptar medidas tendentes a la prevención y eliminación de todo tipo de violencia y/o discriminación.”*

El juez Slokar, en su voto, agregó: “cabe observar que el tribunal se encontraba facultado para determinar un monto indemnizatorio en favor de la víctima, de conformidad con los arts. 23 y 29 incs. 1º y 2º CP (Cfr. Sala II, causa no CFP 990/2015/TO1/CFC1, caratulada: “Quiroga, José Luis y otros s/recurso de casación”, reg. n° 472/17, rta. 06/04/2017), disposiciones que deben ser analizadas muy especialmente a la luz de los compromisos internacionales asumidos a través de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer -Convención Belém do Pará- (cfr. Sala II, causa n° 9.125, caratulada: “K., S. N. y otro s/recurso de casación” reg. n° 50/2013, rta. 21/2/2013).”

Concluye: “*En definitiva, frente al infructuoso cuestionamiento de la defensa, cabe concluir que las medidas reparatorias dispuestas en autos no solo cuentan con acabado fundamento normativo, sino que constituyen un imperativo para honrar los compromisos internacionalmente asumidos por el Estado, que certamente imponen una debida satisfacción a la víctima, pero que -fundamentalmente- deben traducirse en la adopción de todas aquellas medidas necesarias para hacer efectiva la garantía de no repetición*”.

VI. Conclusión

La reparación integral a las víctimas de violencia sexual en el proceso penal no es solo una posibilidad jurídica, sino un imperativo legal respaldado por normativa nacional e internacional. La interpretación de los tratados de derechos humanos y la evolución jurisprudencial en Argentina han consolidado la obligación de incluir medidas de reparación en las sentencias condenatorias, asegurando que las víctimas no solo obtengan justicia en términos punitivos, sino también en términos de resarcimiento y restitución.

El Ministerio Público Fiscal tiene un rol esencial en este proceso, ya que su intervención activa permite garantizar que la reparación integral no dependa exclusivamente de la acción civil de las víctimas, quienes muchas veces carecen de los medios o la fortaleza para emprender estos reclamos. La jurisprudencia reciente refuerza esta línea, destacando la importancia de que el Estado asuma su responsabilidad en la efectiva implementación de este derecho.

La reparación integral no solo busca mitigar el daño sufrido por las víctimas, sino que, también, constituye una garantía de no repetición, contribuyendo a la erradicación estructural de la violencia de género. En este sentido, es fundamental seguir promoviendo su aplicación en el ámbito judicial, asegurando que ninguna víctima quede desprotegida y que la justicia penal cumpla con su deber de brindar respuestas eficaces y reparadoras.

CRIMEN ORGANIZADO. NARCOCRIMINALIDAD,
TRATA DE PERSONAS Y DERECHO PENAL ECONÓMICO

Trata de personas y ejercicio de derechos de sus víctimas. La casuística en la provincia de Mendoza

Fernando Gabriel Alcaraz*
Melina Juan**

I. Introducción

La trata de personas es un fenómeno que se basa en la cosificación de quien la sufre, en el cual el tratante convierte al sujeto en una “mercancía”¹ intercambiable por dinero. “Se trata a los seres humanos como mercancías que se compran y se venden”². Dota de contenido a lo que algunas voces identifican como “esclavitud moderna”³, donde se vulneran derechos fundamentales de las víctimas.

Este negocio de explotación de personas es incluso más lucrativo que la antigua esclavitud, en la que, producto de la corriente neoliberal que gestó la globalización económica actual, un elevado número de personas sin recursos, sin información, sin posibilidades ni futuro, es condenada a la más absoluta miseria. Por ello, la fungibilidad inherente a la problemática actual convierte a la trata en una actividad altamente rentable bajo un mínimo coste⁴.

*Fiscal Federal, abogado (UBA), especialista en Derecho Penal por la Universidad Nacional del Litoral en asocio con la Universidad Nacional de Cuyo.

**Auxiliar Fiscal de la Unidad Fiscal Mendoza. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid y Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal por la misma Universidad. Abogada (UNCuyo). Docente de grado y de posgrado. Fue becaria de Formación de Personal Investigador Predoctoral (UC3M).

¹LUCIANI, Diego, Trata de personas y otros delitos relacionados, Santa Fe, Ed. Rubinzel-Culzoni, 2015, p. 17.

²STEDH, Rantsev vs. Chipre y Rusia, sentencia de 7/1/2010.

³Introduce esta denominación el especialista BALES, Kevin, Disposable People: New Slavery in the Global Economy. Revised Edition, California, Ed. University of California Press, 1999, pp. 259-261.

⁴VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”, en AFDUDC, 14, 2010, pp. 824/826. En este sentido LUCIANI, Trata de personas..., op. cit. p. 199.

Para su funcionamiento se nutre de los sectores sociales más desfavorecidos, de la pobreza, falta de trabajo, inmigración, violencia familiar, la discriminación de la mujer⁵, edad, entre otros aspectos. La víctima es especialmente seleccionada atendiendo a estos factores que la hacen más vulnerable y, en consecuencia, más proclive a ser introducida a estos escenarios de explotación, máxime cuando sus derechos básicos se encuentran insatisfechos. Con este panorama el explotador aprovecha esa vulnerabilidad multifactorial preexistente para poder llevar adelante su empresa espuria.

El presente trabajo se centra en la reparación de la víctima del delito de trata de personas, teniendo en cuenta especialmente su perspectiva para su conceptualización. Para ello, se promueve un cambio en la orientación de la política criminal para dar lugar al enfoque victimocéntrico. Con este norte, se pretende traer un caso testigo de la jurisdicción de Mendoza, atinente a la adopción de medidas reparatorias que se propiciaron en el marco de una investigación penal por trata de personas con fin de explotación sexual pero antes del dictado de la sentencia condenatoria. Para la realización de dicha labor fue imprescindible la intervención de la DOVIC.

II. La víctima

El devenir de la intervención de la víctima en el proceso penal ha implicado transcurrir caminos en ocasiones de difícil acceso. El Estado había asumido su representación y confiscado ese derecho⁶. Desde los inicios de una investigación hasta su finalización, los desvelos de la legislación se abocaron a una de las partes intervenientes en el proceso penal: la acusada.

⁵ HAIRABEDIAN, Maximiliano. Tráfico de personas. La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional. 2º edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, p. 16. En símil sentido, VALVERDE CANO, Ana. Regulación y tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud. Tesis doctoral, España, Universidad de Granada, 2020 p. 14 y ss.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio, et al. Manual de derecho penal, parte general. Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 7. “Sólo excepcionalmente la víctima dispone del derecho a mover el aparato punitivo, porque la regla es que está confiscado su derecho como lesionado, que lo usurpa completamente el estado”. En esta línea, NAVA GARCES, Alberto. “La víctima de trata y las redes sociales: análisis de la problemática mexicana”. En La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional, dir. José de los Santos Martín Ostos. Barcelona: Bosch editor, 2019, p. 331.

Ello relegó la intervención de la víctima, su participación como parte procesal, pero también como interviniente, damnificada, interesada, en el sentido de quitarla del medio. Su lugar pertenecía a la “orilla”⁷. A ella solo se le otorgaba la voz para intervenir en el aspecto civil de reparación del daño a través de la indemnización⁸.

El auge científico de la victimología provocó profundos esfuerzos político-jurídicos para mejorar su posición, que provocaron, en consecuencia, la participación de la víctima en el proceso⁹.

2.1. Aproximaciones al concepto

La locución “victima” remite a varias acepciones, no existiendo al respecto un consenso en la comunidad internacional.

La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder de Organización de las Naciones Unidas¹⁰ conceptualiza a las “víctimas” como aquellas personas que, “individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”¹¹. Incluye a familiares, personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a quienes sufrieron daños al asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización¹².

⁷ SOLETO MUÑOZ, Helena y JULLIEN DE ASIS, Jessica. “Los intereses de justicia de las víctimas de violencia sexual: percepción de operadores y víctimas del tratamiento procesal” en Revista Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las universidades españolas, nº 7, 2023, p. 50. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, UNED, 2 época, nº 16, 2005, p. 267.

⁸ GOMEZ COLOMER, Juan Luis. “La víctima del delito en el mundo que más nos influye jurídicamente: una aproximación”. En Justicia Restaurativa: una justicia para las víctimas, dir. Helena Soleto y Ana Carrascosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 356-357.

⁹ ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 524. La doctrina germana ha influido en esa orientación, vid. D’ALBORA, Francisco. Código Procesal Penal de la Nación. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 6^a edición, 2003, p. 186.

¹⁰ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder, aprobada por Resolución 40/34 de la Asamblea General de Naciones Unidas, 1985.

¹¹ Artículo 1 de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder.

¹² Artículo 2 de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder.

Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad¹³ consideran “víctima” a toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. El término también podría comprender “a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa”¹⁴.

En esta senda, la Corte IDH también viene considerando que los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas¹⁵. Incluso admite a otras personas con vínculos estrechos con las víctimas, en virtud del sufrimiento adicional que han padecido como producto de las circunstancias particulares de las violaciones perpetradas contra sus seres queridos y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos¹⁶.

De todos modos, la Corte IDH tiene dicho que, en casos complejos en la identificación y localización de las víctimas, corresponde la aplicación de la circunstancia excepcional que contempla el artículo 35.2 del Reglamento de la Corte IDH. Dicha norma sostiene que: “cuando se justifique que no fue posible identificar a alguna o algunas presuntas víctimas de los hechos del caso por tratarse de casos de violaciones masivas o colectivas, el Tribunal decidirá en su oportunidad si las considera víctimas”¹⁷, quedando a discreción del Tribunal in-

¹³ La CSJN adhirió a las Reglas mediante Acordada nº 5/2009; del mismo modo el Ministerio Público Fiscal a través de la Resolución PGN 58/09 y la Defensoría General de la Nación a través de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF) que elaboró un Manual para su aplicación.

¹⁴ Artículo 5.10 de las Reglas.

¹⁵ Cfr. Corte IDH Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre 1999, párr. 176; Corte IDH Caso Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador, sentencia de 26 de marzo de 2021, párr. 217; Corte IDH Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras, sentencia de 26 de marzo de 2021, párr. 143; Corte IDH Caso Bedoya Lima y otra vs. Colombia, sentencia de 26 de agosto de 2021, párr. 158.

¹⁶ Cfr. Corte IDH Caso Blake vs. Guatemala, sentencia de 24 de enero de 1998, párr. 114; Corte IDH Caso Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador, sentencia de 26 de marzo de 2021, párr. 217; Corte IDH Caso Bedoya Lima y otra vs. Colombia, sentencia de 26 de agosto de 2021, párr. 158.

¹⁷ Reglamento de la Corte IDH, aprobado por en el LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009. Por ejemplo, en el Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil verde vs. Brasil, sentencia de 20 octubre de 2016, párrs. 190 y 191, la Corte “considera evidente que el presente caso tiene un carácter colectivo; y que, además del amplio número de presuntas víctimas alegado, existe una clara complejidad en la identificación y localización de éstas con posterioridad a las referidas inspecciones. Tomando en consideración lo anterior, el Tribunal concluye que en el caso en concreto resulta aplicable la circunstancia excepcional contemplada en el artículo 35.2 del Reglamento de la Corte. En consecuencia, procederá a determinar las personas que se encontraban prestando sus servicios en la Hacienda Brasil Verde al momento de las fiscalizaciones de 1997 y

ternacional dilucidar en cada caso concreto quiénes serán alcanzados por los efectos jurídicos de ser consideradas como tales. Las declaradas “víctimas” de una violación de un derecho reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos serán considerados “parte lesionada”¹⁸ a los fines de su tratamiento ante el Tribunal. Esta solución resulta de suma utilidad al flexibilizar la interpretación de quién ostenta la calidad de parte lesionada, pudiendo reconocer incluso a quien, por normativa interna, no lo es.

A nivel interno, la legislación argentina establece que víctima comprende “a la persona ofendida directamente por el delito”, y “al cónyuge, conviviente¹⁹, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieren tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos”²⁰.

III. Derechos de las personas victimizadas

Los organismos comprometidos en la lucha contra la trata de personas pretenden, además de la persecución y sanción al responsable, el reconocimiento efectivo de los derechos de las personas victimizadas.

El primer instrumento internacional que reúne los lineamientos fundamentales de la trata es el “Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata, especialmente de mujeres y niños” que complementa la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000 y con ratificación por nuestra legislación a través de la ley N° 25.632.

El fin último del Protocolo es la “protección y ayuda a las víctimas de trata, respetando plenamente sus derechos humanos”. Vela por la protección de la privacidad y la identidad de las víctimas; al derecho a la información; a la asistencia encaminada a permitir que sus opiniones y preocupaciones se presenten y examinen; a su recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata 2000”.

¹⁸ Corte IDH Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala, sentencia de 25 de mayo de 2001, párr. 82; Corte IDH Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, sentencia de 1 de julio de 2009, párr. 112; Corte IDH Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados, Sentencia de 24 de septiembre de 2009, párr. 97; Corte IDH caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 448.

¹⁹ En el sentido de que integra una unión convivencial en los términos del art. 509 Código Civil y Comercial de la Nación argentina.

²⁰ Artículo 2 de la Ley N° 27.372.

de personas; al asesoramiento e información amplia, incluida la de sus derechos jurídicos en un idioma que puedan comprender; a la asistencia médica, psicológica y material; a oportunidades de empleo, educación y capacitación; seguridad física; indemnización por los daños sufridos. En todo caso, prescribe que se tenga en cuenta la edad, el género y las necesidades especiales de las víctimas, de los niños, niñas y adolescentes²¹.

Entendemos que el abordaje de los derechos de la víctima de trata debe partir de la dimensión constitucional-convencional, en tanto la propia Constitución Nacional otorga jerarquía supralegal a un conjunto de tratados de derechos humanos que gravitan en la centralidad de la persona y la protección de su dignidad²².

La jurisprudencia, al exponer acerca de las vulnerabilidades, la dañosidad del damnificado y los diferentes tipos de victimización, ha sostenido: “se encuentra en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tiene una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización [...] Se destacan, entre otras víctimas, las menores de edad y las que padecieron delitos sexuales”. En estos supuestos “los jueces deben adoptar en estos casos las medidas que resulten adecuadas para moderar los efectos negativos del delito (victimización primaria) y también deben procurar que el daño sufrido no se vea incrementado como consecuencia del contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria); en todas las fases del procedimiento penal, deben proteger la integridad física y psicológica de la víctima”²³.

²¹ Artículo 6 del Protocolo.

²² Recogidos en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional argentina al establecer que “[...] La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos [...]”.

²³ CSJN, G. 1359. XLIII. Recurso de hecho, G. L., J. s/ causa nº 2222, sentencia de 7/6/2001, voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco, considerandos 5 y 6.

Los derechos que detentan las víctimas de trata de personas se hallan contemplados en la Ley de Prevención y Sanción de la trata de personas y Asistencia a sus víctimas bajo el título denominado “Garantías mínimas para el ejercicio de los derechos de las víctimas”²⁴, y se reconocen con prescindencia de su condición de denunciante o querellante en el proceso penal y hasta el logro efectivo de las reparaciones pertinentes.

Por su evidente trascendencia, se transcriben a continuación: “*a) Recibir información sobre los derechos que le asisten en su idioma y en forma accesible a su edad y madurez [...]; b) Recibir asistencia psicológica y médica gratuitas, con el fin de garantizar su reinserción social; c) Recibir alojamiento apropiado, manutención, alimentación suficiente y elementos de higiene personal; d) Recibir capacitación laboral y ayuda en la búsqueda de empleo; e) Recibir asesoramiento legal integral y patrocinio jurídico gratuito en sede judicial y administrativa, en todas las instancias; f) Recibir protección eficaz frente a toda posible represalia contra su persona o su familia, quedando expeditos a tal efecto todos los remedios procesales disponibles a tal fin. En su caso, podrá solicitar su incorporación al Programa Nacional de Protección de Testigos en las condiciones previstas por la ley 25.764; g) Permanecer en el país, si así lo decidiere, recibiendo la documentación necesaria a tal fin. En caso de corresponder, será informada de la posibilidad de formalizar una petición de refugio en los términos de la ley 26.165; h) Retornar a su lugar de origen cuando así lo solicitare. En los casos de víctima residente en el país que, como consecuencia del delito padecido, quisiera emigrar, se le garantizará la posibilidad de hacerlo; i) Prestar testimonio en condiciones especiales de protección y cuidado; j) Ser informada del estado de las actuaciones, de las medidas adoptadas y de la evolución del proceso; k) Ser oída en todas las etapas del proceso; l) A la protección de su identidad e intimidad; m) A la incorporación o reinserción en el sistema educativo; n) En caso de tratarse de víctima menor de edad, además de los derechos precedentemente enunciados, se garantizará que los procedimientos reconozcan sus necesidades especiales que implican la condición de ser un sujeto en pleno desarrollo de la personalidad. Las medidas de protección no podrán restringir sus derechos y garantías, ni implicar privación de su libertad. Se procurará la reincorporación a su núcleo familiar o al lugar que mejor proveyere para su protección y desarrollo”.*

²⁴ Ley N° 26.364, conf. modif. Ley N° 26.842

En añadidura, el artículo 8 de la mentada ley prevé el derecho a la privacidad y reserva de identidad de la víctima por cuanto “[e]n ningún caso se dictarán normas que dispongan la inscripción de las víctimas de la trata de personas en un registro especial, o que les obligue a poseer un documento especial, o a cumplir algún requisito con fines de vigilancia o notificación. Se protegerá la privacidad e identidad de las víctimas de la trata de personas. Las actuaciones judiciales serán confidenciales. Los funcionarios intervenientes deberán preservar la reserva de la identidad de aquéllas.”

Si la víctima nacional argentina se encontrare en el exterior del país, es obligación de la representación diplomática del Estado nacional efectuar ante las autoridades locales lo atinente para garantizar su seguridad y acompañarla en todas las gestiones que deba realizar ante el país extranjero. Asimismo, arbitrarán los medios para posibilitar, de así solicitarlo la víctima, su repatriación (artículo 9).

Por su parte, a través de la Ley de Derechos y Garantías de las personas Víctimas de Delitos se regula un amplio catálogo de derechos a víctimas de delitos en general²⁵. En este sentido, se prevé: “a) A que se le reciba de inmediato la denuncia del delito que la afecta; b) A recibir un trato digno y respetuoso y que sean mínimas las molestias derivadas del procedimiento; c) A que se respete su intimidad en la medida que no obstruya la investigación; d) A requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes; e) A ser asistida en forma especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social, durante el tiempo que indiquen los profesionales intervenientes; f) A ser informada sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento; g) A que en las causas en que se investiguen delitos contra la propiedad, las pericias y diligencias sobre las cosas sustraídas sean realizadas con la mayor celeridad posible; h) A intervenir como querellante o actor civil en el procedimiento penal, conforme a lo establecido por la garantía constitucional del debido proceso y las leyes de procedimiento locales; i) A examinar documentos y actuaciones, y a ser informada verbalmente sobre el estado del proceso y la situación del imputado; j) A aportar información y pruebas durante la investigación; k) A ser escuchada

²⁵ Estas prerrogativas son tomadas por el Código Procesal Penal de la Nación, aprobado por ley N° 23.984, B.O. 9 de septiembre de 1991 y Código Procesal Penal Federal (C.P.P.F.), aprobado por ley N° 27.063, B.O. 10 de diciembre de 2014 y modificatorias. La Resolución N° 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal B.O. 19 de noviembre de 2019, implementó los artículos del C.P.P.F. relativos a los derechos de las víctimas (arts. 80 y 81).

antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, y aquellas que dispongan medidas de coerción o la libertad del imputado durante el proceso, siempre que lo solicite expresamente; l) A ser notificada de las resoluciones que puedan afectar su derecho a ser escuchada; m) A solicitar la revisión de la desestimación, el archivo o la aplicación de un criterio de oportunidad solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal, cuando hubiera intervenido en el procedimiento como querellante; n) A que se adopten prontamente las medidas de coerción o cautelares que fueren procedentes para impedir que el delito continúe en ejecución o alcance consecuencias ulteriores; ñ) A que le sean reintegrados los bienes sustraídos con la mayor urgencia; o) Al sufragio de los gastos que demande el ejercicio de sus derechos, cuando por sus circunstancias personales se encontrare económicamente imposibilitada de solventarlos”²⁶. La norma aclara, para eliminar cualquier cuestionamiento acerca del reconocimiento de otros derechos no recogidos por el articulado, que la mención es enunciativa, no taxativa, de manera que no será entendido como negación de otros derechos que no se hallen enumerados por la ley.

El marco normativo exige que el accionar de las autoridades se cimente sobre tres principios: (a) rápida intervención de las medidas que se adopten con relación a la víctima, debiendo actuar con la mayor celeridad posible y, en caso de detectar necesidades apremiantes, impartir un trámite prioritario para su satisfacción; (b) enfoque diferencial, teniendo en cuenta su vulnerabilidad, edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad, entre otras; (c) no revictimización, evitando responsabilizar a la víctima por el hecho sufrido y limitando las molestias que le ocasiona el proceso penal²⁷. El Estado debe preservar a la víctima y a su grupo familiar de los perjuicios que el propio proceso penal les genera de modo innecesario o resultan razonablemente evitables.

Estos encuadres legales prevén un ámbito de apoyo desde el inicio del proceso hasta su conclusión, en el que se reconoce un catálogo amplísimo de derechos con la pretensión de garantizar la asistencia, el acompañamiento y la reparación.

²⁶ Artículo 5 de Ley N° 27.372.

²⁷ Artículo 4 de Ley N° 27.372.

IV. La reparación como derecho y obligación. Su acogida en el Código Penal y Código Civil y Comercial de la Nación. Armonización

La Corte IDH explica que toda violación de una obligación internacional que produce un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente (artículo 63.1 de la CADH)²⁸. Se trata de una obligación de derecho internacional, de forma que no puede ser modificada ni suspendida por el Estado obligado invocando disposiciones de derecho interno. Omitir su aplicación supone una violación a los compromisos internacionales²⁹: nuestro país es garante de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y, por lo tanto, del deber de protección, que alcanza el logro efectivo de las reparaciones³⁰. No obstante, por tratarse la reparación de un término genérico, las medidas de intervención lógicamente varían según el tipo de lesión³¹, de igual modo que las expectativas y perspectivas de las víctimas varían según sus particularidades individuales, la vivencia de su victimidad y sus intereses.

Los instrumentos internacionales más relevantes que fijan la reparación son los siguientes: la Declaración de los principios fundamentales de justicia relativos a víctimas de la criminalidad y del abuso de poder de las Naciones Unidas (arts. 8 y 13); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (4d); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (7g); los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer Recursos y obtener Reparaciones; las 100 Reglas de Brasilia; la “Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas”.

El derecho a la reparación ha sido entendido lato sensu como la plena retribución (*restitutio in integrum*) que incluye el restablecimiento de la situación anterior, la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago

²⁸ Artículo 63.1 de la CADH: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. Vid Corte IDH Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde cit. párr. 435; Corte IDH Caso Vicky Hernández cit. párr. 144; entre otros.

²⁹ CFCP, causa CFP 990/2015/TO1, sentencia del 07 de abril de 2017.

³⁰ CFCP, causa CFP 2471/2012/TO1/CFC1, sentencia de 30 de diciembre de 2016.

³¹ Corte IDH, Casos Garrido y Baigorria Vs. Argentina, sentencia de 27 de agosto de 1998, párr. 41, y Corte IDH Castillo Páez vs. Perú sentencia de 27 de noviembre de 1998, párr. 48.

de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extra patrimoniales³².

La responsabilidad civil consiste en la indemnización de los daños ocasionados a la víctima como efecto jurídico derivado del delito. En todo caso, se descarta que tenga una función punitiva³³.

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) dispone que “la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida” (art. 1738 CCyCN). Mientras que, daño jurídico es la lesión a un interés no reprobado por la ley, las consecuencias resarcibles por la afectación de ese interés son las que prevé este artículo³⁴.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que la reparación del daño debe ser plena, que debe ser integral “o justa [...] ya que, si no lo fuera y quedara subsistente el daño en todo o en parte, no existiría indemnización”³⁵. Esto justifica que, cuando alguien padece un perjuicio de naturaleza patrimonial o moral “debe percibir una indemnización que le permita que el estado de cosas

³² CAFFERATA NORES, José. Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, pp. 68 y ss. Asimismo, Corte IDH caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 189. FILLIA, Leonardo. Derecho penal reparador. Fundamentos, naturaleza jurídica y alcances de la reparación del daño en el ordenamiento punitivo. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Fabián Di Plácido, 2017, pp. 97-98.

³³ Sobre la responsabilidad civil en el ámbito del CCyN se han tomado como referencia los trabajos de PICASSO, Sebastián y SAENZ, Luis. “Título V. Otras fuentes de las obligaciones”. En Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo IV. Libro Tercero. Artículos 1251 a 1881, dir. Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015. Asimismo, se ha utilizado el Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género. Tomo 20. Libro tercero. Derechos personales y otras fuentes de las obligaciones. Art. 1708 a 1881, dir. Marisa Herrera y Natalia de la Torre, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editores del Sur, 2022. El CCyN dispone que existe daño “cuando se lesionan un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva” (art. 1737 CCyCN).

³⁴ PICASSO, Sebastián y SAENZ, Luis. “Título V. Otras fuentes de las obligaciones”. En Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo IV. Libro Tercero. Artículos 1251 a 1881, dir. Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 445 y ss.

³⁵ CSJN, “A., I. c/ C. S. I. S.A. s/ accidentes ley 9688”, sentencia de 21 de septiembre de 2004; CSJN “A., P. M. c/ O. A. de R. del T. SA y P. P. y C.”, sentencia de 8 de abril de 2008.

actual sea razonablemente coincidente con el estado en que se encontraba antes de sufrir el daño. Lo que se persigue, entonces, es suprimir los efectos nocivos del suceso dañoso, de la manera más completa posible”³⁶.

A su turno, el digesto penal dispone que, frente a una condena, la sentencia decidirá el decomiso de las cosas que sirvieron para cometer el hecho y las cosas o ganancias producto o provecho del delito en favor del Estado a excepción de los derechos de restitución o indemnización (artículo 23 del Código Penal). En otras palabras, la reparación económica se impone frente a cualquier otro destino de los bienes recuperados.

En esta senda, del artículo 29 del Código Penal se desprende que una sentencia condenatoria puede ordenar: (a) la reposición al estado anterior a la comisión del delito, si fuese posible, disponiendo las restituciones y medidas conducentes a tal fin; (b) la indemnización del daño material y moral; (c) el pago de las costas.

Una mirada sistémica e integral de ambos preceptos permite concluir que, si el decomiso del artículo 23 del Código Penal es de carácter mandatorio y debe preservar los derechos de restitución y reparación a las víctimas, el artículo 29 del Código Penal debe seguir la misma lógica. Es obligatorio para los tribunales fijar una restitución económica en favor de la víctima. Esto implica que tales restituciones deben ser impuestas en todas las sentencias condenatorias o resoluciones equivalentes y respecto de cada una de las víctimas³⁷.

La jurisprudencia nacional es contente con lo que aquí propiciamos. La Cámara Federal de Casación Penal destaca la necesidad de que los grupos vulnerables puedan acceder al sistema judicial y logren obtener una reparación al daño sufrido³⁸.

A su vez, resalta que una aplicación adecuada del artículo 23 del C.P. no puede favorecer el patrimonio de las instituciones estatales por sobre la indemnización a las víctimas y el destino asignado legalmente a los bienes sujetos a decomiso, lo cual constituye un “deber que es primario y básico en la actuación judicial: reparar a la víctima antes que beneficiar al propio Estado”³⁹.

³⁶ PICASSO, Sebastián y SAENZ, Luis. “Título V. Otras fuentes de las obligaciones”, op. cit., p. 451.

³⁷ Procuraduría contra la trata y explotación de personas, Ministerio Público Fiscal. Guía para fiscales sobre el funcionamiento del fondo fiduciario para reparación a víctimas y gestión de bienes en casos de trata de personas. Análisis y aplicación de la ley 27.508, 2023. Resolución PGN N° 34/2023, 2023.

³⁸ CFCP, causa FCR 14731/2018/TO1/CFC1, sentencia de 15 de diciembre de 2021; CFCP, causa 2471/2012/TO1/CFC1, sentencia de 30 de diciembre de 2016.

³⁹ CFCP, causa FCR 52019312/2012/TO1/18/CFC2, sentencia de 12 de abril de 2018. La aclaración

Sin perjuicio de lo dicho, si bien fijar reparaciones de índole económica en las sentencias condenatorias por el delito de trata de personas es obligatorio, también entendemos que, tales reparaciones, no siempre resultan ser una solución suficiente para satisfacer integralmente a las víctimas. En especial, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho afectado que se pretende reparar. Resulta evidente que, cuando los delitos cometidos son de índole patrimonial, es posible que el único bien jurídico protegido, el patrimonio privado, pueda ser íntegramente reparado en su plenitud. No obstante, cuando el perjuicio deriva de la lesión de bienes jurídicos personales, que no pueden patrimonializarse⁴⁰, el daño en ocasiones es permanente o irreparable⁴¹.

V. Formas de reparación integral de naturaleza no económica. La casuística en la provincia de Mendoza

Las medidas de reparación que encontramos en los antecedentes de la Corte IDH son de los más variadas. Algunas se vinculan a la participación en el proceso, apoyo emocional, espacios de escucha, seguridad personal, garantía de no repetición⁴², mientras que otras, a la sanción del autor como responsable.

Además de las conocidas medidas de satisfacción, de rehabilitación, de garantía de no repetición y la obligación de investigar, vislumbramos y ratificamos la necesidad de contemplar, en la praxis judicial, de otras formas de reparación que no encuadraran en las categorías mencionadas pero que, por su trascendencia y satisfacción de intereses de la víctima, se convierten en ineludibles.

se debe a que el fallo de instancia establecía la entrega del dinero no afectado a devolución al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y el decomiso y puesta a disposición de la CSJN de un automóvil, vid. sentencia TOF Tierra del Fuego, de 30 de noviembre de 2016. En la sentencia de Casación, el Tribunal dispuso que los bienes decomisados se destinaran al pago de la indemnización de la víctima. En otro precedente, el Tribunal consideró que no correspondía dar preeminencia a aumentar el patrimonio estatal en detrimento del derecho de las víctimas a ser indemnizadas. Si los bienes que se decomisan lo son en favor del Estado, y ello lleva a la insolvencia de los responsables, no dispondrán de patrimonio para cumplir con las reparaciones debidas a las víctimas, vid. CFCP, causa CFP 990/2015/T01, sentencia de 7 de abril 2017.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de España, de 19 de abril de 2023 número 273/2023.

⁴¹ MENESES FALCON, Carmen. “Qué puede aportar psicólogos y psiquiatras a las necesidades de las víctimas de trata con fines de explotación?”, en Norte de salud mental, vol. XVII, nº 64, 2021, pp. 15-16.

⁴² TEN BOOM, Annemarie y KUIJPERS, Karlijn. “Victims’ Needs as Basic Human Needs”, en International Review of Victimology, 18, núm. 2, 2012, p. 155-79. HERNANDEZ MOURA, Belén. “Nuevos espacios para la consideración de la víctima y sus intereses en el proceso penal español”, en Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, año 13, vol. 20, núm. 3. Río de Janeiro, 2019, p. 57.

Para ello, es necesario realizar un especial esfuerzo en la fase de investigación, para poder obtener y lograr la inclusión auténtica de la perspectiva de la víctima. Minimizar las experiencias revictimizantes puede conducir a la propuesta por la representación del Ministerio Público Fiscal de una reparación estandarizada que carezca de la mirada del caso concreto, que soslaye las particularidades y la personalidad de la víctima.

A partir de lo antedicho, proponemos avanzar un poco más para incorporar la tan ansiada perspectiva de intereses de las víctimas⁴³. La doctrina especializada insta a este ajuste del vocablo, que adoptamos, prefiriendo el “interés” ante “necesidad” (este último evoca una posición de desventaja y asistencialismo⁴⁴ característico de un modelo tradicional que se pretende superar), que parte de la perspectiva de la víctima, corriendo el eje infractor-pena hacia una visión que contemple los intereses de la damnificada. Una vez que se la integre al proceso, éste, resultará más eficaz.

Nos referimos a medidas que pueden partir de un pedido de disculpas por el responsable -siempre y cuando sea ésta el deseo de la damnificada-, hasta el refuerzo o reeducación del agresor por medio de su participación en programas específicos que contemplen los derechos humanos y el enfoque de género. El propósito está en conseguir un reposicionamiento subjetivo del autor frente a actos de tal naturaleza, con el fin de prevenir futuras situaciones similares. El ideal siempre es conseguir erradicar las prácticas violentas que llevaron al agresor en un primer momento a conducirse de la manera que lo hizo.

Pero, el derecho a la reparación integral puede incluir, además, la implementación de acciones diferenciales que respondan a los daños particulares que causaron a la víctima, “contribuyendo a la reconstrucción de sus proyectos de vida desde la dimensión psicosocial y económica y al empoderamiento frente a la apropiación de sus cuerpos, autonomía, su sexualidad y la conciencia de su dignidad para romper los ciclos de violencia”⁴⁵.

⁴³ SOLETO MUÑOZ, Helena y JULLIEN DE ASIS, Jessica. “Los intereses de justicia de las víctimas de violencia sexual: percepción de operadores y víctimas del tratamiento procesal”, en Revista Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las universidades españolas, nº 7, 2023, p. 61. SOLETO MUÑOZ, Helena et. al. Reformulando el tratamiento procesal de las víctimas de violencia sexual en procesos penales. Proyecto financiado por el Programa de Justicia de la Unión Europea (2014-2020), dir. Helena Soleto Muñoz y Sabela Oubiña Barbolla. Madrid: Dykinson, 2022.

⁴⁴ SOLETO MUÑOZ, Helena y JULLIEN DE ASIS, Jessica. “Los intereses de justicia...”, op. cit., p. 57.

⁴⁵ Unidad para las Víctimas del Gobierno de Colombia y Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres), “Estrategia de reparación integral a mujeres víctimas de violencia sexual”, 2018, pág. 11.

Otra respuesta reparatoria está vinculada al derecho a la identidad. Ya la Corte IDH en Ramírez Escobar⁴⁶, luego de verificar el cambio del nombre de un niño motivado en un procedimiento de adopción irregular en el que no se cumplieron las mínimas garantías materiales y procesales, declaró la responsabilidad del Estado por violación de los derechos a la identidad y al nombre de la víctima. Dispuso que el Estado responsable, Guatemala, debía intervenir mediante la adopción de medidas necesarias orientadas a modificar esa partida de nacimiento, con miras a que restituyeran los vínculos legales familiares y demás derechos surgidos al momento del nacimiento de niño, así como el nombre y apellido que sus padres biológicos le dieron⁴⁷.

Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño consideró reparatoria la rectificación registral de datos personales (la fecha de su nacimiento) de una superviviente de violencia sexual intrafamiliar. En el caso, a pesar de ser la víctima reconocida como refugiada, el Estado se había negado a rectificar la fecha de nacimiento considerada en su documentación, exigiéndole aportar documentos de identidad que la ella no podía obtener por los propios motivos de persecución⁴⁸.

En nuestro país y, puntualmente, en la provincia de Mendoza, en representación del Ministerio Público Fiscal de esa jurisdicción donde nos desempeñamos, instamos la adopción de medidas reparadoras en favor de una víctima de trata de personas que solicitó ser reconocida por un nombre que no se correspondía al de su filiación biológica. Requerimos la rectificación registral de su nombre.

En el caso, en un trabajo con la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM) y la Dirección General de Acompañamiento, Orientación y Protección a Víctimas (DOVIC), se presentó la solicitud para que la mujer, mientras estaba en curso la investigación por violencia sexual y trata de personas por parte de su familia, consiguiera el cambio registral de su identidad en virtud de que había logrado reconfigurar su historia de vida en relación con un nuevo nombre elegido por ella. Se advirtió que, a raíz de la historia de vida y las vulneraciones sistemáticas que había padecido, su propia psiquis había el-

⁴⁶ Corte IDH, Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala, sentencia de 9 de marzo de 2018.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Dictamen del Comité de los Derechos del Niño, Caso R.Y.S. vs. España, 14 de febrero de 2021. SOLANES CORELLA, Ángeles y HERNANDEZ MORENO, Nacho. “El controvertido procedimiento determinación de la edad: la necesidad de una reforma legal a partir de los dictámenes del Comité de Derechos del Niño”. Revista de estudios europeos, vol. 80, 2022, pp. 273-290.

borado estrategias que le permitieron supervivir, entre las cuales se encontraba la adopción de una nueva identidad.

De este modo, a través de la elaboración de un informe por la DOVIC que asistió a la víctima durante el proceso, pudo conocerse que su identidad registrada por los progenitores (condenados tiempo después por trata de personas en perjuicio de la joven con finalidad de explotación sexual⁴⁹) constituía una reedición continua de los hechos vivenciados por ella. Entonces, por una parte, adoptar una identidad que no estuviera relacionada con su entorno familiar tenía el fin último de no ser hallada. Pero, además, reconocerla bajo su nueva identidad implicaba romper todo lazo material y simbólico que la unía a ellos, que le recordase el dolor y el horror vivido, originado desde el propio seno familiar y por quienes debían protegerla.

Como ya lo tienen dicho profesionales en esa materia, “[e]l bebé para constituirse subjetivamente se identificará primeramente con sus padres, de ellos recibirá una marca simbólica, trazo identificatorio que le permitirá ser. Se lo marcará con un nombre, inscripción simbólica, que no es sólo el nombre pues incluye la etimología del apellido, la novela familiar; uno se nombra como ha sido nombrado y al nombrarse nombra la relación de cada uno con sus progenitores, aquél que lo incluyó en el orden de las generaciones. Una identificación que es una inscripción inconsciente con eficacia simbólica, que particulariza e impide la repetición de lo idéntico. En cada inscripción se marca el lugar que el sujeto ocupa en el orden de las generaciones, que es único y que abre el camino a nuevos eslabones en el sistema de parentesco. Es en este sentido que desde el psicoanálisis podemos pensar la identidad: ser inscripto por los padres en el sistema de parentesco reconociendo la igualdad y la diferencia, pues sólo siendo diferente puedo particularizarme”⁵⁰.

Entonces, en términos psicológicos, el cambio en la registración relacionado con la identidad ostenta un valor terapéutico: consolida logros alcanzados y propicia una mayor apertura de posibilidades subjetivas.

Como tiene dicho la Corte IDH, “[e]l derecho a la identidad viene a reforzar la tutela de los derechos humanos, protegiendo a cada persona humana contra la desfiguración o vulneración de su ‘verdad personal’. El derecho a la identidad,

⁴⁹ TOF 1 Mendoza, causa FMZ 13017161/2011, sentencia de 21/10/2022, la cual fue confirmada por la CFCP en fecha 5/7/2023.

⁵⁰ LO GIÚDICE, Alicia. “Derecho a la identidad”. En Psicoanálisis. Restitución, Apropiación, Filiación, comp. Alicia Lo Giúdice, Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires, p. 37.

abarcando los atributos y características que individualizan a cada persona humana, busca asegurar que sea ésta representada fielmente en su proyección en el entorno social y el mundo exterior”⁵¹.

El encuadre normativo que posibilitó este cambio lo encontramos en la interpretación del artículo 69 del Código Civil y Comercial de la Nación. Éste prevé: “El cambio de prenombre o apellido sólo procede si existen justos motivos a criterio del juez. Se considera justo motivo, de acuerdo a las particularidades del caso, entre otros, a: a) el seudónimo, cuando hubiese adquirido notoriedad; b) la raigambre cultural, étnica o religiosa; c) la afectación de la personalidad de la persona interesada, cualquiera sea su causa, siempre que se encuentre acreditada. Se consideran justos motivos, y no requieren intervención judicial, el cambio de prenombre por razón de identidad de género y el cambio de prenombre y apellido por haber sido víctima de desaparición forzada, apropiación ilegal o alteración o supresión del estado civil o de la identidad”.

La inmutabilidad del nombre cede en virtud de los justos motivos en que la víctima funda su petición. Es que, “[a] partir de la concepción del nombre como un derecho humano que ha incorporado al análisis de las cuestiones que al mismo se refieran las pautas hermenéuticas propias de este tipo de derechos, las mismas habrán de evaluarse a la luz del principio *pro homine* que rige la materia. Admitida esta perspectiva, el principio de inmutabilidad del nombre que muchos han considerado irrefutable, no solo no será absoluto, sino que ha de ser reinterpretado de acuerdo al mencionado principio. Ello, y la elasticidad en el nuevo régimen, hacen presumir que la apreciación judicial se efectuará con un criterio amplio en vez del restrictivo que prevalecía hasta ahora”⁵².

El nombre, como derecho humano, se erige como uno de los pilares fundamentales de la identidad y la conformación de la personalidad. Al ser un atributo de la personalidad, integra el derecho a la identidad personal al instalarse en la persona de manera permanente, acompañando el proceso de construcción de identidad en el ámbito social.

Entonces, resulta posible admitir un planteo de cambio de nombre si se alega como “justo motivo” alguno de los supuestos que contempla el texto legal,

⁵¹ Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Voto disidente Juez Antonio A. Cançado Trindade. Sentencia de 1 de marzo de 2005.

⁵² PAGANO, María Luz, Comentario art. 69. En Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Título Preliminar y Libro Primero, dir. Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015, p. 164.

entre los cuales se encuentra “la afectación de la personalidad del interesado”. Por “justos motivos” se ha entendido aquellas causas “graves, razonables y poderosas capaces de violentar el principio de estabilidad del nombre”⁵³. Uno de esos ejemplos, entendimos, fue haber sido víctima de violencias extremas que comenzaron a temprana edad y se perpetuaron por más de ocho años, y así fue resuelto⁵⁴.

En cuanto a la cuestión de la competencia, si bien el artículo 70 del CCyCN establece que los cambios de prenombre deben tramitar por el “proceso más abreviado que prevea la ley local”, no puede soslayarse el contenido del artículo 2 del código en la medida que dispone que “la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. De este modo, en una interpretación armónica de la normativa vigente -la ley 27.372, la ley 26.743- de Identidad de género, estaba habilitada la justicia del caso penal federal para que resolviera acerca de la rectificación registral. Una interpretación en el otro sentido podría comprometer los principios de economía procesal, celeridad y no revictimización⁵⁵ y *pro homine*.

El planteo pretendía reparar, contrarrestar el daño que sus vivencias, asociadas a su nombre, la retrotraían a una posición subjetiva que agraviaba seriamente sus intereses materiales, morales y espirituales.

La medida reparatoria no sólo resultaba idónea para cumplir con la obligación internacional, sino que contemplaba la petición especial que realizó a las autoridades, cuando fue ella, la propia víctima, quien solicitó el cambio registral orientado a reconfigurar su proyecto de vida a través de la construcción y reconocimiento legal de una nueva identidad. De este modo podría compensarse -en parte- el daño producido por sus vivencias a través de la afectación a sus derechos fundamentales, a la vez de minimizar la revictimización que implica el mantenimiento de su nombre anterior.

⁵³ CARAMELO, G., PICASSO, S., HERRERA, M., Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, 1º Edición, CABA, Infojus, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, pp. 159-160.

⁵⁴ JF N° 1 Mendoza, causa FMZ 13017161/2011, sentencia de 5 de marzo de 2021.

⁵⁵ Cfr. CSJN, Fallo 342:584.

VI. A modo de conclusión

Un Estado con visión victimocéntrica debe conocer cuáles son las necesidades insatisfechas de las víctimas de trata, sus intereses de justicia y, con su intervención, procurar atenderlos. Solo conociendo lo que pretende, espera, desea y reclama la persona vulnerada puede darse comienzo a una reparación integral.

Desde el enfoque que venimos sosteniendo, ello solo se puede lograr si los Estados proporcionan una respuesta que garantice la oportuna y efectiva protección de la víctima para que alcance su plena recuperación, independientemente del resultado de la investigación penal. Para ello, se ha de asegurar el ejercicio de los derechos que desarrollamos en este punto, en especial, ligados a la información, trato digno, patrocinio letrado, asistencia sanitaria, psicológica, protección de su integridad, desarrollo de habilidades básicas, formación profesional e inserción laboral.

La reparación económica, si bien necesaria, no resulta ser suficiente para tener por reparada a la víctima. De este modo, propiciamos que, siempre que sea posible, se estime la aplicación conjunta de otras formas de reparación para ser dispuestas junto con la compensación económica, con el afán de que sea reparada integralmente, debiendo atender las expectativas de las víctimas, como pueden ser medidas de satisfacción, de rehabilitación, garantía de no repetición, según cuales sean sus intereses.

La adopción de otras formas de reparación puede consistir en que se modifique la identidad de la víctima, a pedido de ella, en cumplimiento de los mandatos normativos nacionales e internacionales suscriptos por nuestro país y que se vinculan al derecho de todas las mujeres a vivir una vida libre de violencias y a la reparación integral por los daños sufridos como consecuencia de ellas.

Técnicas especiales de investigación en el sistema acusatorio: agente revelador y entrega vigilada

Mariana Gamba Cremaschi*
Matías G. Álvarez**

I. Introducción

Las técnicas especiales de investigación están previstas en el Título VI del Código Procesal Penal Federal (arts. 182 a 194), que en lo sustancial no difiere a lo que ya había sido regulado por la ley de Delitos Complejos N° 27.319. A más de 6 años de implementación del sistema acusatorio en las jurisdicciones Salta y Jujuy, 1 año en Rosario y con el avance progresivo de la implementación en otras jurisdicciones, es posible sostener que su uso se ha intensificado, dado que los principios del CPPF brindan un contexto adecuado y ágil para su implementación, mejorando los resultados de la investigación en casos de crimen organizado.

El Código Procesal Penal Federal está orientado a hacer frente a las organizaciones criminales y, por ello, a sabiendas de que las herramientas tradicionales no resultan suficientes, introduce y promueve el uso de las técnicas especiales frente a la importancia de contar con recursos idóneos para investigar eficazmente estos delitos.

Cabe recordar que las técnicas especiales son aplicables a un catálogo de delitos enumerado en el artículo 182, dentro de los que se destacan: tráfico ilícito

* Abogada. Magíster en Derecho Penal por la Universidad Austral. Fiscal General Adjunta de la PROCUNAR. Docente de la Universidad Católica de Salta y de distintos programas de posgrado. Secretaria Académica de la Especialización en Fiscalía Penal Acusatoria de la Universidad Nacional de Salta.

** Fiscal Coadyuvante de la PROCUNAR. Coordinador de la Red de Fiscales Antidrogas de Iberoamérica. Docente de la Universidad de Buenos Aires, en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora y de distintos programas de posgrado. Coordinador Académico de la Especialización en Investigación de la Delincuencia Organizada del IUPFA.

de drogas, lavado de activos, trata de personas y todo aquel delito donde esté involucrada una asociación ilícita.

Una adecuada planificación de la persecución penal requiere tener en cuenta que estos hechos -por más simples que parezcan a veces- se dan normalmente en un contexto de delincuencia organizada. Esto implica tener un espectro más amplio que lleve a una mirada más allá del caso concreto y a identificar la organización criminal que podría estar involucrada, construyendo eventualmente un caso respecto de este tipo de fenómeno delictivo. En ese contexto, debe contemplarse un modelo de investigación que priorice el desbaratamiento de las estructuras de financiamiento, mando, dirección o control de las organizaciones criminales¹.

Tal es el lineamiento que se ha fijado en la resolución PGN 942/2016 que aprobó el Plan de Trabajo de la PROCUNAR sobre la base de diferentes estrategias, en particular la de focalizar en el ascenso en la cadena de responsabilidad para dirigir la persecución penal respecto de los eslabones más altos, esto es, organizadores y financieros. En ese contexto, se ha promovido especialmente el uso de las técnicas especiales para alcanzar esos objetivos.

Se ha dicho sobre este punto que “muchas veces los métodos tradicionales de averiguación de un hecho ilícito y de la identificación de sus autores, no resultan apropiados ni eficaces para desbaratar una organización criminal. Por ende, es necesario que los operadores judiciales realicen un plus en su labor que, necesariamente, debe venir acompañada de la utilización de elementos, herramientas o recursos que permitan identificar, sancionar y erradicar maniobras delictivas de alta complejidad, como puede ser la presente causa donde se intentaba desbaratar a una banda dedicada al narcotráfico”².

Una de las críticas que se plantea ante la utilización de este tipo de técnicas especiales es la reiterada dicotomía entre ser eficaces en la persecución de los delitos versus el respeto a las garantías constitucionales. Esta controversia parte de la equivocada premisa de creer que estas medidas colisionan, más que otras, con derechos fundamentales, por lo que no deben ser aplicadas.

¹ TOLEDO RÍOS, Luis Humberto y CAMPOS MEDINA, Diego Ignacio, “Ministerio Público y Crimen Organizado: Análisis Comparado y Propuestas para Enfrentarlo”, en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, nº 28, Chile, Universidad San Sebastián, 2023, p. 189-210.

² Cámara Federal de Casación Penal, Sala 4, voto del Dr. Gustavo M. Hornos, causa CFP 2019/2018/TO1/CFC23, caratulada S. S., R. A. y otros s/recurso de casación, de 03/04/25.

Lo cierto es que las técnicas especiales, al igual que la mayor parte de las medidas de prueba del proceso penal, pueden implicar una vulneración de derechos. Lo que la garantía exige es una orden judicial fundada para garantizar una vulneración razonable.

Y es en el sistema acusatorio donde se resguarda de mejor manera el respeto a esa garantía, toda vez que es el MPF que está a cargo de la investigación (art. 90), el que debe solicitar autorización para utilizar las técnicas especiales de investigación a un juez de garantías que es totalmente imparcial, que no conoce el legajo fiscal, que no gestiona ningún interés y que decidirá su autorización, previo a evaluar la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida. Ello difiere absolutamente de lo que ocurre en el sistema mixto, en el que las medidas son autorizadas por un juez instructor, que está a cargo de la investigación y sin el control de un tercero imparcial.

Ingresando a la práctica, una de las razones por las que, entendemos, se utilizan con mayor asiduidad es por la celeridad y el dinamismo propio del nuevo sistema procesal. Así, conforme a las previsiones del nuevo Código Procesal, el uso de las técnicas especiales de investigación es autorizado por un juez federal de garantías a pedido del MPF, y ello puede ser requerido por escrito, en audiencia o en caso de urgencia hasta telefónicamente. Para ello, los jueces de garantías se encuentran divididos en guardias o turnos y siempre habrá un juez disponible para autorizar la medida en caso de corresponder. Esto ha permitido la utilización de medidas de este tipo en múltiples circunstancias en las que no hubiese sido posible en el trámite del sistema mixto.

Nos concentraremos en algunas de estas herramientas en función de la experiencia recogida y la importancia de promover su uso:

a) Agente revelador

Como punto preliminar, cabe señalar que consideramos que la utilización de la figura del agente revelador es de gran utilidad en casos de narcocriminalidad y criminalidad organizada compleja, en los que las técnicas tradicionales no son suficientes para ser eficaces en la persecución penal.

Asimismo, entendemos que su utilización es compatible con los compromisos internacionales del Estado Argentino para la prevención y represión del tráfico ilícito de sustancias estupefacientes (Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 y Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional).

No obstante, su utilización debe ser proporcional al nivel de sospecha existente en el momento de su solicitud, así como a la gravedad de los delitos que se están investigando y a la idoneidad de la medida para alcanzar el objetivo deseado. En otras palabras, el uso de esta figura debe estar siempre alineado con los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, que son aplicables a todas las técnicas especiales, según lo establece el artículo 1 de la ley 27.319 y el art. 16 del CPPF cuando se refiere a cualquier restricción de derechos reconocidos por la Constitución Nacional o por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, y así lo han valorado los jueces de garantías al autorizar la utilización del agente revelador.

El art. 185 del CPPF define al agente revelador como todo agente de las fuerzas de seguridad o policiales designado a fin de simular interés y/o ejecutar el transporte, compra o consumo, para sí o para terceros de dinero, bienes, personas, servicios, armas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o participar de cualquier otra actividad de un grupo criminal, con la finalidad de identificar a las personas implicadas en un delito, detenerlas, incautar los bienes, liberar a las víctimas o de recolectar material probatorio que sirva para el esclarecimiento de los hechos ilícitos.

Entonces, lo primero que debemos señalar es que el agente revelador es siempre un agente de las fuerzas de seguridad o policiales. Si bien parece estar claro en la norma, ha habido planteos sobre este punto, por lo que cabe mencionar que la norma excluye a los civiles de poder ejercer este rol, lo que difiere de otras técnicas especiales que requieren de tal calidad, como la figura del informante que debe ser una persona ajena a las fuerzas de seguridad.

Al respecto, en un reciente fallo la CFCP, al resolver sobre un planteo en cuanto a la actuación de un oficial de las fuerzas de seguridad que acompañó y documentó una compra de droga hecha por un civil, sostuvo: “se advierte que el agente Souza no actuó bajo la modalidad de agente revelador como señala la defensa, por lo que las tareas efectuadas no precisaban de una orden especial para realizarlas. Es que, el art. 5 de la ley mencionada refiere a las fuerzas de seguridad o policiales que realizan el acto de compraventa de manera directa, pero en este caso dicha circunstancia no fue ni establecida ni probada”³, confirmando que la actuación de la persona ajena a las fuerzas que efectuó la compra no puede

³ Cámara Federal de Casación Penal, Sala 4, voto del Dr. Gustavo M. Hornos, causa CFP 20197/2018/TO1/CFC23, op. cit.

ser considerada como agente revelador ni así tampoco el rol que cumplió el oficial.

En segundo lugar, cabe aclarar que entendemos que al referirse el art. 185 a las fuerzas de seguridad o policiales, abarca la posibilidad de que puedan actuar como agentes reveladores, tanto personal de las fuerzas federales como provinciales. Sobre este punto, ante un cuestionamiento de la actuación de un Policía de la provincia de Salta como agente revelador, se ha señalado “Que la resolución que reglamenta la figura del agente revelador no prevea la utilización de fuerzas de seguridad provinciales no provoca la nulidad, pues se encuentra previsto en el Código Procesal Penal Federal”⁴.

A partir de la definición que nos trae el CPPF, en idénticos términos a la ley 27.319, cabe preguntarse qué puede hacer el agente revelador, y la norma es clara al establecer que puede “simular interés y/o ejecutar” las siguientes conductas para sí o para terceros: transporte, compra o consumo de dinero, bienes, personas, servicios, armas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Finalmente, agrega: “o participar de cualquier otra actividad de un grupo criminal”, indicando que la enumeración es ejemplificadora y no taxativa.

Veamos casos concretos en los que se ha utilizado esta técnica especial de investigación en el marco del CPPF:

- 1) Un supuesto para el cual se ha considerado razonable su utilización es en virtud de los medios utilizados para la comisión del delito, cuando esto imposibilita la identificación de los sujetos que se encuentran llevando adelante la actividad ilícita, como lo es la venta de estupefacientes por internet o plataformas encriptadas. En un caso concreto se utilizó un agente revelador que ingresó como comprador a un grupo de Telegram y, luego de coordinar por la aplicación la compra, se reunió con el vendedor y la materializó, permitiendo así su identificación⁵.
- 2) Asimismo, se ha utilizado esta herramienta para la ejecución de un transporte de estupefacientes en un caso en el que, a través de un informante, se tomó conocimiento de que una organización criminal estaba buscando un transportista, lo que llevó a que, a solicitud de la PROCUNAR, se introdujera un agente revelador para cumplir tal función⁶.

⁴ Juez Federal de garantías nº 1, Dr. Julio Leonardo Bavio. Audiencia de saneamiento y revisión de medida de coerción, de 28/09/2020, Legajo Fiscal 62.316/2020, Carpeta judicial 3371/2020/3.

⁵ Legajo 63.820/2020, G. Q. s/infracción ley 23.737.

⁶ Legajo 62.316/2020 – Carpeta judicial 3371/2020/3, P. y F.s/inf. Ley 23.737.

3) En investigaciones de trata de personas se ha autorizado la utilización de un agente revelador a fin de que proceda a efectuar un acercamiento con las mujeres identificadas en ciertos domicilios con el objeto de identificar a las personas regenteadoras⁷.

Si bien no en el marco del proceso acusatorio -pues las primeras provincias en las que entró en vigor el CPPF había adherido a la ley de desfederalización parcial de la competencia en materia de narcotráfico-, se ha convalidado, en múltiples precedentes judiciales, la utilización del agente revelador cuando por las características del lugar donde se llevan a cabo las transacciones ilícitas, se dificulta el ingreso y permanencia de las fuerzas de seguridad. De este modo, la designación de un agente revelador que realice una compra concreta de estupefacientes puede permitir identificar un lugar determinado donde se comercializa y las personas involucradas, reduciendo los tiempos y riesgos de la investigación⁸.

En cuanto a los fines para los cuales se utiliza esta técnica, el texto normativo establece que lo que se pretende con la utilización del agente revelador es obtener pruebas de interés, identificar a las personas involucradas en un delito, detenerlas, recuperar bienes o liberar víctimas. Es decir, se pretende conocer una conducta delictiva que se está ejecutando en un momento determinado, que, si bien no va a poder ser imputada a los investigados, nos permite revelar ciertas circunstancias que sirven para esclarecer los hechos investigados.

Así, por ejemplo, en caso de utilizarse un agente revelador para realizar una compra de estupefacientes o un transporte, esa venta o traslado y el material secuestrado no va a poder ser imputado, pues fue realizado con intervención estatal, sin embargo, nos va a permitir conocer la actividad que se está realizando, que en ese domicilio hay estupefacientes, que dicha tenencia es con el fin de comercializar la sustancia y quiénes son los involucrados.

Sobre este punto, cabe detenerse en la circunstancia de que el agente revelador justamente “revela” una conducta ilícita consumada con anterioridad a su intervención o que está en curso de desarrollo –como puede ser la tenencia con fines de comercialización del ejemplo anterior-, lo que lo diferencia del tan criticado agente provocador.

⁷ Caso 36930/2022 – Carpeta Judicial 36930/2022 “Investigación sobre denuncia trata de personas”.

⁸ A modo de ejemplo, cabe señalar la causa FLP 41489/2016, que a iniciativa de PROCUNAR constituyó el primer caso de uso de agente revelador y que permitió identificar los lugares de venta de una organización dedicada a la comercialización de drogas en la provincia de Buenos Aires.

El agente revelador no crea el dolo, éste ya está determinado a cometer el delito antes de la intervención del agente, mientras que en el caso del agente provocador es el Estado el que provoca a una persona a cometer un delito, el propio Estado crea el dolo en cabeza de una persona determinada. Esto último es lo que está prohibido en nuestro régimen jurídico.

En el caso ya mencionado en el que se designó un agente revelador para ser presentado por el informante a la organización y ejecutar un transporte de estupefacientes, se planteó la nulidad por entender que tanto el informante como el agente revelador habían provocado el delito. En la etapa de investigación penal preparatoria, el juez de garantías señaló: “No se puede provocar lo que ya estaba en la mente del imputado. Eso es lo que distingue la figura del agente revelador de la del agente provocador”⁹ y al llegar el caso a la Cámara Federal de Casación Penal, en igual sentido, sostuvo: “el informante identificado como Z27 no actuó como agente provocador porque Pirca ya estaba determinado a transportar la droga a su destino final en la ciudad de Salta. Y esto se llevaría a cabo de una forma u otra, y con quien asumiera la tarea del traslado, esto es, con la intervención del agente revelador o con la de cualquier otro”¹⁰.

Corresponde referirnos, ahora, al trámite para la designación del agente revelador; es simple y, como todas las previsiones del CPPF, se encuentra regido por los principios de simplicidad, celeridad y desformalización.

El Ministerio Público Fiscal debe requerir en audiencia o por escrito al juez de garantías la autorización para la utilización de esta medida proponiendo el personal de la fuerza policial o de seguridad que llevará adelante la función. Dicho pedido debe ser fundado, del mismo modo que lo será la resolución de la designación (Art. 186).

Asimismo, la resolución del juez determinará las tareas que está autorizado a realizar y, en algunos casos, el tiempo de duración de la actuación. Verbigracia, en un caso en que se autorizó un agente revelador para ingresar a un grupo en una plataforma en la que se vendía drogas sintéticas el juez sostuvo “que al analizar la solicitud, entiendo –en relación a la designación de un agente revelador para poder contactarse con el administrador del “Grupo Química” y solicitar su incorporación para poder aportar a la investigación detalles de las transacciones

⁹ Juez Federal de garantías nº 1, Dr. Julio Leonardo Bavio. Audiencia de saneamiento y revisión de medida de coerción, fecha 28/09/2020, Legajo Fiscal 62.316/2020, Carpeta judicial 3371/2020/3.

¹⁰ Cámara Federal de Casación Penal, Dr. Carlos Mahiques, Expte. FSA 3371/2020/17, F, C. S. s/ *Impugnación*, 14/09/2021

que allí se realiza- que se trata del instituto apto para la acreditación de la conducta denunciada y la correcta individualización de los posibles responsables". Una vez designado, la supervisión de las tareas encomendadas al agente revelador queda en cabeza del Ministerio Público Fiscal y la información que éste obtenga le debe ser puesta en conocimiento inmediatamente (art. 189).

Por último, no podemos dejar de referirnos a la figura del agente encubierto y sus diferencias y regulación en común con el agente revelador. El legislador quiso dejar en claro la diferencia entre ambas figuras, por lo que en el art. 185 del CPPF expresamente mencionó que: "el accionar del agente revelador no es de ejecución continuada ni se perpetúa en el tiempo, por lo tanto, no está destinado a infiltrarse dentro de las organizaciones criminales como parte de ellas". Todo lo que la norma enunció como que "no es un agente revelador" es lo que es un agente encubierto.

En efecto, el art. 183 define al agente encubierto como un agente de las fuerzas de seguridad altamente capacitado que "se infiltre o introduzca en las organizaciones criminales o asociaciones delictivas, con el fin de identificar o detener a los autores, partícipes o encubridores, de impedir la consumación de un delito, o para reunir información y elementos de prueba necesarios para la investigación, con autorización judicial".

Creemos que la clave de la diferencia entre ambas figuras está en el tiempo de actuación de uno y otro, que deriva en las diferentes actividades que pueden ejecutar. La actuación del revelador es instantánea, concreta, puntual. Como venimos viendo, el revelador realiza, por ejemplo, una compra, un transporte de drogas; mientras que, la actuación del agente encubierto se extiende en el tiempo y en el espacio, pues se infiltra en las organizaciones.

Al respecto, ante un planteo defensista sobre la actuación de un agente revelador por considerar que la tarea de este es simular el interés de ejecutar un transporte, pero no llevarlo a cabo, ya que ello sería más compatible con la técnica del agente encubierto, el Tribunal Oral Federal N° 2 de Salta, sostuvo: "No estamos ante una situación de actividad prolongada del agente revelador ya que la vinculación con Pedro Pirca se produce al sólo efecto de que éste le indique cuándo y cómo debía hacer el viaje a Orán, la recepción de la sustancia estupefaciente y la posterior entrega. Se trata de un mismo tramo del hecho. El viaje hasta Orán, la recepción de la sustancia por parte del agente revelador y su posterior entrega a quien lo había contratado, Pirca. Y todos estos tramos quedan abarcados por la letra del art. 185 de la ley de rito"¹¹.

¹¹ Tribunal Oral Federal N° 2 de Salta, Dra. Gabriela Catalano, Carpeta Judicial 3371/2020, P. y F.

Si bien, como señalamos, ambas figuras son diferentes y tienen distintos propósitos, el CPPF, al igual que la ley de investigaciones complejas, incorporó algunos artículos comunes en cuanto a su regulación.

Así, en el art. 187 establece que tanto el revelador como el encubierto no serán punibles cuando como consecuencia necesaria del desarrollo de su actuación, se hubiesen visto compelidos a incurrir en la comisión de un delito. Ello, siempre y cuando no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad psíquica o física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro. En caso de que sean imputados por la comisión de un ilícito le deberán hacer saber al fiscal confidencialmente el carácter de agente encubierto o revelador, debiendo recabarse la información necesaria para verificar los extremos puestos en su conocimiento. En ese caso, la cuestión debe resolverse sin develar la verdadera identidad del imputado (art. 188).

Asimismo, se prevé para ambos casos que, la información obtenida a partir de la actuación de agentes reveladores y encubiertos debe ser puesta inmediatamente en conocimiento del fiscal interviniendo, en la forma que resultare más conveniente para posibilitar el cumplimiento de su tarea y evitar la revelación de su función e identidad (art. 189). Sobre este aspecto, a modo ilustrativo podemos señalar que, en el caso de la ejecución de un transporte de drogas por parte de un agente revelador, el Ministerio Público Fiscal estuvo en constante comunicación con el agente, quien fue informando desde el momento en que recibió la carga, los lugares por los que transitó hasta llegar a su destino final donde un grupo coordinado por el fiscal esperaba para documentar la entrega del estupefaciente.

Por último, el art. 190 establece que estos agentes podrán ser convocados a juicio solamente en el caso de que su testimonio resulte imprescindible. En el supuesto de que la declaración podría significar un riesgo para la integridad física del encubierto o el revelador, o de otras personas, o cuando esa participación frustraría intervenciones futuras de estos, se podrá utilizar recursos técnicos para impedir que se los identifiquen por su voz o su rostro. La norma hace la salvedad de que las declaraciones prestadas en estas condiciones no resultarán una prueba dirimente para la condena del acusado, ya que el tribunal deberá valorar los dichos con especial cautela. Esta aclaración, similar a la realizada por el Código cuando se refiere a la declaración de los testigos de identidad reservada,

s/infracción ley 23.737.

procura garantizar el derecho de defensa en juicio dadas las limitaciones que podría tener esa parte en el contrainterrogatorio del agente.

b) Entrega vigilada

El CPPF recoge también otra de las técnicas especiales más útiles para la investigación de ciertos casos relacionados con mercados ilícitos, esto es, la entrega vigilada. Concretamente, el artículo 193 del CPPF incorpora la técnica en los mismos términos en que ha sido prevista en el artículo 15 de la ley 27.319.

La entrega vigilada permite identificar y seguir los objetos de un delito con el fin de identificar a aquellas personas que se encuentran en el nivel superior de la actividad ilícita y reunir elementos de prueba para acreditar la participación de las personas en estos hechos.

Esta herramienta cobra especial relevancia a la hora de prevenir, detectar y controlar las actividades ilegales en el marco de la delincuencia organizada transnacional y es contemplada por las Convenciones de Palermo, Viena y Mérida. Su aplicación se sugiere en particular para casos de mayor complejidad, en particular de delincuencia organizada y/o de alcance transnacional¹².

Si bien algunas legislaciones distinguen entre la entrega vigilada y controlada en función de la intervención de agentes encubiertos, nuestra ley refiere únicamente al término entrega vigilada. Al igual que el resto de las técnicas de investigación, son aplicables en diversas conductas ilícitas, aunque nos referiremos principalmente a los casos de tráfico y contrabando de drogas por su especial aplicación en estos delitos.

La entrega vigilada se presenta como una medida útil frente al escenario en que se logra identificar un cargamento relacionado a una actividad ilícita (que puede ser una carga en un camión, un contenedor o un envío postal, dentro de los supuestos más comunes), lo cual puede ocurrir a partir de una actividad preventiva de las fuerzas de seguridad y aduana o en el contexto de una investigación que se viene desarrollando.

En ese escenario, se presenta una dicotomía en la estrategia del caso: lograr el secuestro del cargamento y asegurar la incautación, a veces con la detención del transportista o una persona en un nivel superior; o bien permitir que el cargamento continúe su curso y vigilarlo durante su recorrido con el objetivo de

¹² Red de Fiscales Antidrogas de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Pùblicos (2022). Guía de Buenas Prácticas en Materia de Drogas. Consultado en [<https://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2022/12/AIAMP-RFAI-Gu%C3%ADa-de-Buenas-Pr%C3%A1cticas-en-Materia-de-Drogas.pdf>]

identificar a su destinatario y otros actores relevantes. Este tipo de medidas es especialmente útil, por ejemplo, en casos de contenedores enviados por vía marítima¹³, debido a la complejidad que implica determinar cuándo y quiénes participaron en la contaminación de una carga lícita en un puerto (modalidad conocida como “rip-on” o gancho ciego”). También en los casos de encomiendas o envíos postales en que la información consignada en los envíos suele ser falsa y es sumamente difícil, luego, vincular al destinatario con el cargamento o determinar su origen¹⁴.

La utilidad de la entrega vigilada parte de una premisa previa: en casos de crimen organizado, la investigación en tiempo real es más efectiva que intentar reconstruir un hecho a partir de un secuestro ya concretado. La experiencia demuestra que durante este tiempo es posible obtener pruebas que permiten una mejor comprensión de la actividad criminal y la identificación de las personas involucradas.

Durante este tiempo, los traficantes creerán que el envío no fue detectado por las autoridades y continuarán ejecutando todas las acciones necesarias para hacerse de la droga. La clave del éxito de una entrega vigilada consiste en adoptar de manera simultánea la mayor cantidad de medidas investigativas, a los fines de aprovechar esa ventana de tiempo que genera el desarrollo de la entrega vigilada, para lo cual se requiere una importante planificación anticipada y coordinación entre todas las agencias involucradas.

El resultado final será no solo la incautación de la droga sino también poder imputar a las personas involucradas en el transporte de drogas, garantizando un resultado eficaz en la persecución penal. Esto permite a las autoridades obtener durante ese tiempo una cantidad de pruebas sustancialmente mayor a las que podrían lograrse a través de la simple reconstrucción y, además, fortalecer el caso respecto de las personas relacionadas al cargamento¹⁵.

¹³ Por ejemplo, causa CPE 171/2016 en la que se realizó la entrega vigilada de un contenedor que contenía 124 kilos de cocaína con destino a Portugal.

¹⁴ A modo de ejemplo, en este caso se logró identificar la participación de personas en España y Argentina en una serie de envíos que involucraban tanto cocaína como drogas sintéticas: [<https://www.fiscales.gob.ar/narcocriminalidad/desarticularon-una-organizacion-dedicada-al-trabando-de-extasis-y-cocaina-a-traves-del-trabajo-conjunto-entre-espana-y-argentina/>]

¹⁵ A modo de ejemplo, en la causa CFP 17882/2016 la entrega vigilada permitió identificar a las personas relacionadas con un cargamento de 388 kilos de cocaína en Argentina, Alemania y Rusia, que resultaron posteriormente condenadas. Más información en: [<https://www.fiscales.gob.ar/narcocriminalidad/elevaron-a-10-y-8-anos-de-prision-las-penas-y-ordenaron-las-detenciones-de-los-dos-condenados-por-las-narcovalijas-en-la-embarcacion-rusa/>]

Toda entrega vigilada conlleva un riesgo que debe tratar de reducirse y, eventualmente, ponderarse frente a los resultados que puede arrojar para la investigación. Los riesgos que deben analizarse incluyen peligros para un agente encubierto o informante, peligros para terceros durante la operación y la posibilidad de perder el cargamento objeto de la entrega. La entrega vigilada se justifica cuando existe una perspectiva razonable de obtener pruebas contra una organización criminal involucrada en el tráfico ilícito de drogas y tanto los riesgos de extravío del cargamento como los recursos que deben emplearse resultan proporcionales a ello. Frente a esto, puede sostenerse que, en muchos casos (especialmente en envíos postales), la entrega vigilada es la única medida que puede llevar a una eficaz persecución penal de las personas involucradas en la maniobra¹⁶. Adicionalmente, los riesgos pueden reducirse sustancialmente con una sustitución parcial o total de la carga.

En ese contexto, la política criminal del MPF que requiere enfocarse en los niveles superiores de las organizaciones criminales y desarticular sus estructuras, el CPPF dota a los fiscales de una herramienta especialmente útil, que debe ser prioritaria en estos casos para una persecución penal efectiva. En el año 2016 los/as Procuradores/as y Fiscales Generales de Iberoamérica durante la Jornada sobre narcocriminalidad señalaron que: “*Resulta clave intensificar la utilización de la entrega vigilada, como mecanismo efectivo para que la persecución penal escalé en la cadena de responsabilidades de las organizaciones criminales*”¹⁷.

Es por eso que el CPPF contempla, entonces, dos supuestos distintos cuya procedencia y utilidad dependerá del caso y del estado en que se encuentra la investigación.

En primer lugar, la posibilidad de postergar un secuestro o la detención de una persona cuando existen elementos suficientes para hacerlo, pero es más conveniente para el éxito de la investigación continuar sin hacerlo. Un ejemplo de esto sería suspender el secuestro de un camión que se encuentra transportando drogas para permitir identificar su destino y las personas que organizan el transporte. También, puede plantearse la identificación de una persona con una orden

¹⁶ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Guía de Referencia para la Implementación Estratégica de Entregas Vigiladas en el Contexto de Investigaciones sobre Drogas Sintéticas, Viena, 2024.

¹⁷ Declaración de Buenos Aires, Jornada de Procuradores y Fiscales Generales de Iberoamérica sobre narcocriminalidad, realizada en Buenos Aires el 31 de mayo de 2016. Consultada en [<https://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2016/11/Declaracion%CC%81n-de-Buenos-Aires-Jornada-de-Procuradores-y-Fiscales-Generales-de-Iberoamerica-sobre-Narcocriminalidad.pdf>]

de captura vigente pero que se pretende continuar investigando para conocer su actividad actual en maniobras ilícitas que involucran a otras personas.

Al mismo tiempo, en el segundo párrafo, el CPPF contempla la posibilidad de realizar una entrega vigilada internacional, para lo cual se faculta al juez a suspender la interceptación en territorio argentino de una remesa ilícita y permitir que entren, circulen o salgan del territorio nacional cargamentos relacionados a una actividad ilícita.

Esta medida es especialmente útil en casos de maniobras transnacionales, como puede ser un contenedor saliendo desde Argentina con cocaína en su interior. La entrega vigilada permitiría conocer sus destinatarios y, durante el tiempo que demande la entrega, poder investigar en tiempo real la actividad relacionada con la exportación de esta carga en nuestro país. También se puede aplicar en el caso de un envío postal trasladando drogas sintéticas hacia la Argentina, lo que permitirá intentar su entrega en el país y conocer el real destinatario de la sustancia.

En estos casos, se trata tanto de una técnica especial de investigación como de una herramienta de cooperación internacional, ya que requiere de una efectiva y rápida coordinación con las autoridades del otro país, ya sea de origen, destino o tránsito del cargamento. Para ello, el MPF cuenta con canales de coordinación efectiva como la Red de Fiscales Antidrogas de AIAMP que ha aprobado un Protocolo de Cooperación sobre Entregas Controladas, cuya utilización se ha recomendado a los fiscales a través de la Resolución PGN 68/2021¹⁸.

El éxito de una entrega vigilada está dado, fundamentalmente, por la celeridad. Si la medida se demora mucho tiempo en autorizar y concretar, ya la entrega no será verosímil y los destinatarios no se presentarán a retirar el cargamento, frustrando la finalidad. Es por eso que, la dinámica propia del sistema acusatorio favorece el éxito de estas medidas por su celeridad y desformalización.

Es el fiscal, como director de la investigación, quien debe desde el primer momento valorar la pertinencia y utilidad de llevar adelante una entrega vigilada, en coordinación con las fuerzas de seguridad y organismos involucrados en la medida. En su caso, debe adoptar con urgencia todos los recaudos para no dar a conocer el hallazgo y preparar la entrega vigilada desde la consulta inicial. Cuando se requiere una coordinación internacional, es posible canalizarla a tra-

¹⁸ Consultado en [<https://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2023/05/PNG-0068-2021-001.pdf>]

vés de la PROCUNAR en el marco del Protocolo de Cooperación sobre Entregas Controladas de la Red de Fiscales Antidrogas de AIAMP¹⁹.

A instancias del MPF, es el juez de garantías quien debe autorizar la entrega vigilada en cualquiera de sus modalidades. Como regla, el artículo 193 establece que debe hacerse en audiencia unilateral y que el juez debe dictar una resolución fundada en el segundo supuesto del artículo. Pero lo cierto es que, frente a casos graves y urgentes, donde la demora en realizar la audiencia podría comprometer el éxito de la medida, resulta aplicable la excepción prevista en el artículo 144 del CPPF respecto a la solicitud por vía telefónica y la transmisión de la orden por medios electrónicos, sin perjuicio de luego dejar constancia escrita de la autorización brindada²⁰.

Habitualmente la entrega vigilada tiene como objeto un cargamento de drogas, pero lo cierto es que existen otros envíos que pueden estar relacionados con la actividad ilícita de una organización criminal: dinero, precursores químicos, sustancias de corte, armas, mercaderías lícitas, entre otros. Estos pueden ser igualmente relevantes en la medida en que permitan conocer más sobre las rutas de la organización, su estructura²¹ y en la investigación de estos delitos. Existen antecedentes, particularmente, que evidencian el éxito de esta medida en casos de contrabando de armas²², por ejemplo.

Durante el desarrollo de la medida, es fundamental una eficaz y permanente comunicación del fiscal con las fuerzas de seguridad que intervienen en la operatoria, brindando las indicaciones y sugerencias que sean necesarias para el éxito de la investigación y la posterior utilización en juicio de los elementos de prueba y piezas de convicción que permitan establecer en su momento la participación de los acusados y la existencia del delito²³. En el caso de envíos postales nacionales detectados en controles públicos de prevención contenido sustancias estupefacientes, se ha erigido como una buena práctica, por ejemplo, la orden del representante del Ministerio Público Fiscal de que la apertura de la enco-

¹⁹ Consultado en [<https://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2019/02/Protocolo-Entregas-Vigiladas-RFAI.pdf>]

²⁰ Así se ha dispuesto en el marco del caso 182721/2024 con intervención del juez Rodrigues Da Cruz del Colegio de Jueces de Garantías del Distrito Federal Rosario.

²¹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Guía de Referencia para la Implementación Estratégica de Entregas Vigiladas en el Contexto de Investigaciones sobre Drogas Sintéticas, Viena, 2024.

²² Causa CPE 1561/2018, caratulada R., R. y otros s/inf. Ley 22.415 y otros delitos.

²³ Ver [<https://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2013/12/Gu%C3%ADa-de-Buenas-Pr%C3%A1cticas-en-Materia-de-Drogas-AIAMP.pdf>]

mienda sea inmediata, que continúe en el mismo medio de transporte en el que llegó y la prohibición de que la empresa registre la interdicción de la encomienda. Ello solo es posible ante una constante comunicación de las fuerzas con la Fiscalía.

También debe prever las medidas de investigación que complementarán la entrega y sobre quienes se llevarán a cabo, entre las que se destacan: seguimientos, cámaras de filmación, vigilancia electrónica (uso de localizadores o rastreadores y de micrófonos ambientales), escuchas telefónicas y uso de informantes, entre otras medidas.

Muchas veces, el desarrollo de una entrega vigilada presenta circunstancias imprevistas que pueden ser resueltas y abordadas de manera eficaz a partir de la intervención rápida del fiscal en el marco del proceso acusatorio. A modo de ejemplo, la posibilidad de que el destinatario de la droga aporte información o colabore con la investigación²⁴ o que se identifiquen líneas telefónicas o domicilios respecto de los cuales sea necesario disponer medidas urgentes. En un caso de entrega vigilada de una encomienda en la ciudad de Salta, se advirtió que quien estaba retirando la encomienda era un cadete, por lo que se le permitió continuar, se efectuaron seguimientos, se logró identificar un vehículo que recibió el paquete, luego un inmueble en el que descendió una de las personas y el allanamiento de esa vivienda permitió el secuestro de mayores cantidades de sustancias estupefacientes y la detención de los verdaderos destinatarios²⁵.

Es fundamental registrar y lograr reconstruir la totalidad del proceso, en tanto se trata de evidencia que posteriormente debe ser incorporada válidamente al juicio para lograr acreditar la responsabilidad de las personas involucradas.

En el marco de un caso tramitado bajo el sistema acusatorio, la CFCP valoró que, en los casos de entregas vigiladas, la conducta a analizar abarca el despliegue de la maniobra delictiva considerada en su dimensión global -que incluye el despacho de la encomienda- lo cual resulta perfectamente “idóneo” para afectar el bien jurídico protegido (salud pública). Sin perjuicio de esto, entendió que, en el caso de uno de los acusados, su aporte se había concretado luego de la entrega vigilada por lo que debía aplicarse la reducción de pena prevista en el delito imposible (art. 44 del Código Penal)²⁶.

²⁴ Como ocurrió en este caso: [<https://www.fiscales.gob.ar/narcocriminalidad/los-detalles-de-la-entrega-vigilada-que-permitio-desarticular-una-organizacion-que-exportaba-e-importaba-estupefacientes/>]

²⁵ Legajo Coirón 112588/2023, Carpeta Judicial 7137/2023, G., D. R. y otros s/ infracción ley 23.737.

²⁶ Cámara Federal de Casación Penal, Sala 4, F., R. R. y otros s/ impugnación, FSA 13439/2019/18, 18/06/2020, Registro nº 8.

En definitiva, la entrega vigilada se presenta como una medida particularmente útil en casos de crimen organizado para identificar a los niveles superiores y desarticular las organizaciones criminales, especialmente relacionados al tráfico de drogas, cuya implementación se ve especialmente favorecida por los principios del sistema acusatorio y la regulación establecida en el CPPF.

El recupero de bienes y activos ilícitos en la Argentina

J. Agustín Chit*

I. Recupero de activos: ¿qué es y a qué responde?

En el contexto de la lucha contra la criminalidad organizada y la delincuencia económica transnacional, el recupero de activos se erige como una herramienta estratégica de primer orden. Más allá del castigo penal individual, esta política criminal busca neutralizar el motor económico que sostiene a las organizaciones delictivas, en tanto, el principal incentivo del crimen organizado es la obtención de beneficios económicos ilícitos. Privar a estas estructuras de sus recursos constituye, por ende, un objetivo prioritario para el Estado de derecho¹.

El decomiso y la administración eficaz de los bienes y productos del delito no solo limitan la capacidad operativa de las redes criminales, sino que permiten, además, resarcir a las víctimas, recuperar activos públicos y reducir los niveles de impunidad.

Este enfoque ha sido reconocido por numerosos instrumentos internacionales, como la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (ONU), Viena 1988, aprobada por ley 24.072 (B.O. 14/4/1992); la Convención Interamericana contra la Corrupción, Caracas de 1996, aprobada por ley 24.759 (B.O. 17/1/1997); la Convención sobre la Lucha Contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Trans-

* Abogado (UNT). Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal (Universidad Torcuato Di Tella). Fiscal Federal nro. 3 de la Provincia Tucumán. Docente en grado de la Universidad San Pablo Tucumán, Escuela de Derecho, Cátedra de Derecho Procesal Penal y en postgrado de la Universidad Nacional de Tucumán, Facultad de Derecho, Especialización de Derecho Procesal.

¹ COLOMBO, Marcelo y STABILE, Agustina. *Reformas legales necesarias en materia de recuperación de activos. LA LEY 2005-D, 1400; RUIZ, Sebastián. El decomiso de bienes cuya titularidad pertenece a terceros que no han sido condenados en la sentencia.* Tesis de Maestría consultada en [<https://repositorio.utdt.edu/server/api/core/bitstreams/dca90f34-9f8f-42f2-b848-a84af6e270a7/content>]

acciones Comerciales Internacionales, (OCDE), París, de 1997 aprobada por ley 25.319 (B.O. 18/10/2000); el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, Nueva York, de 1999 aprobado por ley 26.024 (B.O. 19/4/2005); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Palermo, de 2000, aprobada por ley 25.632 (B.O. 30/8/2002); la Convención Interamericana contra el Terrorismo, Bridgetown, de 2002 aprobada por ley 26.023 (B.O. 18/4/2005); y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York, de 2003 aprobada por ley 26.097 (B.O. 9/6/2006), que imponen a los Estados parte la obligación de contar con marcos normativos eficaces para el decomiso, la gestión y la recuperación de activos.

En tal sentido, resulta imprescindible incorporar las directrices y recomendaciones emanadas de organismos internacionales especializados, como el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), que en su Recomendación 30 exige la realización de investigaciones financieras paralelas en los casos que involucren ganancias ilícitas, y la Recomendación 4, que impone a los Estados la obligación de contar con medidas efectivas para el decomiso de bienes de origen delictivo sin necesidad de una condena penal previa.

Asimismo, las Guías elaboradas por la Procuración General de la Nación a través de la Dirección General de Asesoramiento Económico y Financiero en las Investigaciones (DAFI), tales como el *Manual de delitos económicos: tipologías y herramientas de investigación* (2022) y la *Guía de investigación financiera* (2017) y, sobre todo, la *Guía de medidas cautelares para el recupero* (2018), elaborada por la Dirección General de Recupero de activos y decomiso de bienes (DGRADB), y, finalmente, la *Guía práctica para la identificación, trazabilidad e incautación de criptoactivos* (2023) proporcionan estándares metodológicos y operativos indispensables para una adecuada articulación entre la persecución penal y el decomiso patrimonial. El seguimiento de los estándares presentados en estas guías representará el fiel cumplimiento de los estándares internacionales en materia de lucha contra el crimen organizado y la implementación de políticas de decomiso.

El recupero de activos constituye una estrategia de política criminal orientada a desarticular las estructuras económicas delictivas y restituir a la sociedad los bienes y ganancias obtenidas ilegítimamente. Por eso, el decomiso como principal medida de ejecución del recupero de activos cumple “[...] una función

reparatoria del daño social causado, por lo que resulta importante otorgarle un sentido de restauración de la justicia y restablecimiento del equilibrio perdido, destinado a recuperar para la comunidad los activos obtenidos o utilizados en la comisión de los delitos socialmente dañosos [...]”².

Es que las políticas eficientes de recupero de activos traen consigo diversos efectos interconectados entre sí, tales como reparar el daño social causado por estos fenómenos criminales, incidir con mayor eficiencia sobre dichos fenómenos y sobre la configuración actual de distintos mercados criminales, evitar que esos activos sean utilizados para retroalimentar circuitos criminales, potenciar las investigaciones “tradicionales” y la recolección de evidencia tendientes a demostrar la responsabilidad penal de los/as intervenientes, disminuir los incentivos de quienes cometan estos delitos, como enfoque de reducción de mercado (*market reduction approach*), concientizar y movilizar a la sociedad civil, un aliado clave del MPF, mejorar la imagen de las instituciones judiciales, y fortalecer al Estado democrático, ya que en ciertos contextos las organizaciones criminales y las economías ilícitas pueden condicionar gravemente el diseño y la implementación de las políticas públicas.³

Como señala la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), el decomiso de bienes de origen ilícito no infringe el derecho de propiedad, y ha sostenido consistentemente que los jueces tienen el deber de garantizar que el delito no genere beneficios para el infractor. En este sentido, ha afirmado que “los jueces tienen el deber de resguardar, dentro del marco constitucional estricto, la razón de justicia, que exige que el delito comprobado no rinda beneficios” (Fallos: 283:66; 254:320; 320:277; 320:1038; 320:1472; 320:1717; 321:2947; 323:929; 325:3118, entre otros).

Es que la propiedad adquirida en base a la comisión de hechos ilícitos está viciada en su origen y, en consecuencia, no puede sostenerse válidamente un derecho respecto de ésta, pues al no hallarse en ‘estado legal’ no tiene el amparo constitucional a la inviolabilidad de la propiedad⁴. Por ello, este proceso incluye tanto el decomiso penal como medidas civiles (restitución e indemnización),

² CFCP, Sala IV, A., M. J. s/ recurso de casación e inconstitucionalidad, 09/06/2005.

³ CARRARA, Agustín. *Guía teórico-práctica sobre recupero de activos y persecución penal estratégica*, Madrid, Ed. Programa El Paccto, 2019.

⁴ Ver MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1997, citado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 2 en el Incidente de Devolución de Bienes Registrales formado en el marco de la causa nro. 3255, P., J. D. s/ infracción artículo 5to., inciso ‘c’ de la ley 23.737, rta. 28 de agosto de 2023.

destacándose su carácter instrumental, no meramente represivo, en tanto apunta a la neutralización patrimonial de las organizaciones delictivas.

Ahora bien, cabe aclarar que en la actualidad la concepción sobre el decomiso como una forma de pena accesoria a la condena, tal como fue concebido en la redacción original del artículo 23 del Código Penal, tiene por lo menos un bajo número de adherentes. Y es que, hoy, en consonancia con el cumplimiento de los acuerdos y tratados internacionales, cuyo principal objetivo es bloquear el aprovechamiento de lo generado con la actividad delictual, se entiende que el decomiso no tiene más carácter punitivo -recayendo en la persona- sino que debe recaer en la cosa o bien fruto o instrumento del delito, atendiendo entonces al origen del bien. La Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes de la PGN explica que:

*“A partir de la reforma de 1999 (y mucho más desde la reforma de 2011) el sistema penal argentino incorpora en forma categórica decomisos de características *in rem*, en los que ‘[los] bienes sujetos a decomiso [...] tienen una relación específica con el delito: son instrumentos, efectos o el provecho obtenido, con independencia de que se encuentren en poder del imputado o de terceros, salvo cuando estos son de buena fe y los adquirieron a título oneroso”.*

En la práctica, aun cuando surja con tanta claridad que el movimiento de reformas legislativas de los últimos veinte años se dirigió a desarmar la idea de accesoriedad del decomiso a la condena penal, lo cierto es que el operador judicial no atiende a los argumentos y genera resistencias que impactan, sin ir más lejos, en la obtención de una medida de cautelar como es el embargo preventivo de bienes identificados. Tal como lo sostuvo hace algunos años BARBIER, “[...] En una primera aproximación a la temática que nos convoca, partimos de la premisa incontrastable de que tradicionalmente sólo se entrena a las autoridades encargadas de la persecución penal para indagar sobre la comisión de hechos delictivos y obtener —según el curso del proceso— absorciones o condenas. En tal sentido, es necesario incorporar (o, en su caso, fortalecer) al curso del proceso penal investigaciones patrimoniales de el o los sospechosos involucrados en los hechos vinculados a la criminalidad compleja. Consideramos que esta apertura en la investigación preliminar es medular para privar a los acusados de los frutos del delito. Este ob-

jetivo no sólo debe lograrse mediante la ley penal, sino que es necesario instrumentar y aplicar estrategias y medidas conjuntas entre los Poderes del Estado, elaborando una política criminal integral que posibilite un adecuado proceder para el recupero.”⁵

Por eso, aun cuando en todos los manuales, guías de buenas prácticas y publicaciones en general, se mencione esta evolución conceptual, jurisprudencial y legislativa, es necesario sostenerla en la praxis, generando antecedentes jurisprudenciales que permitan al operador judicial encontrar respaldo en antecedentes fundados y correctamente argumentados.

II. Fases del recupero de activos

Conforme al modelo adoptado por el Ministerio Público Fiscal⁶ y los estándares del GAFI, el proceso de recupero se estructura en cuatro etapas esenciales:

Investigación patrimonial

La primera etapa o fase se dirige a la identificación y localización de activos relacionados con el delito que sean pasibles de decomiso o restitución (instrumentos, objeto, producto y provecho del delito), así como los activos suficientes para garantizar la eventual imposición de una pena pecuniaria, y la indemnización civil. La investigación patrimonial encarada desde el comienzo de la investigación, es decir, desde la misma definición de la teoría del caso del acusador, permitirá conocer cuáles son los activos actuales y pasados, lícitos como ilícitos, qué acciones se han tomado respecto de ellos, dónde se ubican, qué derechos se ejercen sobre ellos, quiénes los ejercen y, finalmente, identificar los pasivos de las personas investigadas⁷.

Existe todavía un enorme déficit en relación con la determinación del patrimonio de las personas acusadas que incluso llegan a la etapa de mérito en el

⁵ BARBIER, Nicolás Francisco. *Visión integral sobre recupero de activos de origen ilícito*; BARBIER, Nicolás Francisco Barbier (dir.), Buenos Aires, Infojus, 1a ed., 2013.

⁶ Dirección General de Recupero de activos y decomiso de bienes (DGRADB), *Guía de medidas cautelares para el recupero* (2018), consultada en [<https://www.mpf.gob.ar/dgradb/files/2018/03/Gui%CC%81a-de-Medidas-Cautelares-para-el-Recupero-de-Activos.pdf>]

⁷ CARRARA, Agustín. *Guía teórico-práctica sobre recupero de activos y persecución penal estratégica*, Ibid., pág. 13.

código todavía vigente (inquisitivo reformado) donde se dictan procesamientos con embargos genéricos o incluso inhibiciones generales de bienes, asumiendo ex ante la insolvencia del procesado. Por eso, desde la Procuración General y sus organismos especializados existe un permanente incentivo para realizar investigaciones patrimoniales desde el mismo momento en que un caso ingresa en el sistema de persecución penal. Ejemplo de ello es la reciente Resolución PGN 58/24⁸, mediante la cual el Procurador General de la Nación sacó una instrucción general interino, instando a los y las fiscales a realizar de manera inicial “una exhaustiva investigación patrimonial y financiera simultánea y paralela a las medidas de prueba tendientes a determinar el objeto procesal principal con respecto a todas las personas involucradas en los hechos vinculados a la criminalidad económica, principalmente corrupción, narcotráfico, lavado de dinero, trata de personas, evasión tributaria, contrabando, terrorismo y su financiamiento” y, además, que “insten proactivamente la implementación de medidas cautelares suficientes sobre los activos que tengan una vinculación ilícita, con la finalidad de asegurar su decomiso o lograr la aplicación de la sanción correspondiente al cobro de multas y el pago de indemnizaciones”.

La importancia de la investigación patrimonial inicial radica en dar información relevante para la identificación de bienes y activos. Además, proporcionará evidencia, elementos relevantes para la teoría del caso, funcionará como polea de transmisión para la hipótesis investigativa que tengamos frente a nosotros, en tanto nos permitirá conocer relaciones, datos, domicilios, actividades, que, de la investigación carente de información patrimonial, no lograríamos tener.

Esta política criminal dentro de la Procuración General de la Nación, comenzó con claridad desde el 2009 con el dictado de resoluciones (Resolución PGN 129/2009⁹ y Resolución PGN 134/2009¹⁰) en la que se instruyó a las y los fiscales del MPFN para que, en las investigaciones que se lleven a cabo por hechos de criminalidad económica, realicen la investigación patrimonial de cada una de las personas involucradas, de manera simultánea a las medidas probatorias para acreditar la existencia de un hecho criminal; y se profundizará en los

⁸ Consultado en [<https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2024/10/PGN-0058-2024-001.pdf>]

⁹ Consultado en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2009/pgn-0129-2009-001.pdf>]

¹⁰ Consultado en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2009/pgn-0134-2009-001.pdf>]

años subsiguientes cuando se dicten las resoluciones PGN 339/2014¹¹ y PGN 341/2014¹², a partir de las cuales la Procuración General creó la Unidad de Recupero de Activos (URA) y la Oficina de Investigación Económica y Análisis Financiero (OFINEC), luego convertidas, respectivamente, en la Dirección General de Recupero de Activos y Decomiso de Bienes (DGRADB) y en la Dirección General de Asesoramiento Económico y Financiero en las Investigaciones (DAFI).

Medidas cautelares o etapa precautoria

En esta segunda fase se busca la inmovilización temprana de los bienes para impedir su disposición. Cautelar bienes de manera inicial y temprana requiere de información de calidad sobre todos los activos y bienes y también de los pasivos con que cuente la persona acusada.

Como referí, la Procuración General de la Nación mediante la Resolución PGN 129/2009¹³ instruyó a las y los fiscales Nacionales y Federales para que adopten las medidas cautelares para el aseguramiento de bienes producto de determinados fenómenos criminales (corrupción, del narcotráfico, del lavado de activos, trata de personas, evasión tributaria, contrabando y otros), con el propósito de no frustrar su recupero, al evitar, en el momento oportuno y sin dilaciones innecesarias, su libre disposición por parte de los imputados o las personas jurídicas que representan.

Resulta de enorme utilidad seguir los lineamientos establecidos en la *Guía de medidas cautelares para el recupero* (2018)¹⁴, elaborada por la Dirección General de Recupero de activos y decomiso de bienes (DGRADB) -hoy bajo la órbita de la Secretaría de Investigaciones Financieras y Recuperación de Activos Ilícitos (SIFRAI)¹⁵, creada con el fin de coordinar funcionalmente a la DAFI y la DGRADB- en tanto condensa de manera muy pormenorizada las herramientas para la correcta implementación de medidas cautelares desde el inicio de las investigaciones.

¹¹ Consultado en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2014/PGN-0339-2014-001.pdf>]

¹² Consultado en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2014/PGN-0341-2014-001.pdf>]

¹³ Consultado en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2009/pgn-0129-2009-001.pdf>]

¹⁴ Consultado en [<https://www.mpf.gob.ar/dgradb/files/2018/03/Gui%CC%81a-de-Medidas-Cautelares-para-el-Recupero-de-Activos.pdf>]

¹⁵ Consultado en [<https://www.mpf.gob.ar/sifrai/files/2024/02/PGN-0109-2023-001.pdf>]

En materia de medidas cautelares en el ámbito penal, al igual que en el ámbito civil, y a los fines prácticos de esta publicación, son dos los presupuestos fundamentales cuya configuración se exige, en forma simultánea, para habilitar el dictado de una medida cautelar: a) la verosimilitud del derecho y b) el peligro en la demora. Sin perjuicio que el lector de estas líneas conozca la conceptualización, repasemos brevemente su significado:

a. *Verosimilitud del derecho*: El derecho invocado -o los hechos en los que se funda el derecho que se pretende asegurar- debe gozar de un cierto grado de verosimilitud, es decir, de apariencia de verdad. Se trata de un juicio de mera probabilidad. Al respecto, sostiene Palacio¹⁶ que “el otorgamiento de una medida cautelar no requiere la prueba terminante y plena del derecho invocado, porque si así fuese podría ocurrir que, ínterin, se consumasen los hechos que precisamente tiende a impedir. Basta, por consiguiente, la simple apariencia o verosimilitud del derecho [...]”.

Con idéntica tesitura, la CSJN ha señalado que “[c]omo resultado de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo agota su virtualidad”¹⁷.

b. *Peligro en la demora*: En segundo término, resulta menester que exista un temor fundado de que, de no adoptarse oportunamente las medidas correspondientes, el derecho que pretende asegurarse pueda perder ejecutoriedad, como consecuencia del transcurso del tiempo, que los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes –de acuerdo con el juicio objetivo de una persona razonable– o por la propia actitud de la parte contraria¹⁸. Al respecto, se ha sostenido que el peligro en la demora está lógicamente relacionado con la duración misma de los procesos hasta el dictado de la sentencia definitiva, puesto que el reconocimiento del derecho no puede ni debe llegar tarde impiendo el cumplimiento de su mandato.¹⁹

¹⁶ PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1985, tomo VIII, pág. 317, en *Guía de Medidas cautelares [...] PGN*.

¹⁷ CSJN, Fallos: 306:2060.

¹⁸ KIELMANOVICH, Jorge L., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado*, 5^a ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, Tomo I, pág. 454, en *Guía de Medidas Cautelares [...] PGN*.

¹⁹ ARAZI, Roland, *Derecho procesal civil y comercial Partes general y especial*, Ciudad de Buenos

Si bien ambos requisitos deben encontrarse presentes en cada caso, su evaluación debe efectuarse integralmente, toda vez que la mayor gravitación de uno de ellos acarrea una exigencia menor en lo que concierne al restante. En otras palabras, a mayor verosimilitud del derecho, se demanda un menor peligro en la demora, y viceversa.

La legislación argentina prevé un número considerable de instrumentos para cautelar de manera efectiva bienes y activos productos del delito. Así (1) embargo preventivo (art. 518 CPPN); (2) clausura preventiva (art. 10 de la Ley N° 23.737); (3) secuestro (art. 231 CPPN); (4) inhibición general de bienes (art. 518); (5) intervención o administración judicial (arts. 222 y ss. CPCCN); (6) prohibición de innovar (art. 230 CPCCN); (7) prohibición de contratar (art. 231 CPCCN); (8) anotación de litis; y (9) medidas genéricas (art. 232 CPCCN), entre las que se destacan la cancelación de CUIT y el congelamiento de productos bancarios²⁰.

La administración de bienes cautelados

Esta constituye una etapa fundamental en el proceso penal orientado al recupero de activos generados por la actividad criminal. Esta fase implica la conservación y gestión de los bienes afectados, procurando evitar su depreciación para asegurar que, al dictarse la sentencia definitiva, su ejecución pueda materializarse sin inconvenientes. Sin embargo, la falta de un registro actualizado y fiel de los bienes cautelados genera múltiples dificultades, tales como la pérdida o el extravío de activos, errores en la identificación y, por ende, complicaciones posteriores al momento de ejecutar el decomiso o realizar su disposición final. Además, el deterioro inevitable de ciertos bienes debido al paso del tiempo implica una depreciación significativa en su valor, lo que limita considerablemente su utilidad para reparar el daño causado a las víctimas y perjudica la finalidad última del proceso de recuperación de activos.

En el ámbito internacional, diversos sistemas ofrecen modelos comparados que ilustran distintos enfoques sobre la recuperación y administración de activos provenientes del delito. Es sabido que cuando se adoptan medidas cautelares se

Aires, Editorial Astrea, 2º edición actualizada y ampliada, 1998, pág. 560, en *Guía de Medidas Cautelares [...] PGN*.

²⁰ *Guía de Medidas Cautelares para el Recupero de Activos, ibidem*.

persigue salvaguardar los bienes con el objeto de que puedan ser posteriormente decomisados o utilizados como prueba. *Los bienes que se decomisan provisionalmente son enormemente variados: buques, aeronaves, vehículos, ordenadores, teléfonos móviles, bienes inmuebles, joyas, empresas, explotaciones agrícolas o marítimas, activos financieros, dinero, etc. A ello se une que en muchas ocasiones la instrucción penal se extiende mucho en el tiempo, por tratarse de asuntos enormemente complejos, con multitud de partes acusadoras y acusadas. Todo esto genera evidentes problemas relacionados con la gestión, administración y conservación de los bienes provisionalmente decomisados. Incluso en ocasiones los efectos incautados o embargados son fuente de riesgos para la salud o la seguridad de los ciudadanos.*²¹

El G-8, grupo de países industrializados con mayor peso a nivel mundial, se ha preocupado mucho en los últimos años por el decomiso de los bienes de origen delictivo y ha elaborado un documento de mejores prácticas para la administración de bienes decomisados²². El documento propone criterios de eficiencia y rentabilidad para la administración siendo una posibilidad crear fondos de Bienes Decomisados, bajo la dirección de un organismo con competencias para la gestión de esos bienes y controles estrictos en su ejecución. Asimismo, señala que esos controles deben estar a cargo de autoridades que dividan roles y responsabilidades evitando el control pleno en una o pocas personas, como, además, que no pueda recibir oficialmente una *recompensa económica personal* relacionada con el valor de un decomiso, ni los fondos destinados a la administración de los bienes deben ser utilizados para fines personales.

Además, señala que en base al principio de transparencia sobre el que debe estar erigida la administración de los bienes, la gestión administrativa deber ser sometida a auditorías y controles independientes de expertos. Para ello propone el empleo de los sistemas de la tecnología de la información (TIC) para la administración de los bienes decomisados, en tanto *pueden ser extremadamente útiles, por ejemplo, para rastrear y manejar el inventario o para gestionar los gastos*

²¹ OEA, Grupo de Expertos para el Control del Lavado de Activos de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de la Organización de Estados Americanos (CICAD/OEA): *Sistemas de Administración de Bienes de América Latina y Guía para la Administración de Bienes Incautados y Decomisados del Crimen Organizado*, (ISBN 978-0-8270-5705-0) 2011, pág. 15.

²² G8, Best Practices for the Administration of Seized Assets, G8 Lyon/Roma Group. Criminal Legal Affairs Subgroup. Final version dated April 27, 2005, citado en *Sistemas de Administración de Bienes de América Latina y Guía para la Administración de Bienes Incautados y Decomisados del Crimen Organizado*, *ibid.*

que generan los bienes decomisados, así como para mantener un sistema transparente de administración.

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) ha elaborado un documento de mejores prácticas sobre el comiso de bienes²³. Con él se pretende proporcionar ayuda a los países para una adecuada aplicación de las Recomendaciones 3 y 30 de las cuarenta recomendaciones contra el blanqueo de capitales elaboradas por este organismo internacional. La idea de este documento es poner de relieve la importancia de disponer de un sistema robusto de medidas provisionales y de comiso para hacer frente al blanqueo de capitales. El documento señala, además, que “*La mejora de la eficacia del comiso precisa, entre otras cosas, que se disponga de un programa de gestión y administración de los bienes decomisados y embargados. El documento de buenas prácticas alude específicamente a los métodos de administración de tales bienes, que en función de su naturaleza y las circunstancias de cada caso, puede ser alguna de las que indica, o bien una combinación de ellas. En concreto alude a:* • la posible existencia de autoridades competentes para la administración de los bienes, • que se delegue la misma en contratistas, • que sea un administrador designado por el Tribunal, o • finalmente, que la persona que posea los bienes pueda administrarlos, aunque con restricciones especialmente en cuanto a su uso y venta (buena práctica nº 26).”

En los Estados Unidos, La Ley Integral de Control del Delito de 1984 estableció el Fondo de Decomiso de Bienes del Departamento de Justicia²⁴ (AFF o el Fondo) para recibir el producto del decomiso. El Fiscal General de los EU está autorizado a utilizar el Fondo de Decomiso de Bienes para cubrir los gastos necesarios asociados con las operaciones de decomiso, como la incautación, la detención, la administración, el decomiso y la disposición de bienes. El Fondo también puede utilizarse para financiar ciertos gastos generales de investigación. Se prevé un decomiso civil o “*civil forfeiture*” que permite una acción independiente del proceso penal tradicional, lo que facilita la recuperación de activos vinculados a actividades ilícitas incluso sin necesidad de una condena previa en sede penal. Este procedimiento se encuentra regulado bajo un estándar probatorio menos exigente, conocido como “preponderancia de la evidencia”, lo cual implica que es suficiente demostrar que es más probable que los bienes

²³ GAFI, Best Practices. Confiscation. (Recommendations 3 and 38)- 19 February 2010 citado en *Sistemas de Administración de Bienes de América Latina y Guía para la Administración de Bienes Incautados y Decomisados del Crimen Organizado*, (ISBN 978-0-8270-5705-0) 2011, pág. 18.

²⁴ Consultado en [<https://www.justice.gov/afp/assets-forfeiture-fund-aff>]

tengan un origen ilícito o hayan sido utilizados en actividades delictivas. Este sistema se respalda en estructuras institucionales especializadas, destacando particularmente el Department of Justice Asset Forfeiture Program, cuya función es administrar eficientemente los activos incautados y asegurar que estos sean destinados de forma efectiva a la reparación del daño causado por el delito o a la financiación de iniciativas públicas orientadas a prevenir la criminalidad. En Colombia, por ejemplo, la Ley 1708/2014 sobre extinción de dominio establece un procedimiento autónomo, bajo estándares probatorios menores que los penales, gestionado administrativamente por la Sociedad de Activos Especiales (SAE). Específicamente, la ley colombiana creó un órgano de administración de los bienes, más concretamente el Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado –FRISCO–, que la ley define como: i) una cuenta especial, ii) sin personería jurídica, iii) administrada por la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. –SAE–. Respecto de la SAE, es preciso señalar que se trata de una sociedad de economía mixta del orden nacional, autorizada por la ley, de naturaleza única y sometida al régimen del derecho privado, de acuerdo con las políticas trazadas por el Consejo Nacional de Estupefacientes o su equivalente. Así mismo, precisa que el objetivo de la administración de bienes será: “[...] fortalecer el sector justicia, la inversión social, la política de drogas, el desarrollo rural, la atención y reparación a víctimas de actividades ilícitas, y todo aquello que sea necesario para tal finalidad”²⁵.

España, mediante la Ley 1/2015, ha adoptado un sistema jurídico avanzado que incorpora tanto el decomiso ampliado como el autónomo, configurando instrumentos procesales especializados orientados a la persecución efectiva del patrimonio ilícito derivado de actividades criminales complejas. La responsabilidad administrativa de la gestión y conservación de estos activos recae en la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA)²⁶, institución especializada adscrita al Ministerio de Justicia, cuya finalidad principal radica en garantizar la integridad y sostenibilidad económica de los bienes intervenidos. Tiene

²⁵ INTERNATIONAL CRIMINAL INVESTIGATIVE TRAINING ASSISTANCE PROGRAM (ICITAP) OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC). *Extinción del Derecho de Dominio en Colombia. Nuevo Código de Extinción de Dominio colombiano.* 2015, pág. 181, consultado en [https://www.unodc.org/documents-colombia/2017/Marzo/La_extincion_del_derecho_de_dominio_en_Colombia.pdf]

²⁶ Consultado en [<https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11427-consolidado.pdf>] y para más información: [<https://www.mjusticia.gob.es/es/areas-actuacion/oficina-recuperacion-gestion>]

como función auxiliar a los órganos judiciales y fiscalías y, por ello, tiene facultad de realizar investigaciones patrimoniales para lograr la localización, recuperación, conservación, administración de bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal. Es interesante señalar que puede gestionar cualquier tipo de bienes tales como, vehículos, embarcaciones, productos textiles y mercancías, productos petrolíferos, monedas, joyas, metales preciosos, obras de arte, reciclaje de residuos con la finalidad de obtener un rendimiento económico.

En el Reino Unido, la Ley de Productos del Delito del 2002 (Proceeds of Crime Act - POCA)²⁷ estableció mecanismos de recuperación civil, gestionados por la Agencia de Recuperación de Activos (National Crime Agency - ARA), encargada tanto de la investigación como de la administración de activos delictivos. La National Crime Agency no solo se ocupa de la identificación temprana y precisa de los bienes susceptibles de decomiso, sino también de garantizar su conservación y valorización durante el proceso judicial. Adicionalmente, esta agencia promueve la cooperación interinstitucional tanto a nivel nacional como internacional, fortaleciendo así el alcance y la efectividad de las medidas destinadas a neutralizar las ventajas económicas derivadas del delito y a contribuir, en última instancia, a la reparación social del daño ocasionado por las actividades ilícitas.

En el contexto argentino, el marco normativo para la administración de bienes es absolutamente caótico y no permite una administración planificada que gestione de manera inteligente el destino de los bienes decomisados. Es conocido que la ley N° 20.785 regula -desde el año 1974- la custodia y disposición de bienes objeto de secuestro en causas penales de la justicia nacional y federal.

Para el 2011, el Poder Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (nombre que portaba el Ministerio en ese momento), dictó el Decreto 826/2011²⁸ por el cual se creó el *Registro Nacional de Bienes Secuestrados y Decomisados durante el Proceso Penal* en el ámbito de la Secretaría de Asuntos Registrales. Según sus considerandos, se pretendía “[...] la creación de un organismo único que registre la totalidad de los bienes secuestrados, decomisados o afectados a una medida cautelar en el marco de un proceso penal.”. Además de que, por medio de este organismo, se “[...] centralice la fun-

²⁷ Consultado en [<https://www.gov.uk/government/collections/proceeds-of-crime-act-2002-codes-of-practice>]

²⁸ Consultado en [<https://www.argentina.gob.ar/nORMATIVA/nACIONAL/183500/texto>]

ción de registro, valuación y localización de la totalidad de los bienes secuestrados, decomisados o afectados a una medida cautelar en el marco de un proceso penal, además de dar respuesta a los señalamientos efectuados en el ámbito internacional, representa un aporte indispensable en la implementación de los dispositivos normativos necesarios para la recuperación de activos de origen ilícito”.

Mediante resolución ministerial N° 1277/2011 se estableció que el Registro tendría las siguientes funciones: a) Recibir la información enviada por las autoridades de la justicia penal federal y nacional, así como la remitida por las autoridades de la justicia penal de las provincias que adhieran al presente régimen, en lo concerniente a bienes secuestrados, decomisados o afectados a una medida cautelar en el marco de un proceso penal; b) Conformar y mantener actualizado el Registro; c) Asistir a su superioridad en el análisis de los temas legislativos sometidos a consideración y en la elaboración de los dispositivos normativos relacionados a su área específica; d) Proponer normas administrativas y de procedimiento relativas a los trámites registrales de su competencia; e) Elaborar, ante requerimiento de autoridad competente, informes relativos a identificación, registración, valuación y localización de los bienes sujetos a registración; f) Confeccionar estadísticas de los bienes secuestrados, decomisados o afectados a una medida cautelar; g) Brindar acceso a la base de datos contenida en el sistema informático del Registro al solo efecto de “consulta” a la Unidad de Información Financiera de este Ministerio; h) Coordinar con las autoridades competentes la realización de tareas vinculadas a las funciones a su cargo y los procedimientos a aplicar para la mejor racionalización de los trámites registrales; i) En general realizar todo otro acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones y de los objetivos de su creación.

Ahora bien, luego de la sanción de diversas normas vinculadas a identificar y cautelar bienes con fines de decomiso por diferentes fenómenos criminales (trata, narcotráfico, delitos aduaneros, delitos contra el orden económico y financiero), recién para el año 2018, la Corte Suprema de Nación elaboró la Acordada 02/2018 Reglamento Bienes Decomisados²⁹. Allí, el máximo tribunal parece entender que la custodia y mantenimiento de bienes requiere medidas que implican erogaciones públicas y por ello corresponde darle a esos bienes “una finalidad de utilidad pública de modo tal que, a la par de asegurarse su con-

²⁹ Consultado en [<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/305000-309999/306954/norma.htm>]

servación, toda la sociedad se beneficie de ellos”. Así, la Corte recordó que a través de las acordadas 1/2013 y 33/2015 se creó la “*Base General de Datos de Bienes Secuestrados y/o Comisados en causas Penales de competencia de la Justicia Nacional y Federal*”, con la obligación de los tribunales de cargar el detalle completo de todos aquellos bienes de cualquier naturaleza que se encuentren sometidos a una decisión jurisdiccional penal.

Asimismo, el reglamento establece que, jueces y juezas deberán “[...] extender las medidas para que la venta de los efectos secuestrados en las condiciones establecidas en la ley 20.785, así como de los objetos decomisados, se produzca sin demora.” Además, establece que el producido de la venta de los bienes vendidos como también depósitos de dinero, títulos y valores deben ser depositados en cuentas de los tribunales intervenientes.

En relación con bienes muebles secuestrados, la acordada de la CSJN establece que los bienes muebles registrables y no registrables que, por su valor económico y cultural, pueden cumplir una utilidad social podrán razonablemente ponerse a disposición del Tribunal cuyo trámite se hará por intermedio de la Subdirección de Gestión Interna y Habilitación, dependiente de la Secretaría General de Administración de esta Corte. El bien podrá ser asignado provisoriamente para el uso del Poder Judicial de la Nación y de las fuerzas de seguridad, exclusivamente conforme a sus funciones y dentro del territorio nacional.

También podrá ser asignado provisoriamente en carácter de depositario judicial a entidades con fines de interés público, para el cumplimiento de sus objetivos específicos y uso dentro del territorio nacional, conforme a los requisitos que fije el Tribunal.

En el nuevo sistema acusatorio, el CPPF pone en cabeza de la Oficina Judicial el resguardo de los bienes secuestrados, en tanto debe “*custodiar los objetos secuestrados en los casos que corresponda*³⁰”, como también que estos sean “[...]

³⁰ CPPF art. 58: Oficina judicial. Los jueces serán asistidos por una oficina judicial cuya composición y funcionamiento defina la Ley de Organización y Competencia de la Justicia Penal Federal y Nacional. A su director o jefe le corresponderá como función propia, sin perjuicio de las facultades e intervenciones de los jueces previstas por este Código, organizar las audiencias, organizar todas las cuestiones administrativas relativas a los jurados, dictar los decretos de mero trámite, ordenar las comunicaciones, custodiar los objetos secuestrados en los casos que corresponda, llevar al día los registros y estadísticas, dirigir al personal auxiliar, informar a las partes y colaborar en todos los trabajos materiales que los jueces le requieran. A tal fin, deberá confeccionar una carpeta judicial donde asentará la actividad que realice para cada uno de los casos, bajo el principio de desformalización. La delegación de funciones jurisdiccionales a la oficina judicial tornará inválidas las actuaciones realizadas y será considerada falta grave y causal de mal desempeño.

descriptos, inventariados y puestos bajo custodia segura para evitar su modificación o sustitución³¹.

Los avances y retrocesos en la administración de bienes como, también, la atomización de los organismos que intervienen según el tipo de delito que diera origen a la cautela del bien, atenta contra la buena y correcta administración de estos. Un ejemplo claro es el enorme problema que representa para las fuerzas de seguridad recibir, ubicar, controlar, mantener y resguardar elementos secuestrados de la actividad de contrabando, y que por el paso del tiempo esos bienes no pueden ser entregados a entidades sociales que den un uso social. Al contrario, las fuerzas de seguridad carecen en su mayoría, de vehículos civiles no identificables para realizar tareas investigativas y esperan de la asignación eterna por parte del sistema de justicia envuelto en su propia burocracia.

Adopción de decisiones definitivas: el Decomiso como principal medida de recupero

Luego de la condena, dependerán del éxito de la estrategia precautoria orientada desde el inicio de las actuaciones hacia la efectiva satisfacción de todas estas responsabilidades pecuniarias. Es por ello que, si bien el análisis pormenorizado de dichas categorías escapa a este documento, a continuación, se formulan algunas consideraciones al respecto.

Tal como señalé al comienzo, el objetivo principal es desapoderar a las organizaciones criminales del producto de su actividad ilícita o, en su caso, de los bienes que funcionaron como instrumento para la concreción del delito. Rápidamente corresponde recordar que el art. 23 del Código Penal diferenció los posibles decomisos según el uso u origen del bien, como también diferencia si el bien se encuentra en poder de un tercero de buena o mala fe. Es decir, habrá que descartar en cada caso que la persona que tiene propiedad sobre un bien objeto de decomiso haya desconocido, al momento de su adquisición, su origen ilícito.

No es un obstáculo que el tercero no sea perseguido penalmente porque, como se dijo anteriormente, la posición actual de nuestra legislación y doctrina hace recaer al decomiso sobre la cosa y no ya sobre la persona.

³¹ CPPF art. 148: Procedimiento para el secuestro. Serán de aplicación para el secuestro las normas previstas para la requisita y el registro. Los efectos secuestrados serán descriptos, inventariados y puestos bajo custodia segura para evitar su modificación o sustitución.

Es sumamente importante señalar, siguiendo los lineamientos de la Procuración General de la Nación, que, “*tanto respecto de los instrumentos como del producto del delito, el decomiso puede recaer sobre elementos por los cuales estos hayan sido reemplazados, sustituidos o transformados total o parcialmente, así como respecto de los ingresos u otros beneficios derivados de dicho producto o de su transformación*”³².

También es posible decomisar bienes de origen lícito de valor equivalentes a los bienes que hayan sido instrumento o producto del delito. Siguiendo a CARRARA³³, este entiende que corresponde la fungibilidad de las ganancias ilícitas, sin importar de qué tipo de bien se trate, en tanto, “[...] si el patrimonio de una persona se ha incrementado en X medida por el ingreso de activos cuya adquisición ha sido ilícita, en definitiva es esa X medida la que se está decomisando, al margen de que eso se refleje en el recupero del bien A o del bien B”.

También en nuestro país existe la figura del *decomiso sin condena* que responde a criterios específicos de política criminal, puesto que ha sido receptado para determinados fenómenos criminales. Así, el art. 23 del Código Penal establece que, en caso de los delitos contra el orden económico y financiero, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes.

En igual sentido, el artículo 305 del Código Penal reguló el decomiso en casos de lavado de activos en idéntica redacción y estableció un procedimiento para el reclamo en sede civil cuando se discuta el origen, la naturaleza o propiedad de los bienes, a través de una acción administrativa o civil de restitución, y que, cuando el bien hubiere sido subastado sólo se podrá reclamar su valor monetario. La jurisprudencia también receptó favorablemente y en muchos casos ordenó el decomiso anticipado no sin cuestionamientos y un férreo litigio por parte de los sujetos intervenientes.³⁴

³² Guía de Medidas Cautelares para el Recupero de Activos, *ibidem*, pág. 20.

³³ CARRARA, Agustín. *Guía teórico-práctica sobre recupero de activos y persecución penal estratégica*, *Ibid.*, pág. 19.

³⁴ Ver Juzgado Federal de Resistencia 1, Expte. FRE 2760/2018, H. y Otros s/infracción Art. 303 CP, 30 de noviembre de 2020.

Con la sanción del nuevo código procesal penal federal, se incorporó la posibilidad de decomisar bienes sin condenas para los casos de comisión de delitos de narcotráfico y de trata de personas. En ese sentido, el art. 310 del CPPF estableció que para los procesos en los que se investigue la comisión de los delitos de narcotráfico (artículos 5º inciso c), 6º primer y tercer párrafo y 7º de la Ley N° 23.737), delitos de trata de personas (artículos 145 bis y 145 ter) y delitos contra el orden económico y financiero (Título XIII del Libro Segundo del Código Penal), cuando existieren indicios vehementes y suficientes de que las cosas o ganancias, a las que se alude en el presente artículo, son fuente o provienen de objeto ilícito o han servido para cometer el hecho, el juez interviniente ordenará, a pedido fiscal, su decomiso por auto fundado, aun antes del dictado de sentencia.

En el año 2019, el Estado nacional, mediante el Decreto 62/2019³⁵, creó el *Régimen Procesal de la Acción Civil de Extinción de Dominio* con el objetivo de dar herramientas al Ministerio Público Fiscal para obtener, por vía de una acción civil, la extinción del derecho sobre los bienes que hayan sido mal habidos por efecto de actos de corrupción o crimen organizado. Se buscó con esta acción civil disminuir tanto los tiempos como las exigencias probatorias para una efectiva política de recupero de activos y bienes instrumento o producto del delito. Así, estableció un proceso sumarísimo en sede civil, condicionado a la previa cautela de bienes en el proceso penal, el instituto de *Extinción de dominio*, que será en palabras del Estado una “*acción civil de carácter patrimonial a través de la cual, a raíz de la sospecha fundada sobre la comisión de un delito grave, el Estado cuestiona la titularidad de un bien cuando no se corresponde razonablemente con los ingresos de su tenedor, poseedor o titular, o representa un incremento patrimonial injustificado.*”

III. Conclusión

El recupero de activos constituye hoy una herramienta esencial en la lucha contra la criminalidad económica, organizada y transnacional. Argentina ha avanzado significativamente con reformas que permiten el decomiso sin condena

³⁵ Consultado en [<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-62-2019-319068/texto>]

penal, pero aún persisten desafíos operativos en materia de investigación patrimonial, coordinación institucional y gestión eficiente de los bienes decomisados. Se debe priorizar las políticas de recupero de activos, destinando una mayor cantidad de recursos para desarticular las redes de criminalidad y ponerlas como objetivo principal en las investigaciones, en pie de igual con la vocación condenatoria. Ello permitirá enriquecer a las propias hipótesis acusatorias y se consolidará el principio sobre el que cabalga esta política, que no es otro que: el delito no puede rendir frutos.

La experiencia comparada ofrece modelos institucionales robustos, con agencias especializadas y marcos normativos autónomos, que podrían ser adaptados para fortalecer el sistema argentino e incrementar los recursos que tiene el Estado para implementar políticas que mejoren la calidad de vida de los ciudadanos.

La publicación de un extracto de la condena dictada contra la persona jurídica: una pena a repensar desde el entorno digital y el lenguaje claro, en el marco del proceso acusatorio

Daniel Schurjin Almenar*

I. Introducción

Son diversos los casos en que la legislación argentina prevé que las empresas, en caso de resultar condenadas por la comisión de delitos, son pasibles de afrontar la pena de “publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica”.

Tradicionalmente, esta pena se cumplía mediante la publicación en periódicos de gran circulación y en el boletín oficial, ambos medios impresos. Sin embargo, estamos en un contexto donde el consumo de diarios en soporte papel ha disminuido considerablemente¹, desplazado por el acceso a la información por distintas vías digitales, que incluyen a las redes sociales.

Dentro de ese marco, y asumiendo que el acceso de la población en general al boletín oficial es poco representativo², se plantea la interrogante sobre la ef-

* Abogado (UBA). Especialista en Administración de Justicia (UBA), en Derecho Informático (UBA –título en trámite-) y en Ministerio Público (UBA –título en trámite–). Subsecretario letrado PGN. Auxiliar fiscal. Docente universitario de grado y posgrado.

¹ Al respecto, ver BELINCHE, Adrián, *Ocaso del papel: “El Día” vende apenas 7 mil diarios, y Clarín menos de 400 en La Plata*, consultado en <https://infocielo.com/sociedad/ocaso-del-papel-el-dia-vende-apenas-7-mil-diarios-y-clarin-menos-400-la-plata-n794879>.

² A la hora de trazar esa afirmación no contamos con elementos estadísticos, pero tenemos en cuenta que: (a) la utilización de un lenguaje técnico legal y administrativo, como el que emplea el BO, resulta complejo para el público general; (b) el contenido del Boletín Oficial se centra en leyes, decretos y resoluciones gubernamentales, que no son de interés cotidiano para la mayoría de las personas; (c) el BO, a pesar de su gran importancia, recibe un magro nivel de difusión en los medios de comunicación masivos y (d) la inexistencia de una necesidad para el grueso de la población de leer por completo las extensas publicaciones que suele contener el BO (todo esto, dicho sin perjuicio de la relevancia que el Boletín Oficial tiene, de por sí, como herramienta fundamental para profesionales del derecho, funcionarios públicos y empresas, quienes necesitan estar al tanto de la normativa vigente).

cacia y el sentido de esta sanción en los tiempos actuales. Este artículo tiene como objetivo analizar la vigencia y los posibles ajustes que podrían implementarse a fin de que la pena en cuestión cumpla con su propósito de sancionar públicamente a las empresas condenadas, sin perder efectividad.

Para ello, se examinará la normativa nacional e internacional que contempla este tipo de sanción, la evolución de su aplicación y su eficacia real en el contexto actual. Asimismo, se analizará el impacto de la publicación de la sentencia en el marco del nuevo Código Procesal Penal Federal y la necesidad de adecuar la redacción del extracto al lenguaje claro, recurriendo a herramientas tecnológicas para facilitar su comprensión por parte del público en general.

II. La centralidad de las empresas en el ámbito de los negocios y su creciente protagonismo en el Derecho penal económico

La dinámica de la economía contemporánea evidencia una creciente e indiscutible importancia de las empresas y los grandes grupos económicos como actores centrales en la vida social y económica. Esta evolución no es casual ni reciente, sino que refleja un proceso histórico en el que las corporaciones han ido incrementando sustancialmente su influencia, trascendiendo las fronteras nacionales y consolidándose como protagonistas principales del mercado globalizado actual. El impacto económico, político y social de estas entidades es tal que muchas veces supera el poder efectivo de numerosos Estados, posicionándose como actores determinantes en la configuración del orden económico internacional contemporáneo.

En consecuencia, el protagonismo adquirido por las empresas y los grupos económicos conlleva una necesaria evaluación en el ámbito del Derecho penal económico. En efecto, a medida que aumenta el poder económico y operativo de estas organizaciones, también lo hace su potencial para incurrir en conductas delictivas complejas, muchas veces más sofisticadas y dañinas que aquellas tradicionalmente atribuidas a individuos aislados. La criminalidad corporativa, por lo tanto, ha adquirido una relevancia central, obligando al sistema penal a adaptarse y desarrollar mecanismos específicos de imputación y sanción para abordar efectivamente estas formas delictivas caracterizadas por su particular complejidad estructural, económica y organizativa³.

³ BAIGÚN, David, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo)*

Esta realidad no solo interpela a la doctrina penal, sino que también exige respuestas normativas y prácticas adecuadas que reflejen la verdadera dimensión de responsabilidad que poseen las corporaciones en la comisión de delitos económicos, tales como fraudes financieros, lavado de activos, corrupción corporativa y delitos tributarios, cuyo alcance dañino es de carácter macrosocial, con afectación hacia víctimas difusas.

III. Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas

La responsabilidad penal de las personas jurídicas ha atravesado diversas etapas teóricas, legislativas y jurisprudenciales hasta alcanzar su nivel de reconocimiento actual. Desde el abandono del viejo principio *societas delinquere non potest*⁴, tres grandes esquemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas han sido identificados por la doctrina científica⁵.

En primer término, el clásico modelo de responsabilidad derivada, vicarial o de transferencia, por el cual se transfiere a la empresa la culpabilidad de la persona natural que ha actuado.

En segundo lugar, el modelo de la culpabilidad de empresa, cuyos fundamentos para responsabilizar a los entes de existencia ideal reposan en factores que tienen que ver con las propias corporaciones. Así, la responsabilidad autónoma u originaria surge directamente de una conexión entre el hecho prohibido y una característica de (o un cierto estado de cosas en) la entidad, siendo irrelevante la eventual responsabilidad de una persona humana.

Finalmente, el modelo mixto (que combina factores de los dos anteriores), en su versión más extendida, parte de la transferencia de responsabilidad como criterio de imputación, para a continuación elegir y graduar la sanción atendiendo a la culpabilidad de la empresa.

teórico), Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 1/25.

⁴ Tradicionalmente, se sostuvo el principio clásico según el cual una persona jurídica no podía delinquir dado que carecía de voluntad propia y, por lo tanto, no era susceptible de responsabilidad penal directa. Este paradigma comenzó a revisarse a mediados del siglo XX, cuando se reconoció que las organizaciones podían actuar delictivamente en su propio beneficio y con una lógica independiente a la de sus miembros individuales.

⁵ CESANO, José D., *La Ley de Responsabilidad Penal Empresaria de la República Argentina (27.401) y la Responsabilidad de la Persona Jurídica*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 73, 1 (dic. 2020), pp. 779-809. NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, La Ley 2008-C, 1139 - Sup. Penal 2008 (mayo), 56.

IV. La recepción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación argentina

En línea con los más recientes postulados de la doctrina vernácula⁶, puede señalarse que el sistema argentino viene evidenciando una expansión normativa de la noción tradicional de la responsabilidad penal en los casos en que se verifican trasgresiones al orden económico. Este movimiento se vincula con la posibilidad de considerar la responsabilidad penal de las corporaciones en manifestaciones tales como: el Régimen Penal Cambiario⁷, el Régimen Penal Aduanero⁸ y el Régimen Penal Tributario⁹, y los delitos agrupados dentro del título XIII del Código Penal, que incluyen al lavado de activos de origen ilícito¹⁰ y el financiamiento del terrorismo¹¹.

Asimismo, desde la sanción de la Ley de Responsabilidad Penal Empresaria¹², la responsabilidad penal de las personas jurídicas también es de susceptible determinación con respecto a los delitos de cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional¹³, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas¹⁴, concusión¹⁵, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados¹⁶ y balances e informes falsos agravados¹⁷.

V. Empresas, marketing, reputación y la acechanza del Derecho penal

En el contexto actual, marcado por una creciente competencia económica y una profunda exposición pública, el cuidado de la reputación corporativa se ha transformado en una clave activa para las empresas.

⁶ BARBUTO, Alberto S., *La responsabilidad penal de la persona jurídica en Argentina - In/efectividad y pronóstico respecto de la ley 27.401*, La Ley, Buenos Aires, 2024, pp. 165/171.

⁷ Ley 19.359.

⁸ Código Aduanero, Ley 22.415 (sección XII).

⁹ Ley 27.430, art. 279,

¹⁰ Código Penal, art. 303.

¹¹ Código Penal, art. 306.

¹² Ley 27.401.

¹³ Código Penal, arts. 258 y 258 bis.

¹⁴ Código Penal, art. 265.

¹⁵ Código Penal, art., 268.

¹⁶ Código Penal, arts. 268 (1) y (2).

¹⁷ Código Penal, art. 300 bis.

La reputación, entendida como el prestigio social derivado de la percepción positiva que el público tiene sobre una organización, constituye un valor intangible pero decisivo en términos económicos, comerciales y estratégicos. Así, la reputación de una empresa no solo influye directamente sobre sus resultados financieros, sino que determina en gran medida su capacidad para mantener y captar nuevos clientes, consolidar relaciones comerciales duraderas y desarrollar una ventaja competitiva sostenible en el tiempo.

En efecto, las estrategias modernas de marketing enfatizan cada vez más la importancia de construir vínculos sólidos de confianza entre la marca y los consumidores, destacando atributos como transparencia, credibilidad y responsabilidad social corporativa. Una empresa que goza de buena reputación no solamente logra incrementar el valor percibido de sus productos o servicios, sino que además se posiciona como un actor confiable, incrementando su capital simbólico frente a la competencia. De esta forma, la confianza del público en la marca se traduce en fidelidad del cliente, expansión del mercado potencial y una mejor capacidad para afrontar situaciones críticas, incluyendo eventuales crisis mediáticas o conflictos reputacionales.

En definitiva, la reputación corporativa ha dejado de ser un aspecto secundario en la gestión empresarial para transformarse en un objetivo estratégico prioritario. El adecuado cuidado de la imagen pública, estrechamente asociado con prácticas comerciales éticas, comunicación transparente y acciones concretas de responsabilidad social, se presenta como un elemento central no solo para el éxito económico inmediato, sino también para garantizar la sostenibilidad empresarial a largo plazo.

En consecuencia, cualquier afectación a esta reputación, como podría suceder frente a la imposición pública de sanciones por conductas ilícitas, adquiere especial relevancia, dado el potencial impacto negativo que puede tener en el vínculo de la empresa con su clientela y, en general, con toda la comunidad.

Es dentro de este marco donde despierta especial interés la pena de publicación de un extracto de la sentencia condenatoria de la persona jurídica, a su costa, que merece ser diferenciada del hecho de dar a publicidad la totalidad de un pronunciamiento judicial de esos alcances.

La publicación completa del fallo responde fundamentalmente al principio constitucional de publicidad procesal, el cual tiene por objeto garantizar la transparencia del accionar judicial y el acceso público integral a los fundamentos ju-

rídicos y fácticos de las decisiones jurisdiccionales. En este sentido, la publicación completa permite un control ciudadano sobre la actividad judicial y contribuye al fortalecimiento de la confianza pública en el sistema de justicia.

En contraste, la publicación del extracto de la sentencia condenatoria tiene un propósito sancionador específico, configurándose como una pena autónoma orientada hacia la prevención general, la retribución simbólica y la visibilización social del reproche penal dirigido específicamente a la persona jurídica condenada. Su función no es simplemente poner a disposición el contenido íntegro de la resolución, sino asegurar que la condena y el consiguiente reproche sean efectivamente conocidos por la comunidad en términos sencillos y accesibles. Esto implica que el extracto debe centrarse en la descripción clara y concisa de la conducta delictiva, la persona jurídica responsable y la sanción impuesta, sin saturar al destinatario con tecnicismos jurídicos que obstaculicen su comprensión.

Por lo tanto, mientras la publicación completa de una sentencia busca promover la transparencia y rendición de cuentas en la justicia penal, la publicación del extracto tiene un enfoque eminentemente punitivo y comunicacional, destinado a asegurar que la sociedad tome conocimiento de la condena en términos claros y eficaces, contribuyendo así a la prevención general del delito corporativo.

VI. La pena de publicación de un extracto de la sentencia condenatoria. Regulaciones del Derecho comparado y nacional

Como integrante del catálogo de reacciones punitivas susceptibles de enervarse ante la actividad delictiva empresarial, la pena de publicación de un extracto de la sentencia condenatoria impuesta a las personas jurídicas tiene antecedentes tanto en la legislación extranjera como en la normativa nacional.

Vemos así, por ejemplo, que Chile regula la publicación del extracto de la sentencia condenatoria siempre que se condene a una persona jurídica, a su costa, indicando que debe concretarse en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional¹⁸.

¹⁸ Ley (chilena) 20.393, de responsabilidad penal de las personas jurídicas, arts. 8, 13 y 14 (disponible en línea en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1008668>).

Costa Rica, a través de la Ley 9699, prevé que esta sanción accesoria sea ejecutada en medios escritos y digitales de alcance nacional¹⁹.

El Código Penal francés²⁰ contempla que cuando la ley lo prevea para las personas jurídicas, los crímenes o delitos podrán ser sancionados con diversas penas, entre las cuales se encuentra la de la publicación de la resolución adoptada o su difusión a través de la prensa escrita o por cualquier medio de comunicación al público por medios electrónicos (previsión que es superadora de la regulación que le precedió, que se refería a la difusión a través de medios de comunicación audiovisual).

En Argentina, la pena de publicación de un extracto de la sentencia condenatoria se encuentra regulada en el artículo 304, inciso 6, del Código Penal²¹, con alcances hacia el lavado de activos de origen delictivo, como así también a los delitos de financiamiento del terrorismo, abuso de información privilegiada²², manipulación de valores negociables²³, intermediación financiera no autorizada²⁴, falsoedades y omisiones en documentación contable de instituciones financieras y bursátiles²⁵ y el cohecho financiero²⁶, en virtud de lo regulado por el primer párrafo del art. 313 del Código Penal²⁷.

¹⁹ Ley (costarricense) 9699, de Responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos, art. 11, (disponible en http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=88954).

²⁰ Artículo 131-39.

²¹ Código Penal, art. 304: Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente:

1. Multa de dos (2) a diez (10) veces el valor de los bienes objeto del delito.
2. Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años.
3. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años.
4. Cancelación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad.
5. Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere.
6. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

Para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica.

Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por el inciso 2 y el inciso 4.

²² Código Penal, arts. 307 y 308.

²³ Código Penal, art. 309.

²⁴ Código Penal, art. 310.

²⁵ Código Penal, art. 311.

²⁶ Código Penal, art. 312.

²⁷ Código Penal, art. 313, primer párrafo: Cuando los hechos delictivos previstos en los artículos

También está contemplada, con una redacción análoga, en el art. 13 inc. 5º del Régimen Penal Tributario, con alcances hacia los delitos de evasión simple y agravada de tributos y de recursos de la seguridad social, aprovechamiento indebido de beneficios fiscales, apropiación indebida de tributos y de recursos de la seguridad social, obtención fraudulenta de beneficios fiscales, insolvencia fiscal fraudulenta, simulación dolosa de cancelación de obligaciones, alteración dolosa de registros y asociación ilícita fiscal²⁸.

A su vez, la pena en cuestión se encuentra prevista para todos los delitos sobre los cuales proyecta sus efectos la Ley de Responsabilidad Penal Empresaria, los cuales ya hemos enumerado²⁹.

En todos los casos enunciados, la legislación establece que la empresa condenada debe asumir los costos de la publicación del extracto de la sentencia, pero la normativa no especifica en qué medios debe efectuarse la difusión, lo que, en el presente, se presta para generar un debate sobre la efectividad de la sanción y su adaptación a las nuevas tecnologías de la comunicación.

VII. Algunas consideraciones teóricas en torno a la pena de publicación de un extracto de la sentencia condenatoria contra la persona jurídica, a su costa

En el ámbito doctrinario nacional la pena sobre la que nos venimos enfocando ha sido merecedora de consideraciones críticas, en tanto se la ha identificado como tributaria de una marcada finalidad preventivo general y cierto resabio de pena difamante, como lo fue en épocas pretéritas dejar los cadáveres expuestos de aquellos ejecutados por delitos graves³⁰.

precedentes hubieran sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se aplicarán las disposiciones previstas en el artículo 304 del Código Penal.

²⁸ Régimen Penal Tributario, arts. 1 a 11 y 15 inc. “c”.

²⁹ Ley de Responsabilidad Penal Empresaria (Nº 27.401), art. 7º: Penas. Las penas aplicables a las personas jurídicas serán las siguientes:

- 1) Multa de dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener;
- 2) Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;
- 3) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;
- 4) Disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad;
- 5) Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere;
- 6) Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

³⁰ MARCONI, Ana C., *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. ¿Pueden las sociedades co-*

También se ha anotado que la publicación de la sentencia condenatoria o de una parte de ella, además de un costo para quien deba realizarla -la empresa condenada- acarrea la difusión del hecho ilícito y de la condena, agregando así un grado de estigmatización³¹.

De especial notoriedad es la palabra de Baigún cuando afirma que, en el ámbito del mercado, la pena a la que nos venimos refiriendo genera efectos significativos, no solamente por su ejemplaridad en sí misma, sino porque también importa una descalificación del agrupamiento societario, donde la publicidad obra como un real agravante de la pena, aunque se la ubique como autónoma³².

Dentro de las líneas doctrinarias foráneas, encontramos de interés las ideas de Thomas y Diamantis³³, quienes exponen las deficiencias del sistema actual de sanciones penales contra corporaciones y proponen un nuevo mecanismo denominado “marcación corporativa”. Señalan que las multas económicas vigentes no cumplen adecuadamente las funciones preventivas, retributivas y expresivas del reproche penal, convirtiéndose en simples costos operativos. Por ello, sugieren una sanción basada en la publicación obligatoria y visible de la condena penal para afectar el valor reputacional de las empresas. Así, la marca corporativa³⁴ implicaría colocar un símbolo o designación criminal en el nombre, productos y comunicaciones de la empresa condenada, buscando reforzar de ese modo la estigmatización pública del infractor. La línea de pensamiento que pregonan estas ideas observa que las corporaciones carecen de dignidad y no son sensibles al sufrimiento, siendo su reputación su activo máspreciado, por lo que esta forma de publicidad penal sería un eficaz mecanismo disuasorio, afectando directamente sus vínculos comerciales³⁵.

meter delitos e imponérsele una pena?, en Revista de Derecho Penal. Derecho Penal Económico. Derecho Penal Tributario XII. Rubinzel Culzoni Editores, 2014-2.

³¹ Robiglio, Carolina, Breves apuntes sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la ley penal tributaria reformada por la ley 26735, Doctrina Penal Tributaria y Económica Errepar, 1/2/2012.

³² BAIGÚN, cit.

³³ THOMAS, W. Robert y DIAMANTIS, Mihailis E., *Branding Corporate Criminals*, 92 Fordham L. Rev. 2629, consultado en [<https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol92/iss6/11>].

³⁴ La “marca corporativa” es un concepto que reverbera como eco de la pena de imposición de marcas a las personas humanas en la antigüedad, no como castigo que persiguiera el daño físico, sino la infamia del reo, lo cual implicaba que resultase jurídicamente privado del honor y de todos los derechos para cuyo ejercicio se requiere un mínimo de buena fama, disminuyendo su capacidad jurídica (Zambrana Moral, Patricia, La marca como pena en el derecho histórico español: consideraciones sobre su naturaleza jurídica, Revista de estudios histórico-jurídicos, N° 40, Valparaíso, ago. 2018, consultado en [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552018000100645]).

³⁵ THOMAS y DIAMANTIS, cit.

Desde esta perspectiva jurídica, la publicación de la sentencia condenatoria a costa de la empresa podría representar un mecanismo eficaz para reforzar el carácter retributivo y preventivo del derecho penal corporativo. Esta medida encaja dentro del concepto de penas aflictivas no privativas de libertad, mediante las cuales se busca generar consecuencias adversas que vayan más allá de simples multas económicas. La exposición pública de una condena penal contra una empresa no solo tendría un efecto punitivo en términos de daño reputacional, sino que también cumpliría una función ejemplarizante, disuadiendo a otras corporaciones de incurrir en prácticas ilícitas³⁶.

Es interesante que Thomas y Diamantis abordan la constitucionalidad de la marcación corporativa en el marco de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, argumentando que este tipo de sanción se asemejaría más a una etiqueta informativa que a una restricción a la libertad de expresión. En este punto, la propuesta adquiere mayor solidez al considerar que la información sobre la condena penal de una empresa es de interés público y permite a los consumidores tomar decisiones informadas al momento de interactuar con ella. Desde una perspectiva comparada, este enfoque encuentra resonancia en el artículo 42 de la Constitución de la República Argentina, que establece el derecho de los consumidores a recibir información adecuada y veraz en sus relaciones de consumo. Dicho precepto constitucional impone a las autoridades la obligación de proteger los derechos de los consumidores, incluyendo la defensa contra distorsiones del mercado y la promoción de la transparencia en la actividad económica. En este sentido, la marcación corporativa podría interpretarse como una herramienta efectiva para materializar el derecho a la información consagrado en la normativa argentina, asegurando que los ciudadanos tengan pleno conocimiento del comportamiento de las empresas con las que se vinculan.

Desde otra perspectiva, al examinar la problemática de la responsabilidad penal corporativa y su efectividad en la prevención del delito empresarial, Fisse y Braithwaite argumentan que la publicación de la sentencia es una medida efectiva para exponer públicamente la conducta ilícita de la empresa, lo que no solo afecta su reputación, sino que también ejerce presión sobre sus directivos y accionistas para implementar reformas internas. Al obligar a la corporación a financiar la divulgación de su propia condena, esta medida transforma la sanción

³⁶ THOMAS, W. Robert y DIAMANTIS, Mihailis E., *A Marketing Pitch for Corporate Criminal Law*, Stetson Business Law Review, 2022.

en una herramienta de disuasión que alcanza tanto a los consumidores como a otros actores del mercado³⁷.

En este sentido, la importancia de esa clase de sanción radica en su capacidad para ir más allá del castigo económico. Mientras que las multas pueden ser absorbidas por la empresa como un simple costo financiero, la exposición mediática de su conducta delictiva introduce una dimensión social y reputacional que tiene efectos a largo plazo. En particular, la publicación de la sentencia impacta en la percepción de los consumidores, inversores y socios comerciales, generando una presión adicional sobre la empresa para modificar sus prácticas.

Esta medida puede actuar, además, como un mecanismo preventivo, ya que, ante la posibilidad de ser expuestas ante la opinión pública, las corporaciones pueden verse motivadas a fortalecer sus programas de cumplimiento y autorregulación para evitar futuras sanciones similares. En este sentido, la sanción no solo buscaría castigar, sino también transformar las estructuras internas de las empresas hacia un mayor compromiso con la legalidad.

VIII. ¿Dónde publicar el extracto de la sentencia condenatoria contra la persona jurídica, a su costa?

A diferencia de lo que ocurre en el contexto de marcos regulatorios más específicos, la legislación argentina no hace mayores referencias al ámbito en el que corresponde que la empresa penalmente condenada publique el extracto de la sentencia que le resultó adversa.

Para Fisse y Braithwaite el impacto de la publicación de la sentencia depende, entre otros factores, de cómo se implemente. Por ello, discuten la necesidad de establecer lineamientos claros sobre dónde y cómo debe realizarse la publicación, ya que la efectividad de la medida está ligada a su visibilidad³⁸.

Baigún sostiene que los medios para la difusión de la sanción son todos los que el lector conoce y que limitarlos significaría desconocer los avances técnicos en esta materia, por lo cual es lógico que se deje librado al criterio del juez la elección del mecanismo³⁹.

³⁷ FISSE, Brent y BRAITHWAITE, John, *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge University Press, 1993.

³⁸ FISSE y BRAITHWAITE, cit.

³⁹ BAIGÚN, cit. p. 269.

Jurisprudencialmente, se observan casos donde la publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica puede disponerse sin mayores especificaciones⁴⁰, o bajo ciertas pautas de plazo y con la alusión genérica a “un medio de publicación nacional”⁴¹, quedando la ejecución de la pena en lo efectivo como librada, prácticamente, a los designios del propio ente de existencia ideal que resulta condenado. Esto puede llegar a traducirse en la aparición de un extracto de la condena, difícil de decodificar por los términos de su redacción, perdido en algún segmento de “clasificados” propio de otra época, y plasmado en un tamaño de letra propio del ámbito de los ilegibles prospectos farmacológicos.

IX. Adaptación de la pena de publicación al entorno digital y su coexistencia con medios tradicionales

La adaptación de la pena de publicación del extracto de sentencia al contexto digital contemporáneo es necesaria frente a la evolución significativa en los hábitos de consumo de información por parte del público general. Si bien los métodos tradicionales de publicación en diarios impresos y boletines oficiales no deben abandonarse, dada su importancia histórica y simbólica, resulta imprescindible que estos sean complementados con modalidades digitales que garanticen un alcance mayor y más eficaz de la pena impuesta.

En este sentido, la utilización de plataformas digitales, redes sociales de las propias instituciones condenadas⁴² y páginas web oficiales⁴³ puede ampliar considerablemente el impacto preventivo y retributivo de la sanción, asegurando que el mensaje llegue efectivamente a un público más amplio, con todos sus efectos. El entorno digital posee una capacidad expansiva mucho mayor y más veloz que los medios tradicionales, lo cual fortalece la eficacia preventiva general y disuasoria de la pena impuesta.

⁴⁰ A modo de ejemplo: Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2, causa CPE 883/2016/TO1 (R.I. 3147) caratulada “N., D.G.; A., L. I.; A. P. S.A. y F.L.A. S.A. s/ arts. 303 y 310 del C.P.” (rta. el 20/12/2024).

⁴¹ Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 1, causa CPE 1169/2022/TO1, caratulada: “G. 910 S.A y OTRO s/ inf. Ley 24.769”.

⁴² Pensemos, por caso, en la cuenta oficial de X, Instagram o Tik-Tok de una compañía multinacional condenada por la comisión de un delito.

⁴³ Pensemos en el sitio web de una gran empresa.

Un aspecto particularmente relevante en la adaptación al contexto digital es la llamada “cultura de la cancelación”, que consiste en la exclusión social mediante la difusión masiva de información crítica sobre una persona o entidad. Si bien respecto de personas humanas esta práctica posee ribetes profundamente negativos, dada la capacidad destructiva que puede tener sobre la reputación personal y el ejercicio de derechos fundamentales⁴⁴, su aplicación frente a personas jurídicas, en el marco específico de una pena como la analizada, puede resultar legítima y beneficiosa para el interés público, sobre todo si reparamos en la dañosidad macrosocial, con víctimas difusas, que se emparenta con la clase de delitos que son de susceptible perpetración por las corporaciones.

En definitiva, la coexistencia de medios tradicionales y digitales en la aplicación de esta pena permite optimizar su eficacia preventiva y retributiva, asegurando un alcance adecuado y adaptado a la realidad comunicacional actual, idea que Baigún vislumbró hace un cuarto de siglo, al menos, pero que judicialmente pareciera aún no tener plausibilidad.

X. Política criminal eficaz en delitos complejos: personas jurídicas, sistema acusatorio y lenguaje claro

La eficacia en la prevención y punición de los delitos cometidos por personas jurídicas exige la adopción de una política criminal integral, ajustada a las necesidades específicas que plantea este tipo de manifestaciones. Por su naturaleza, estos delitos suelen involucrar estructuras corporativas con alta capacidad organizativa y operativa, con llegada al poder económico y político, por lo que las respuestas jurídicas y comunicacionales deben ser adecuadas al nivel de complejidad implicado.

En este contexto, la implementación progresiva del sistema acusatorio contemplado en el Código Procesal Penal Federal introduce elementos esenciales para fortalecer dicha política criminal. Este sistema, que reemplaza gradualmente al sistema mixto-inquisitivo, busca asegurar procesos penales más ágiles, transparentes y eficaces, especialmente relevantes cuando se trata de juzgar personas jurídicas por delitos económicos complejos. El Título VI del Código Pro-

⁴⁴ CABRERA PEÑA, Karen I. y JIMÉNEZ CABARCAS, Carlos A., *La cultura de la cancelación en redes sociales: Un reproche peligroso e injusto a la luz de los principios del derecho penal*, Revista chilena de Derecho y Tecnología, vol. 10, núm. 2, 2021, pp. 277-300.

cesal Penal Federal regula específicamente los “Procesos contra personas jurídicas”, reconociendo la necesidad de procedimientos adecuados y particulares frente a esta clase de imputados.

Uno de los elementos fundamentales que refuerza la eficacia comunicacional del sistema acusatorio frente a personas jurídicas es la exigencia del lenguaje claro⁴⁵.

En efecto, para que la pena de publicación del extracto cumpla con su función comunicacional y preventiva general, debe ser formulada en términos accesibles y comprensibles para la ciudadanía. El lenguaje claro no es solo una técnica de redacción, sino un principio jurídico-democrático destinado a asegurar que los ciudadanos comprendan plenamente los contenidos técnico-jurídicos que puedan resultar de su interés.

La utilización del lenguaje claro en los extractos condenatorios no solo aumenta la transparencia del sistema penal, sino que potencia considerablemente la función preventiva de la pena. Al asegurar que el mensaje sancionatorio llegue eficazmente a la comunidad, se amplifica el impacto reputacional sobre la persona jurídica sancionada, generando un efecto disuasivo significativo en otras entidades similares. En este sentido, el lenguaje claro constituye un instrumento imprescindible dentro de una estrategia de política penal moderna, racional y orientada a la prevención efectiva de delitos complejos.

La dificultad pasa por el hecho de que el ámbito judicial está aún transitando pasos iniciales dentro del terreno de la redacción en lenguaje claro, de la mano de distintas herramientas que se han puesto a disposición de juezas y jueces para propiciar esa comunicación más cristalina⁴⁶.

⁴⁵ Como expresa María José Rezzonico, “si bien no hay un consenso absoluto sobre qué es el lenguaje claro, la definición más extendida es la de la Federación Internacional para el Lenguaje Claro (International Plain Language Federation): ‘Una comunicación está en lenguaje claro si su redacción, su estructura y si diseño tienen la claridad suficiente para permitir a los destinatarios encontrar con facilidad lo que necesitan, comprender lo que encuentran y usar esa información’” (SARRABY-ROUSE, Eugenio C. –dir.–, LOPARDO, Mauro y PASTOR ZAMBONI, Malena –coord.–, *Código Procesal Penal Federal Comentado y concordado*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2024, tomo 1, pp. 659/664 –comentario al art. 106, que expresa: Idioma. En todos los actos procesales se utilizará el idioma nacional. En caso de corresponder se utilizarán formato y lenguaje accesibles. Si alguno de los intervinientes por imposibilidad física no pudiera oír o entenderlo, deberá designarse un traductor o intérprete de oficio y/o disponer los apoyos necesarios para garantizar su comprensión y debida comunicación. Cuando la persona no se exprese en idioma nacional, en lo posible, se dejará constancia en ambas versiones–).

⁴⁶ Por ejemplo, CSJN, Sugerencias para la elaboración de los lineamientos generales de sentencias claras (Resolución 2640/2023), del 26/8/2024.

En este sentido, resultaría especialmente relevante considerar herramientas tecnológicas actuales, como la inteligencia artificial, que pueden asistir en la formulación clara y accesible del extracto. La incorporación de estas herramientas no implica delegar en ellas la responsabilidad jurisdiccional, sino aprovecharlas para asegurar que el mensaje punitivo alcance adecuadamente su cometido social, garantizando una comunicación efectiva, legítima y democráticamente justificada (sobre todo, si tenemos en cuenta que la clase de delitos que son de susceptible comisión por parte de las empresas suelen emparentarse con maniobras, documentación y términos de explicación ciertamente difícil para el público no especializado).

De este modo, la integración del sistema acusatorio, la exigencia del lenguaje claro y el aprovechamiento de tecnologías contemporáneas conforman un núcleo esencial en la construcción de una política criminal eficaz frente a delitos económicos complejos perpetrados por personas jurídicas que pueden ser conminadas a publicar extractos de las sentencias condenatorias dictadas en su contra.

XI. Conclusiones

La pena de publicación del extracto de la sentencia condenatoria contra las personas jurídicas requiere una urgente adaptación al contexto comunicacional contemporáneo. La caída en el consumo de medios impresos y el auge de plataformas digitales tornan indispensable repensar la aplicación práctica de esta sanción, buscando una eficacia preventiva y retributiva real.

Es esencial integrar claramente el uso de medios digitales en la normativa argentina, sin reemplazar completamente los tradicionales. Esta combinación asegura una llegada masiva y efectiva a la sociedad, fortaleciendo así la función ejemplificadora y disuasiva del derecho penal corporativo. Asimismo, resulta necesario establecer lineamientos concretos sobre el medio y la forma de publicación, evitando así discrecionalidades que puedan atentar contra la efectividad de la pena.

La incorporación del lenguaje claro constituye una condición indispensable para que el extracto cumpla eficazmente con su cometido comunicacional y democrático. Esto no solo refuerza la transparencia judicial, sino que facilita que

el mensaje sancionatorio llegue claramente al público general, incluida la víctima difusa, propia de los delitos económicos complejos cometidos por empresas.

Finalmente, la asistencia de herramientas tecnológicas, como las basadas en inteligencia artificial, puede colaborar significativamente en la elaboración de extractos condenatorios comprensibles para el ciudadano promedio, sin delegar la función jurisdiccional. Así, la pena de publicación, adecuadamente implementada, se constituye como un recurso eficaz para sancionar a las personas jurídicas, contribuyendo a fortalecer la prevención general y la confianza pública en el sistema penal argentino.

Exclusión probatoria y derecho a la intimidad de funcionarios públicos. Tensión de principios a la luz de un caso real

Pablo Castelli*

I. Introducción

El objetivo de este trabajo es presentar ciertas tensiones que pueden surgir entre principios que, a priori, resultan complementarios y no parecieran colisionar, pero que, en ciertos casos, pueden presentar finalidades contrapuestas; principalmente cuando son analizados a la luz de las obligaciones internacionales del Estado en materia de investigación y juzgamiento de corrupción de funcionarios públicos.

Me refiero específicamente a la vulneración del derecho a la intimidad como causal de la exclusión probatoria, y el impacto sobre tales cuestiones cuando se encuentra en juego la responsabilidad penal de funcionarios públicos.

Para este análisis, voy a utilizar un caso que trámite en el fuero federal de la Provincia de Buenos Aires durante al año 2021 y que posteriormente fue abordado por la Cámara Federal de Casación Penal. En su sentencia, el órgano revisor dispuso la nulidad de lo actuado por considerar que se trataba de un proceso basado en prueba ilegítimamente obtenida.

Más allá de la conclusión allí alcanzada, me parece interesante abordar ciertos aspectos del caso que fueron dejados de lado al resolver y que, en caso contrario, se podrían haber aprovechado como ocasión para delimitar un tipo de situaciones que, por el permanente avance tecnológico y su impacto en las relaciones sociales, podemos suponer que se van a reiterar de manera cada vez más usual. A tal fin, indicaré someramente el marco normativo que sostiene el derecho a la

* Abogado y Magister en DDHH (UNLP). Especialista en Justicia Constitucional y DDHH, (Universidad de Bolonia). Profesor adjunto de Historia Constitucional (UNLP). Visiting researcher (Yale Law School). Auxiliar Fiscal, Fiscalía Federal nº 3, La Plata.

intimidad, como así también el conjunto de regulaciones internacionales sobre persecución de la corrupción a los cuales se ha adherido nuestro país.

Posteriormente, abordaré los elementos distintivos que, a mi entender, dotan de una particularidad específica al caso, y ahondaré sobre el impacto que considero que ellos tienen sobre los principios referidos.

Repárese que el presente trabajo no pretende abordar los aspectos del alcance de la *ilicitud derivada* ni avanzar sobre el método de la *supresión mental hipotética*, a efectos de establecer la posibilidad de arribar al resultado de la prueba cuestionada a través de otros medios, sino que se circscribe a indagar los límites de la garantía del derecho a la intimidad en supuestos que involucran a funcionarios públicos.

II. El caso

El ejemplo sobre el cual se desarrolla este trabajo es un caso real que comenzó en el mes de diciembre de 2021 en el fuero federal de La Plata, Provincia de Buenos Aires, y que fue mediáticamente conocido como “Gestapo sindical”.

En él se investigó la participación de un grupo de funcionarios de la provincia de Buenos Aires durante el año 2017, junto a diversos agentes de la Agencia Federal de Inteligencia (AFI), en la elaboración de una estrategia conjunta para el armado de causas judiciales que permitieran, como objetivo ulterior, la detención de líderes sindicales de distintos rubros.

La existencia de dicha estrategia, y específicamente de una reunión organizativa que presuntamente se había llevado a cabo en dependencias oficiales, había sido señalada por un periodista durante el año 2019 en una investigación de su autoría, pero nunca había sido probada por otros medios. En el año 2021, durante alegadas tareas de limpieza, se encontró en dependencias de la AFI un video en el que se había registrado de manera completa dicha reunión.

Conforme surgía de las imágenes, el lugar donde se había llevado a cabo eran oficinas públicas de una entidad bancaria estatal, y habían participado en ella distintos funcionarios públicos de alto rango de la Provincia de Buenos Aires, agentes de la AFI y empresarios privados.

Según se constató posteriormente, los empresarios habían sido convocados por los funcionarios a fin de tratar un problema que aquellos sostenían con el

sindicato dominante en el rubro de su giro comercial y la grabación había sido realizada por los agentes de la AFI que se encontraban presentes, mediante cámaras instaladas en los días previos.

Una de las principales objeciones planteadas por las defensas de los funcionarios imputados fue que la video filmación había sido efectuada sin su consentimiento y que, por ende, vulneraba su derecho a la intimidad.

III. El derecho a la intimidad y la exclusión probatoria

La exclusión probatoria es un remedio procesal que se utiliza frente a la incorporación al proceso de pruebas ilícitas, es decir, situaciones en las que la prueba traída a juicio fue obtenida a través del quebrantamiento de las garantías constitucionales y convencionales de las que gozan todos los individuos¹.

Como plantean Gutiérrez Moya y Aguilar Brevis siguiendo a López Guerra “[...] la doctrina de la prueba ilícita no es en sí misma una garantía constitucional del imputado, es más bien, parte esencial del contenido de los derechos constitucionales de libertad e intimidad, pues establece estrictas condiciones para la práctica de exámenes corporales, de vestimentas, equipajes y vehículos y la entrada y registro de lugares cerrados”².

Entre los principales instrumentos legales que protegen la privacidad de las personas, importa destacar los artículos 18 y 19 de nuestra Constitución Nacional, como así también los artículos 13.2 y 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Allí, como en otros instrumentos de diversa jerarquía, se protege con especial énfasis el derecho a la intimidad de las personas frente a las injerencias arbitrarias o abusivas del Estado.

Tales resguardos convierten a la privacidad en un derecho fundamental de las personas y, como tal, los diversos sistemas legales lo tutelan con particular intensidad tanto en su aspecto normativo como a lo largo de la evolución jurisprudencial de sus órganos de aplicación.

¹ ANSELMINO, Valeria L. “Las garantías constitucionales y la regla de exclusión probatoria en el proceso penal”, Anales N°42, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, 2012.

² GUTIÉRREZ MOYA, Carlos, et al., “La prueba ilícita: Las reglas de exclusión de medios probatorios obtenidos vulnerando derechos fundamentales”, en *La Revista de Derecho*, Chile, UCC, 2002, p. 61-83.

La violación a tal protección conlleva, en términos procesales, la imposibilidad de utilizar las pruebas generadas bajo dichas condiciones como fundamento de la persecución en sede penal.

Es decir, el sistema establece como salvaguarda del derecho a la privacidad, la prohibición de evaluar como prueba de juicio a todos aquellos elementos que hayan sido obtenidos mediante su transgresión o que sean consecuencia de ella (doctrina del fruto del árbol envenenado).

En definitiva, la privacidad y la intimidad de las personas constituyen uno de los pilares del sistema liberal que nutre espiritualmente a nuestro ordenamiento jurídico. De esa manera, su protección se torna en un elemento de mayor trascendencia que la necesidad estatal de persecución de los delitos, dando como resultado la prioridad de salvaguardar tal principio por sobre la necesidad de acreditar un hecho determinado en un proceso judicial.

IV. La obligación internacional del estado de investigar hechos de corrupción cometidos por funcionario públicos

Nuestro país es miembro tanto de la Convención Interamericana contra la Corrupción, como así también de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y de las 40 recomendaciones del GAFI.

Si bien ninguno de los instrumentos mencionados tiene entre su articulado una definición precisa de la conducta que regulan, es decir, en ninguno de ellos se establece de modo concreto qué es la corrupción, en todos ellos se hace referencia a conductas que engloban acabadamente a aquellas como la que aquí se trata.

Asimismo, en cada uno de los instrumentos referidos se establece la obligación de los Estados parte de disponer todas las medidas normativas, administrativas o de cualquier otra índole que sean necesarias para la lucha contra la corrupción.

Desde ese punto de vista, y como ya ha sido largamente abordado por los diversos tribunales locales y regionales, tales obligaciones importan a su vez la adecuación de los modos en que los sistemas judiciales abordan y tramitan los casos que recaen ante sus tribunales.

En ese sentido, importa destacar que el Estado argentino ha asumido compromisos internacionales que imponen un deber reforzado de investigación, sanción y prevención de hechos de corrupción, especialmente cuando estos involucran a funcionarios públicos. Esta obligación no se limita a la sanción penal formal de los hechos, sino que comprende también la creación de condiciones institucionales y normativas que aseguren la eficacia de las investigaciones, el acceso a la información pública, la cooperación entre organismos y la transparencia del accionar estatal.

Como se indicó previamente, entre los instrumentos jurídicos más relevantes, se destacan los siguientes:

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), aprobada por Ley 26.097, constituye el marco normativo más amplio y universal en materia de lucha contra la corrupción.

Su artículo 8 dispone que los Estados Parte deberán promover normas de conducta para los funcionarios públicos que fortalezcan la integridad, la honestidad y la responsabilidad en el ejercicio de la función pública. En este sentido, se exige la implementación de códigos de ética, mecanismos de declaración patrimonial y políticas de prevención de conflictos de intereses.

Por su parte, el artículo 30.3 establece la obligación de los Estados de garantizar que el ejercicio de funciones públicas no impida indebidamente las investigaciones penales, y los insta a revisar el alcance de inmunidades o prerrogativas procesales cuando estas obstaculicen la justicia.

Estos mandatos refuerzan el deber estatal de asegurar que el proceso penal no sea un ritual vacío, sino una herramienta real y eficaz frente a fenómenos de corrupción estructural.

En el ámbito regional, la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), ratificada por la Argentina mediante la Ley 24.759, incorpora un enfoque complementario.

Su artículo III, a través de diversos incisos, impone a los Estados la obligación de desarrollar mecanismos de control interno, auditoría, transparencia en la gestión pública y regulación del financiamiento político, todo ello orientado a prevenir y detectar actos de corrupción. A diferencia de la CNUCC, la CICC enfatiza la necesidad de establecer responsabilidades no solo penales, sino también administrativas y civiles, frente a conductas corruptas.

En materia de jurisprudencia internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado estas obligaciones convencionales a la luz del principio de debida diligencia reforzada en casos de corrupción que comprometen derechos fundamentales. En el caso Perozo y otros vs. Venezuela, sentencia del 28 de enero de 2009, Serie C N° 195, el Tribunal sostuvo que las figuras públicas, en virtud del interés general asociado a su actuación, están sujetas a un mayor nivel de escrutinio.

De allí se desprende que la afectación a derechos individuales —como la intimidad— puede ser admitida si se encuentra justificada por fines legítimos, como la protección del orden público o la integridad de las instituciones democráticas, y si cumple con los requisitos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad. Este estándar de razonabilidad debe orientar también las decisiones sobre exclusión probatoria, especialmente cuando la información recabada resulta crucial para desentrañar circuitos de corrupción institucionalizada.

V. Elementos particulares del caso

Llegados a este punto, resulta relevante abordar algunas particularidades del caso que, desde mi punto de vista, imponen la necesidad de pensar en torno a los límites que tienen dentro de nuestro sistema jurídico las garantías reseñadas previamente.

En ese sentido, pienso que la obligación internacional asumida por nuestro Estado en materia de investigación, persecución y sanción de los delitos de corrupción, sobre todo cuando son cometidos por funcionarios públicos de alta jerarquía, impone la necesidad de precisar con la mayor claridad posible los límites que hacen a las posibilidades de actuación de dichos agentes estatales.

Las particularidades del caso referido generan una buena oportunidad para indagar sobre tales posibilidades y los alcances que las cláusulas constitucionales tienen respecto a los actos que ellos llevan a cabo con motivo de sus funciones.

Concretamente, las particularidades de la reunión que fuera video registrada son: el lugar donde se realizó, quiénes la convocaron, los asistentes y los temas tratados; todas cuestiones que permiten analizar los alcances del derecho a la privacidad en el caso concreto.

Siguiendo a Puppio, “*El lugar en que se dio la conversación difundida, la calidad o el carácter de los denunciados [...] y el contenido del diálogo. Sobre esta base es que debe analizarse la real dimensión que la privacidad o la intimidad adquiere frente al ius puniendo del Estado*”³.

En cuanto al lugar donde se llevó a cabo el encuentro objeto de la filmación, difícilmente sea uno de aquellos respecto a los cuales se puede pensar que generan en las personas la sensación de reserva o intimidad. Eran las oficinas centrales del banco estatal de la Provincia de Buenos Aires.

La expectativa de privacidad sobre lo sucedido en el marco del encuentro debe ser analizada desde el estándar de razonabilidad, que exige ponderar el contexto y circunstancias del hecho. En el caso planteado, resultan datos relevantes la condición de dependencia pública del lugar y la calidad de empleados públicos de la mayoría de las personas allí reunidas, que resultan ser quienes formularon la convocatoria.

En este sentido, numerosa doctrina insiste en la idea de una expectativa de privacidad que reconoce matices conforme el lugar y los sujetos involucrados en cada caso.

“*Al definir la privacidad incide de manera fundamental el lugar o ámbito donde se realizan los actos privados y el grado de expectativa de privacidad que una persona puede esperar en determinadas circunstancias. Todo individuo tiene la misma protección en relación con el derecho a la intimidad. [...] Sin embargo, no todos los sujetos tienen la misma protección respecto de su privacidad, dado que un funcionario o personaje público tendrá una expectativa menor de privacidad que alguien anónimo o desconocido. Esto significa que la privacidad puede tener límites en razón de las personas o del lugar. [...] Expectativa que se verá severamente disminuida cuando se cumpla con la doble condición de personaje público y lugar público*”⁴.

Se ha dicho que “*el ámbito físico en que se produjo el diálogo también debe ser tomado en consideración pues se trata de un lugar de acceso público. No su-*

³ PUPPIO, Agustín, “Cámara oculta, derechos constitucionales y proceso penal”, en *La Ley Noroeste*, 2012.

⁴ BASTERRA, Marcela, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Edición comentada*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2016, p.150-151.

*cedió en el domicilio particular u oficina privada de ninguno de los implicados, supuesto en el cual las personas tienen una elevada expectativa de no ser vistas, escuchadas o que sus dichos sean reproducidos*⁵.

No debe pasarse por alto que, en el caso concreto, se trató de una entidad pública bancaria, que como tal y dado el rubro que allí se desarrolla, cuenta con circuito cerrado de televisión (cuestión que incluso se encuentra regulada normativamente cf. punto 2.8 de la Resolución A6894 BCRA). Es decir, más allá de la filmación discutida, existía una alta probabilidad de que todo lo que sucedía dentro de dicho edificio, fuera materia de registración; lo cual reduce enormemente el nivel de expectativas a la intimidad que pudieran tener los involucrados.

Más aún, dado el grado de custodia que este tipo de entidades debe mantener, permite que hablemos de un “corrimiento del velo de la privacidad” en casos como este, que no es otra cosa que el ejercicio de un escrutinio más elevado respecto a quienes acceden a las dependencias bancarias.

Otro elemento relevante para el presente análisis, resulta ser el hecho de que más de la mitad de los asistentes revestían la calidad de funcionarios públicos al momento de efectuarse la reunión.

La normativa local, en particular el Reglamento n° 48/2018 de la Agencia Nacional de Acceso a la Información Pública, titulado “*Nuevos criterios orientadores e indicadores de mejores prácticas en la aplicación de la Ley N° 27.275*” (Ley de Acceso a la Información Pública), en su anexo n° 1 establece que “*los funcionarios públicos o políticos son las figuras públicas con menor expectativa de privacidad. El ejercicio de una función pública o aspiración a un cargo político necesariamente expone a un individuo a la atención del público (también después de la muerte)*⁶”.

En relación con esta calidad, la doctrina tiene dicho que “*las personas que ejercen funciones públicas también son titulares del derecho a la vida privada, sin embargo, atendida la naturaleza de sus cargos, especialmente en relación con el ejercicio de cuotas de poder, se ha entendido que el ámbito de privacidad es menor que en el resto de los ciudadanos. El Consejo para la Transparencia en Chile, por medio de sus decisiones, ha ido asentando esta idea en forma clara y contundente. El ejercicio de la función pública genera costos y uno de ellos es que la intromisión*

⁵ PUPPIO, ob. cit.

⁶ Criterio 2.1 del Reglamento N° 48/2018.

*que los funcionarios del Estado deben tolerar a su privacidad es mucho mayor que el que sea exigible a cualquier particular*⁷.

Existe una diferencia clara entre particulares y personas que revisten una función pública o respecto de las cuales surge notoria su condición de figura pública.

El examen respecto de la validez de la prueba filmica no puede permanecer ajeno a estas cuestiones. Una lectura de lo acontecido a la luz de estos estándares de publicidad conduce a pensar en una legítima posibilidad de control público respecto del proceder de personas que invisten la calidad de funcionarios públicos, calidad a raíz de la cual convienen un encuentro que es llevado a cabo en una dependencia también pública. El material aquí cuestionado constituye la vía para el concreto ejercicio de ese control.

Esta tesis tiene lógica si se piensa que “*cuando interviene un funcionario público y el tema tratado es un asunto relativo a la administración de los recursos del Estado, la cuestión pasa a revestir interés público*.”⁸.

A su vez, existe otro elemento de suma trascendencia, que es el relacionado con el interés público que puede revestir lo allí tratado. En ese sentido, la Jueza Abreut de Begher, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, ha dicho que cuando lo publicado se relaciona con funcionarios públicos, figuras públicas o asuntos de interés público, el derecho constitucional a la intimidad debe ceder ante el interés de la comunidad de conocer lo sucedido (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Capital Federal, Sala H, causa “Aguirre, Antonio María c/ Artear S.A. y otros s/ daños y perjuicios, rta. 03/11/2009, voto de la Jueza Abreut de Begher)⁹.

En el mismo sentido, en otro precedente la Cámara resolvió que “*frente a los delitos genéricamente denominados de corrupción de funcionarios públicos y la demanda social que existe en pos de su esclarecimiento, las filmaciones y/o grabaciones adquieren especial trascendencia, pues resultan idóneas para compensar el déficit probatorio generado por la modalidad criminal. [...] frente al interés individual en la invalidación de la prueba, aparece un interés trascendente del Estado, en tanto esos delitos afectan gravemente sus raíces*” (Cámara Nacional de Apela-

⁷ ASTUDILLO MUÑÓZ, Jorge L. “El derecho a la vida privada de los funcionarios públicos frente al derecho de acceso a la información pública. Un estudio a la luz de la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia en Chile”, en *Revista Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, Universidad de Guadalajara, V (15), 2020, p.88-112.

⁸ PUPPIO, ob. cit.

⁹ TOMEÓ, Fernando. “Cámara oculta e investigación seria”, en *La Ley*, 2010.

ciones en lo Civil, Capital Federal, Sala H, causa “Bassino, Jorge Alberto c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Nulidad de Acto Jurídico”, rta. 02/2002). Si se siguen los estándares fijados por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en el caso “*Katz v. United States*”¹⁰, en materia de garantía de privacidad contenida en la Cuarta Enmienda, se verá que la acción de intromisión será tal cuando contravenga, por un lado, la expectativa subjetiva actual de privacidad de la persona, y, por el otro, esta expectativa sea razonable en el sentido de lo que la sociedad reconoce por tal. Fija de este modo el famoso estándar de “expectativa razonable de privacidad”.

A contrario sensu, ha dicho la doctrina que no debe reconocerse tal expectativa razonable de privacidad en supuestos de entidad donde “prevalece el interés general en la persecución y prevención de tales actividades delictivas frente a una determinada expectativa de privacidad individual”¹¹.

Por último, en cuanto a la falta de resguardo o cuidado por parte de quienes emitieron sus opiniones en la reunión, *mutatis mutandi*, cabe recordar el dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Víctor Abramovich, en el caso “Denegri”¹² en el que sostuvo que cuando se discute la aplicación de una medida restrictiva del acceso a la información no debe perderse de vista que “un elemento clave para el examen de la razonabilidad de la medida [...] es que se propone vedar el acceso a información especialmente protegida por la libertad de expresión, tanto en su dimensión individual como colectiva, pues los contenidos atañen a una figura pública y a un asunto de interés público”¹³. Es decir, debe siempre considerarse una doble dimensión: la condición pública de la persona que esgrime la afectación de derechos y la calidad pública que reviste el interés en la resolución del asunto.

El Señor Procurador Fiscal incorporó al análisis un elemento central para el abordaje de nuestro caso. En relación con la afectación a la privacidad de la actora sostuvo que “la protección de la privacidad informativa no alcanza a aquellos aspectos de la vida personal que el titular consiente libremente revelar al público.”¹⁴

¹⁰ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

¹¹ SALDAÑA, María N. “El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego”, en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, 28, 2011, p. 279-312.

¹² Causa n° CIV 50016/2016/CS1 caratulada “Denegri, Natalia Ruth c/ Google INC s/Derechos personalísimos: Acciones relacionadas”. Dictamen fiscal: 12/2021. Consultado en [<https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2022/02/CIV- 50016-2016-CS1-Denegri-Fdo.pdf>]

¹³ Ib. Idem.

¹⁴ Ib. Idem.

Trasladado al caso que aquí nos convoca, como ya dijimos, no puede negarse que quienes acudieron a la reunión lo hicieron a sabiendas de que se desarrollaría en una dependencia pública, que por normativa específica prescribe el registro de las personas que ingresan al inmueble, así como de los motivos de la visita, y el tratamiento de un asunto de interés público. Tampoco puede obviarse que las mismas concurrieron al evento con conocimiento que en el mismo se encontrarían personas que revestían la calidad de funcionarios públicos.

Voluntariamente acudieron al encuentro. Prestaron su consentimiento de forma libre para ello y compartieron información con personas que no pertenecían a su círculo íntimo de confianza (los involucrados declararon no conocer o no tener un vínculo estrecho con los restantes asistentes).

Respecto de la concurrencia de la voluntad de quienes intervienen en un hecho investigado se ha dicho que “*resultaría un exceso ritual manifiesto coartar los modos de incorporar al proceso evidencias que demuestren la palabra expresada libremente por el imputado*”¹⁵.

Los autores mencionados, siguiendo el fallo de la Corte Suprema en el caso “Fiscal c/ Fernández, Víctor Hugo s/ av. infracción ley 20.771”¹⁶, sostienen que “*el riesgo tomado a cargo por un individuo que voluntariamente propone a otro la comisión de un delito o que voluntariamente permite a otro tomar conocimiento de tal propuesta o de hechos que son relevantes para la prueba de un delito ya cometido, incluye el riesgo de que la oferta o los hechos puedan ser reproducidos ante los tribunales por quien, de esa forma, tomó conocimiento de ello*”.

VI. Conclusión

El derecho a la intimidad es un elemento fundante de nuestro estado de derecho. Como tal, debe permanecer incólume frente a cualquier actividad estatal tendiente a cercenarlo en aras de la persecución del crimen o cualquier otra finalidad cuyo cumplimiento vaya en desmedro de la intimidad de la que debe gozar toda persona en sus espacios privados¹⁷.

¹⁵ FERNÁNDEZ, Marcelo, et al. “Validez y valor probatorio de grabaciones y filmaciones obtenidas sin control judicial”, en *La Ley*, 2001.

¹⁶ *F. c/ F., V. H. s/ av. infracción ley 20.771*, Fallos: 313:1305.

¹⁷ Cabe aludir aquí a los límites de la garantía de privacidad contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional en relación con la obligación de contar con una orden judicial previa y debidamente fundada para llevar adelante la filmación de la reunión. La Corte Suprema se ha expedido

Sin embargo, dado que los derechos no son absolutos, sino que admiten reglamentaciones y restricciones razonables en pos de hacerlos efectivos y armónicos entre sí, en este trabajo se ha pretendido analizar el alcance del derecho a la intimidad a la luz de un caso concreto que puede resultar desafiantes por sus características.

Más específicamente, se ha planteado el interrogante del alcance de la protección constitucional en ámbitos que excedan los espacios privados, en relación con funcionarios públicos que llevan a cabo actividades delictivas en el marco de sus funciones.

En ese punto, entiendo que deviene importante señalar las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino en materia de lucha contra la corrupción, y cómo ello nos obliga a pensar sobre el modo en que tales derechos y obligaciones pueden (y deben) funcionar de manera armónica.

En esa línea, la doctrina internacional ha vinculado de forma creciente la corrupción con la violación de derechos humanos. Según Villalta Puig¹⁸, “*la corrupción no solo desvía recursos públicos, sino que erosiona las instituciones democráticas y limita el acceso equitativo a derechos fundamentales como la salud, la educación o la justicia*”. Esta perspectiva trasciende el enfoque penal clásico y ubica la lucha contra la corrupción en el plano del derecho internacional de los derechos humanos, lo que implica que el Estado no solo puede, sino que debe actuar de forma firme y eficaz para investigar y sancionar este tipo de hechos, aun cuando ello implique ciertas restricciones a derechos individuales, siempre que se respete el marco constitucional y convencional.

Tanto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han establecido criterios para evaluar la admisibilidad de pruebas obtenidas en contextos que podrían implicar una afectación del derecho a la privacidad. Estos estándares resultan especialmente relevantes cuando se analiza la validez de pruebas vinculadas a hechos de corrupción, donde se verifica una fuerte tensión entre la tutela de derechos individuales y el interés público comprometido.

ampliamente con relación a este tema en los casos “F.” (Fallos: 314:75) y “A.” (Fallos: 315:1331) y “F. P.” (Fallos: 321:2947) y ha interpretado que no corresponde conferir protección constitucional más allá del texto expreso de la ley que establece la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados.

¹⁸ VILLATA PUIG, Gonzalo, *Corruption as a violation of human rights*, Hong Kong, City University of Hong Kong Press, 2015, p. 42.

La Corte IDH¹⁹ señaló que las injerencias estatales en las comunicaciones privadas deben estar previamente autorizadas por un órgano judicial independiente, resultar necesarias en una sociedad democrática y responder a fines legítimos. No obstante, el Tribunal también ha reconocido que cuando se trata de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, y el objeto de la intimisión guarda relación con hechos de interés público, el estándar de control sobre la prueba puede flexibilizarse, en tanto se mantenga la razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

De forma concordante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁰ sostuvo que la captación de imágenes en espacios públicos no requiere el mismo nivel de protección que en contextos privados, y que la expectativa de privacidad se reduce cuando las personas están expuestas a medidas de vigilancia autorizadas por ley o ampliamente aceptadas en espacios públicos institucionales. Asimismo, en el caso *Barbulescu vs. Rumania*, sentencia de la Gran Sala del 5 de septiembre de 2017, dicho Tribunal estableció que la supervisión de comunicaciones dentro del ámbito laboral no viola el artículo 8 del Convenio Europeo, siempre que exista una política institucional clara y que el control se ejerza dentro de límites razonables.

En todos estos precedentes se destaca el uso del principio de proporcionalidad como herramienta metodológica para resolver conflictos entre derechos fundamentales. Este principio implica una ponderación entre la gravedad de la afectación a la intimidad y la relevancia del interés público comprometido, y exige que toda restricción sea adecuada, necesaria y estrictamente proporcionada al fin que se persigue.

En este sentido, la aplicación automática de la doctrina de la prueba ilícita puede entrar en colisión con las exigencias derivadas de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en la lucha contra la corrupción. De allí que, resulta imprescindible articular de manera armónica el respeto a las garantías individuales con el deber estatal de investigar con eficacia los hechos que comprometen gravemente el funcionamiento de las instituciones democráticas.

El análisis desarrollado no plantea una excepción a la regla de la exclusión probatoria, dado que coincido con la autora Gascón Abellán²¹ en cuanto a la peligrosidad

¹⁹ Corte IDH, *Escher y otros vs. Brasil*, sentencia del 6 de julio de 2009, Serie C N° 200.

²⁰ TEDDH, *Peck vs. Reino Unido*, sentencia del 28 de enero de 2003.

²¹ IBAÑEZ, Perfecto Andrés y otros (editores) “*El compromiso constitucional del jusfilósofo. Homenaje a Luis Pietro Sanchís*” Palestra Editores, Lima, 2020, p. 178.

que conlleva el aumento de excepciones al principio, y la famosa frase de Holmes en cuanto: “*Es deseable que los delincuentes resulten descubiertos y que cualquier prueba existente sea utilizada para ese fin. Pero también es deseable que el Gobierno no aliente otros delitos para obtener la prueba cuando existen otros medios [...] Es necesario elegir y, por lo que a mí concierne, prefiero que algunos delincuentes escapen a la acción de la Justicia antes que el Gobierno desempeñe un papel indigno*”²².

Por ello, el planteo de este trabajo no propone una excepción al principio de exclusión probatoria sino, por el contrario, analizar la extensión y fronteras del mismo. La diferencia no es meramente semántica, ya que la excepción implicaría quitar de un plano de aplicación un supuesto específico que por algún motivo consideramos ajeno al conjunto. Mientras que, lo contrario consiste en pensar y discutir los contornos y límites de la protección constitucional del derecho a la intimidad.

Este tipo de abordaje persigue el doble objetivo de asegurar los derechos individuales, por una parte, como así también fortalecer -al menos en algún punto- la capacidad de control ciudadano sobre los actos de gobierno de quienes han sido designados para llevar a cabo importantes funciones de la organización político-administrativa²³.

En definitiva, este trabajo pretende enmarcarse en una línea de pensamiento tendiente a la armonización de los principios y garantías constitucionales, tanto las que refieren a la protección de los derechos individuales como las que hacen a los fines estatales y al cumplimiento de las obligaciones internacionalmente asumidas, de modo tal que la consecución de unos no produzca menoscabo sobre los otros.

²² *Olmstead v. US*, 1928, Voto del juez Holmes.

²³ PUPPIO. Ob. Cit. “[...] cuando interviene un funcionario público y el tema tratado es un asunto relativo a la administración de los recursos del Estado, la cuestión pasa a revestir interés público.”

EJECUCIÓN PENAL

**Los roles del Juez con funciones de ejecución
y del Ministerio Público Fiscal en la tercera etapa del proceso.
La progresiva implementación del sistema adversarial acusatorio**

Pablo Bender*

I. Introducción

El presente trabajo pretende reflexionar sobre el alcance de cierta doctrina emergente de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional respecto a los roles que debe asignarse a los jueces y a los agentes fiscales en la etapa de ejecución penal y, en particular, los efectos que tales lineamientos han tenido en las posteriores resoluciones del fuero nacional de ejecución.

Sucintamente, la doctrina señalada parte del presupuesto de que, en la tercera etapa del proceso penal, la función del Ministerio Público Fiscal es la de definir o guiar el interés estatal en la ejecución de la pena, por lo que, bajo la aplicación del modelo de enjuiciamiento acusatorio, su postura resulta “vinculante” para el juez, que se verá obligado a fallar en consecuencia. El alcance asignado al principio es tal que en su actuación el juez de grado sólo deberá evaluar si el dictamen fiscal satisface dos recaudos, que cumpla con las exigencias de legalidad y que sus postulaciones se encuentren suficientemente fundadas en los hechos y pruebas del caso.

Entiendo que un deber elemental de aquellos actores del sistema comprometidos con la vigencia del sistema acusatorio y la progresiva implementación del modelo de enjuiciamiento adversarial es someter a crítica -en tanto examen- a tales postulados, con la finalidad de alcanzar la mejor y más eficiente inclusión

* Abogado y Especialista en Administración de Justicia (UBA). Master en Derecho Penal, Universidad de Sevilla, España. Auxiliar Fiscal de la Unidad Fiscal de Ejecución Penal de la Procuración General de la Nación. Docente en diversos cursos en materia de ejecución penal brindados por la Dirección General de Capacitación y Escuela de la Procuración General de la Nación.

de este principio en la supervisión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Por esta senda, la adecuada instrumentación de este principio en la etapa de ejecución y de formular una propuesta concreta de funcionamiento resultará determinante para la implementación de manera adecuada del Código Procesal Penal Federal en esta jurisdicción.

A tales fines, el presente examen se detendrá en la normativa constitucional y legal aplicable al proceso de ejecución, en la forma de compatibilizar el alcance del principio acusatorio con la operatividad del principio de judicialización durante la ejecución de la pena y, en términos generales, al contenido de la actividad de juzgar a partir del principio *iuria novit curia*.

II. Alcance asignado al modelo acusatorio

Desde su entrada en funcionamiento en el año 2015, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional ha delineado a través de sus precedentes diferentes extremos del derecho de la ejecución de la pena. En el presente examen, se torna relevante el alcance que ese tribunal ha asignado a la intervención de los jueces de grado y de los representantes del Ministerio Público Fiscal al momento de actuar en las incidencias destinadas a evaluar la procedencia de institutos liberatorios o la progresividad de las personas privadas de la libertad en el régimen penitenciario.

En diversos precedentes se ha señalado que “[e]s el consejo correccional de la unidad penitenciaria donde se encuentra alojado el interno quien confecciona su tratamiento y lo evalúa periódicamente. Es por ello que su opinión, si bien no es vinculante, sí resulta decisiva a la hora de incorporar al interno a alguno de los institutos contemplados en la Ley n° 24.660 [...] Así como el juez de ejecución debe efectuar el control negativo de legalidad sobre lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal –y no puede desecharlo por no compartir sus fundamentos–, el fiscal debe evaluar seriamente lo informado y recomendado por el consejo correccional (que es quien mejor conoce al interno), y apartarse únicamente en caso de advertir que la opinión de la autoridad penitenciaria resulta manifiestamente infundada y/o arbitraria”¹.

¹ Ver, sustancialmente, para comprender el alcance de la postura, los fallos de la Sala I “Navarro”,

Según esta perspectiva analítica, resultaría competencia del agente fiscal llevar adelante el control de legalidad sobre la actuación de la autoridad penitenciaria y, sucesivamente, facultad del juez de ejecución, formular un control de ese mismo tenor sobre la postura propiciada por el representante del Ministerio Público Fiscal. Esta mirada, de orden *formal* sobre el principio de judicialización, será la antesala de la doctrina que interesa evaluar en el presente trabajo.

Conceptualmente, el tribunal de casación afirma que, a partir del dictado de la sentencia de condena, el Estado posee un título jurídico para ejecutar la pena que en ella se imponga. Sucesivamente, establece la premisa que la función constitucional del Ministerio Público Fiscal es la de “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad”, en los términos del artículo 120 de la CN. De allí, deduce que compete a los agentes de ese Ministerio representar los intereses de la sociedad en la ejecución de la pena y procurar que ésta se ejecute de acuerdo a los principios constitucionales y conforme a la ley que rige.

A partir de allí, deriva que el fiscal conserva en la etapa de ejecución la función requirente, constituida por las pretensiones acerca de las modalidades en que debe ejecutarse la pena cuyo título ejecutivo está constituido por la sentencia de condena, y esa función debe ajustarse objetivamente a la ley.

Finalmente, traslada a la etapa de ejecución la separación que emerge del texto constitucional entre función requirente y jurisdiccional. Es decir, la capacidad de definición sobre el objeto del caso y de proponer pretensiones sobre éste, y la función de decidir sobre ese objeto y las pretensiones propuestas. Así, quien ejerce la acción mediante pretensiones concretas habilita y limita la jurisdicción en el sentido de que la habilita a pronunciarse sobre el supuesto de hecho de una ley aplicable y, al mismo tiempo, la limita en cuanto no puede fallar *ultra petita*, pues no le corresponde a la jurisdicción sustituir las pretensiones de las partes por considerarlas insuficientes.

Como corolario, concluye que “*si el representante el Ministerio Público entiende que el interés en la ejecución de la pena se satisface ejecutándola bajo una determinada modalidad prevista en la ley, que implique una menor restricción de la libertad física y de otros derechos del condenado -salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, libertad asistida, prisión domiciliaria, prisión discontinua o semidetención-, su pretensión, en la medida en que se mantenga*

registro 687/2017; “Pereyra”, reg. 1664/2018 y “Mansilla”, reg. 798/2019.

*estrictamente dentro de los límites legales, fija el alcance y el límite de la jurisdicción, o si se quiere, el objeto del caso judicial*².

Así, la conclusión se sostiene bajo la lógica según la cual el juez no representa el interés del Estado en la ejecución de la pena, sino que se limita a asumir una función de raigambre constitucional para decidir “casos”, en la que sólo debe asegurar la imparcialidad, pero no tiene autonomía para asumir de oficio el interés en la ejecución de la pena, superando las pretensiones del Ministerio Público Fiscal.

De tal forma, si el Ministerio Público Fiscal presta su asentimiento al pedido del condenado para acceder a la libertad condicional, y su pretensión se mantiene dentro de los límites legales, el mismo resulta vinculante para la jurisdicción. El único marco en el que el juez podrá ordenar que la pena se siga ejecutando de un modo más grave para el condenado se dará cuando la pretensión de la fiscalía carece claramente de base legal suficiente, ya sea porque no se ajusta a los presupuestos legalmente exigidos por la ley de fondo para que la persona acceda al régimen de libertad condicional o porque viola el deber de fundar debidamente su dictamen, en los términos del artículo 69 del CPPN.

III. Proyección en el fuero nacional de ejecución penal

A partir de esta doctrina se ha comenzado a extender entre los jueces del fuero nacional de ejecución una determinada forma de fallar diferentes incidentes liberatorios. En tales resoluciones se observa que, ante la conformidad del fiscal a la solicitud de libertad formulada por la defensa de la persona privada de la libertad, el juez se limita a llevar adelante un control de legalidad y de fundamentación probatoria respecto a la postura propiciada por el agente fiscal y, en caso de que este examen supere -a criterio del magistrado- el estándar fijado por el artículo 69 del CPPN, se dispone “homologar” el acuerdo “tácito” alcanzado entre las partes y, en consecuencia, ordenar la libertad de la persona condenada³.

² Ver fallos “Gentille, reg. 146/15; “Vega”, reg. 181/15; “Cansinos”, reg. 203/2015; “Albornoz”, reg. 247/15; “Zambrana”, reg. 234/15; “Soto Pereyra”, reg. 240/15; “Quinci”, reg. 242/15. En particular, y como antecedente de tales casos, ver la remisión al voto del Dr. García en el caso “Cerrudo”, registro 17.758, del 15/12/2010, al desempeñarse como juez subrogante de la Sala II Cámara Federal de Cacación Penal.

³ Es necesario aclarar que no se trata de todas y cada una de las resoluciones adoptadas en el fuero, sino de algunas de ellas, pero que sirven para ilustrar una dinámica que se ha ido extendiendo y

Entiéndase bien, no es sólo la fórmula de “homologar”, elegida por tales jueces al fallar los casos, sino el contenido de tales resoluciones lo que importa al presente examen. Es que, en sus resoluciones, los jueces terminan limitándose a llevar adelante un relevamiento de los requisitos elementales de procedencia del instituto de que se trate -ya sea un egreso transitorio o una libertad condicional, entre otros- y un control de legalidad sobre la actuación del MPF. De modo que, este proceso de “homologación” parece expresar un retroceso en las facultades o competencias asignadas para fallar el caso o *decir el derecho*. Con mayor claridad, en estas incidencias, los jueces no brindan argumentos normativos, doctrinarios o jurisprudenciales autónomos como presupuesto para el otorgamiento de un instituto liberatorio. En cambio, dada la investidura del fiscal como *representante de los intereses de la sociedad en la ejecución de la pena*, y por influjo del principio acusatorio, los jueces expresan que se ven obligados a fallar en sentido concordante.

Así, en términos operativos, quien decide sobre la eventual procedencia de la libertad sería el fiscal. El juez se reduciría a una suerte de *árbitro* destinado a dotar de *imparcialidad* al proceso en el que las partes debaten sus posturas y, como correlato, su función acabaría con una declaración, en la que ordenará una decisión siguiendo las instrucciones del fiscal.

La pregunta subyacente es si esa forma de fallar las incidencias de ejecución de la pena privativa de la libertad se corresponde con el diseño de la Constitución Nacional, con el orden legal, con el alcance del principio acusatorio, con la operatividad del principio de judicialización en la etapa de ejecución y, finalmente, con el principio *iuria novit curia*.

A través de las respuestas a tales interrogantes, en el presente trabajo se pretende brindar herramientas para la definición sobre el alcance de la actuación de ambas partes, tanto del representante del Ministerio Público Fiscal como del juez durante la tercera etapa del proceso. Ello, no solamente de cara al actual sistema de enjuiciamiento vigente en el orden nacional sino, en especial, frente a la progresiva puesta en marcha del sistema adversarial acusatorio.

consolidando en la forma de resolver las incidencias. En este sentido, considero que detenerme en la descripción exhaustiva de resoluciones de los jueces de grado excedería los fines del presente trabajo y carecería de valor teórico. Por lo que espero contar con la anuencia de los destinatarios de este trabajo para avanzar por vía de hipótesis con este recorte de la realidad, exclusivamente acotada a la presente investigación.

IV. El orden constitucional y legal

Pretendiendo avanzar en el examen desde los presupuestos normativos hacia la vigencia y alcance de los principios vinculados a la materia sometida a examen, el artículo 116 de la CN establece que “[c]orresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación [...]”.

Según María Angélica Gelli, la norma evoca a la *jurisdicción* de los tribunales y “[...] remite a la atribución que tienen los jueces para decir el derecho aplicable al caso. En otras palabras, para juzgar, para resolver judicialmente un conflicto de interés o determinar los hechos delictivos y la sanción correspondiente [...]”⁴.

Así, al igual que los restantes jueces del Poder Judicial de la Nación, en su actuación, los magistrados de ejecución se regirán por el principio de separación de poderes, independencia e imparcialidad⁵. En particular, su intervención durante la tercera etapa del proceso operará como un mecanismo tendiente a garantizar a las personas condenadas a una pena privativa de la libertad un recurso efectivo cuando se violan sus derechos fundamentales o legales⁶.

En cuanto al alcance de esa actuación, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional ha interpretado en diversos precedentes el alcance del artículo 116 de la CN, al señalar que “[...] la cláusula constitucional reclama que el análisis de constitucionalidad de una ley únicamente puede llevarse a cabo frente a un caso concreto regido por la norma de la que se trate. Se advirtió que, en consecuencia, en todo análisis de legitimidad constitucional, la Constitución Nacional reclama, en primer término, por parte del intérprete, que determine si la norma resulta, o no, aplicable al caso. Se explicó que sólo en la medida en que se resuelva primero esta cuestión, y se llegue a la conclusión de que la norma de la que se trata es aplicable al caso concreto, resulta entonces viable el análisis de constitucionalidad de la norma [...] ello es así pues, de lo contrario, significaría llevar adelante [...] un análisis de constitucionalidad en abstracto”⁷.

⁴ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2012, tomo II, p. 532.

⁵ Arts. 1, 75, inc. 20 y 117 de la CN.

⁶ Arts. 8 DUDH, 25 CADH y 2.3 PIDCP; art. 4 de la Ley 24.660.

⁷ Sala 3, “Brizuela”, registro 1147/2017.

De tal forma, el único límite fijado a la instancia judicial en la etapa de ejecución para fallar una incidencia estaría dado por la configuración de un “caso”; es decir, que se encuentren cumplidos los recaudos elementales fijados por la ley para la procedencia del instituto liberatorio de que se trate, que exista una pretensión, prueba y contradicción entre las partes -defensa y ministerio público fiscal-. Satisfechos tales lineamientos, emerge la facultad del juez de decidir sobre el modo de cumplimiento de las sanciones impuestas a las personas privadas de la libertad.

Sentado aquello, e ingresando en la regulación de fondo, tanto respecto a la procedencia de la libertad condicional, las salidas transitorias, semilibertad, prisión domiciliaria, libertad asistida, régimen preparatorio para la liberación, prisión discontinua o semidetención, la ley 24.660 y el Código Penal disponen que es el juez con competencias de ejecución quien tiene la facultad de disponer el modo de cumplimiento de la pena.

Así, a guisa de ejemplo, el artículo 13 del CPN establece determinadas condiciones bajo las cuales las personas privadas de la libertad podrán obtener la libertad condicional “[...] por resolución judicial [...]”; el artículo 19 de la vigente redacción de la Ley 24.660⁸ establece que “[c]orresponderá al juez de ejecución o juez competente disponer las salidas transitorias y el régimen de semilibertad [...]”; el artículo 32 del mismo cuerpo normativo establece que “El juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria [...]”; el artículo 54 prevé que “[e] juez de ejecución o juez competente, a pedido del condenado y previo los informes del organismo técnico-criminológico y del Consejo Correccional del establecimiento, podrá disponer la incorporación del condenado al régimen de libertad asistida [...]”.

Por lo demás, va de suyo que la referida legislación confiere idénticas atribuciones al juez con facultades de ejecución para revocar o suspender tales autorizaciones para retornar al medio libre de forma previa al agotamiento de la pena⁹.

De este modo, la normativa de fondo vigente atribuye al juez la facultad de decidir sobre el modo de cumplimiento de las sanciones impuestas a los condenados y, en consecuencia, la posibilidad de acceder a modalidades de egresos transitorios o de cumplimiento de pena en el medio libre sujeto a reglas. Y tales

⁸ Ley 27.375

⁹ Arts. 15 del CPN; 34 y 56 de la Ley 24.660.

atribuciones guardan correspondencia con que, de modo previo, fue un tribunal de juicio el que fijó esa pena privativa de la libertad.

En este sentido, cobra relevancia la postura del juez Yacobucci al expresar su opinión en el citado precedente “Cerrudo” de la CFCP sobre el alcance del principio acusatorio. Allí, señaló que “[...] en nuestro orden jurídico los tribunales de la Nación tienen la obligación de resolver con base en el derecho vigente aplicándolo razonable, imparcial y objetivamente a esos hechos. Los jueces, entonces, están necesariamente vinculados a los hechos de la causa y, en lo que aquí interesa, tienen otorgadas legalmente incumbencias en materia preventiva especial y general de integración que forman parte de las funciones político criminales del Poder Judicial.” y, paralelamente, que “[l]a jurisdicción ejerce su función esencial que es decir el derecho en un caso determinado, son los jueces los que tienen la atribución de resolver en definitiva acerca del derecho aplicable que siempre se remite a la valoración jurídica de los hechos traídos a su consideración y a las consecuencias de igual naturaleza que le son aplicables, incluidas las de la ejecución de la pena.”.

En esta misma línea, tampoco se advierte en la legislación de forma alguna limitación fijada a los jueces con competencia de ejecución para resolver las incidencias. En el vigente CPPN, el artículo 490 establece con certidumbre que “[...] el juez de ejecución [...] tendrá competencia para resolver todas las cuestiones o incidentes que se susciten durante la ejecución.”. Los debates suscitados sobre esta autorización legislativa se reducen a cuestiones atinentes al momento en que nace la facultad del juez de ejecución -que hace al efecto de la cosa juzgada y a la ejecutoriedad de la sentencia- o a la competencia en razón del territorio¹⁰, pero no se verifican discusiones sobre la limitación a la facultad de fallar el caso del juez a partir de la postura adoptada por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Complementando esa norma, el artículo 491 del código adjetivo establece la forma en la que serán instruidos los incidentes de ejecución, en el que tanto el Ministerio Público Fiscal, el interesado o su defensor podrán impulsar tales incidencias, que serán resueltas por el juez, previa intervención de la contraparte. De tal forma, más allá de regular un proceso bilateral y de establecer un recurso de casación para las resoluciones adversas, no se contempla ningún límite a la facultad de juzgar.

¹⁰ NAVARRO, Guillermo Rafael; DARAY, Roberto Raúl, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, T. 3, p. 460/2.

En última instancia, si surge alguna discrepancia con la interpretación judicial, queda en cabeza de los sujetos procesales agraviados la posibilidad de interponer recurso de casación, en los términos regulados por la segunda parte del artículo 491 del CPPN.

Finalmente, el Código Procesal Penal Federal¹¹, al regular las funciones de los jueces de ejecución en su artículo 57 establece, entre otras facultades, la competencia para resolver “[...] todos los planteos que se susciten durante la ejecución de las penas y medidas curativas o educativas [...] las impugnaciones que se presenten contra las decisiones de la administración penitenciaria [...] dejar sin efecto una pena o modificar las condiciones de su cumplimiento cuando entre en vigencia una ley penal más benigna [...] realizar la unificación de condenas o penas que se adviertan durante la ejecución de la pena.”.

En cuanto al trámite en la etapa de ejecución, la citada norma de forma establece en su artículo 380 que tanto el Ministerio Público Fiscal como el condenado y su defensor podrán realizar los planteos que consideren necesarios ante el juez con funciones de ejecución, que deberán ser resueltos en audiencia, con intervención de las partes.

Con todo, la elemental revisión llevada a cabo respecto a los presupuestos normativos y constitucionales no permite identificar límites a la facultad judicial de *dicir* el derecho en la tercera etapa del proceso penal.

V. El principio de judicialización

Avanzando un paso más, la cuestión tratada demanda examinar el alcance del principio de judicialización, en cuanto establece que la ejecución de la pena privativa de la libertad, en sus distintas modalidades, quede sometida a un permanente control judicial, debiendo garantizarse a la persona privada de la libertad la aplicación de las normas constitucionales y legales¹².

En términos de modelo, la aplicación de este principio durante la tercera etapa del proceso penal acarrea que cada una de las decisiones relacionadas con las condiciones de cumplimiento de la pena de las personas privadas de la libertad sea adoptada o, cuanto menos, sometida al control de un juez. De modo

¹¹ Ley 27.063, modificado por la Ley 27.482.

¹² artículos 3 y 4 de la Ley 24.660.

que comprende no solamente aquellas decisiones que normativamente se encuentran en cabeza del juez con funciones de ejecución -procedencia de egresos transitorios, libertad condicional y asistida-, sino, además, aquellas otras que adopta la autoridad penitenciaria -tales como calificaciones, avances o retrocesos en las diferentes fases del período de tratamiento, sanciones disciplinarias, decisión sobre espacios de alojamientos-. Estas últimas decisiones serán las que, a través del principio en examen, permitirán contar a la persona privada de la libertad con el plexo de garantías propias de las etapas anteriores del proceso penal a la etapa de ejecución de la sentencia.

Así emerge del ya señero fallo “Romero Cacharane” de la CSJN, en cuanto establece que “[e]ste principio llamado de «judicialización» significó, por un lado, que la ejecución de la pena privativa de la libertad, y consecuentemente, las decisiones que al respecto tomara la autoridad penitenciaria debían quedar sometidas al control judicial permanente, a la par que implicó que numerosas facultades que eran propias de la administración requieran hoy de la actuación originaria del juez de ejecución. Estas modificaciones respondieron fundamentalmente a la necesidad de garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales y los tratados internacionales respecto de los condenados, criterio que no es más que un corolario de aquellos principios que procuran que «el ingreso a una prisión, en tal calidad [de condenado], no despoje al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional» [...] Que, a su vez, este control judicial permanente durante la etapa de ejecución tiene como forzoso consecuente que la vigencia de las garantías constitucionales del proceso penal se extienda hasta su agotamiento. En efecto, si la toma de decisión por parte de los jueces no se enmarca en un proceso respetuoso de las garantías constitucionales del derecho penal formal y material, la «judicialización» se transforma en un concepto vacío de contenido, pues el control judicial deja de ser tal [...]”¹³.

Así, resulta claro que el principio demanda la actuación de un órgano judicial imparcial encargado de llevar adelante el control de legalidad sobre la actuación administrativa de la autoridad penitenciaria.

En este orden, al igual que en las etapas anteriores del proceso, se deberá configurar una estructura tridimensional en la cual las partes acerquen pretensiones sobre hechos, prueba y derecho aplicables a cada una de las incidencias

¹³ “Recurso de hecho deducido por H. A. Romero Cacharane en la causa Romero Cacharane, H. A. s/ ejecución penal”, resuelto el 9 de marzo de 2003.

de ejecución y será el juez quien, munido de imparcialidad, independencia y con facultades de contralor sobre el obrar penitenciario, *falle* el caso.

En alcance de este principio se ha visto reconocido a partir de las competencias asignadas por el legislador nacional en el artículo 57 del CPPF a los jueces “con funciones de ejecución”. Concretamente, la norma enumera las siguientes funciones: **a.** Controlar que se respeten todas las garantías constitucionales e instrumentos internacionales de Derechos Humanos en el trato otorgado a los condenados y personas sometidas a medidas de seguridad. En los casos en que tuviere conocimiento de la violación de una garantía en relación a una persona sometida a prisión preventiva, pondrá de inmediato la situación a conocimiento del juez que ordenó la medida. **b.** Controlar el cumplimiento efectivo de las sentencias de condena. **c.** Resolver todos los planteos que se susciten durante la ejecución de las penas y medidas curativas o educativas, así como los referidos a la expulsión de condenados extranjeros en situación irregular en el país. **d.** Resolver las impugnaciones que se presenten contra las decisiones de la administración penitenciaria. **e.** Visitar periódicamente los establecimientos donde se encuentren personas privadas de su libertad, a su disposición. **f.** Dejar sin efecto una pena o modificar las condiciones de su cumplimiento cuando entre en vigencia una ley penal más benigna. **g.** Realizar la unificación de condenas o penas que se adviertan durante la ejecución de la pena.

En términos generales, tales funciones suponen competencias elementales como jueces de garantías, en las que deberán velar porque en cada una de las incidencias de ejecución y en la supervisión de la pena llevada a cabo por la autoridad penitenciaria se respeten los principios y las garantías establecidas por el código adjetivo, la legislación penitenciaria y las normas que integran el bloque de constitucionalidad federal.

Si nos detenemos en las facultades enumeradas, resulta claro que, más allá de las propuestas acercadas por las partes en los incidentes de ejecución, serán los magistrados quienes estarán encargados de resolver cada una de las cuestiones que se susciten cuando se vean vulnerados los derechos de las personas privadas de la libertad en espacios de detención penitenciarios o cuando se pretenda modificar la forma de ejecutar la pena, a través de permisos excepcionales o regulares para retornar de forma paulatina al medio libre.

Entiendo que, la decisión de los jueces respecto al acceso de las personas privadas de la libertad a estas modalidades alternativas al cumplimiento de la pena

en el ámbito penitenciario concentra la tarea más delicada de la magistratura. En su ejercicio, deberá ponderarse no solamente la postura de las partes, sino también que la propuesta formulada por la autoridad penitenciaria y las áreas del tratamiento supere el control judicial suficiente.

En este escenario, resultaría difícil compatibilizar la idea según la cual los magistrados de ejecución se verían limitados a aplicar el derecho a partir del acuerdo alcanzado por las partes. Es que, está claro que las pretensiones de las partes y sus fundamentos normativos y probatorios trazarán el sendero de aquello sobre lo que el juez deberá fallar. No podría admitirse que, de oficio, el magistrado pretenda anular una sanción disciplinaria fijada por la autoridad penitenciaria a una persona privada de la libertad. Será necesario un planteo en concreto de alguna de las partes y la consecuente opinión de la parte contraria. Sin embargo, una vez impulsada la incidencia, pretender cercenar esta actividad alegando la vigencia del principio acusatorio implicaría reducir al juez dentro del proceso penal a la figura de un árbitro, con una función limitada a emitir un laudo.

Esta figura de juez no se corresponde con la doble función que demanda el principio de judicialización, como tercero imparcial ante las propuestas de las partes y como instancia de contralor sobre el obrar penitenciario.

En este sentido, hace ya mucho tiempo Salt afirmaba que el principio de judicialización de la ejecución penal “*no es sólo una opción de política criminal o de conveniencia práctica para mejorar el funcionamiento del sistema penitenciario sino, antes bien, una exigencia constitucional derivada del principio de legalidad penal (CN, 18) y del derecho de los ciudadanos al acceso a la justicia*”¹⁴. En cuanto a su contenido, señalaba que “[...] consiste en asegurar que todas aquellas decisiones de la etapa de ejecución penal que impliquen una modificación de las condiciones cualitativas de cumplimiento de las penas conforme a las regulaciones de la ley penal, deben ser tomadas por un juez penal, órgano jurisdiccional independiente de la administración, en un proceso en el que se respeten las garantías del procedimiento penal.”¹⁵.

En cuanto al impacto de este principio sobre la facultades del juez con funciones de ejecución, se sostiene que “el juez de ejecución adquiere la función de

¹⁴ SALT, Marcos, *Los recursos en la etapa de ejecución penal*, publicado en: *Los recursos en el procedimiento penal*, AAVV, Maier, Bovino y Díaz Cantón (comps.), Buenos Aires, 2^a ed. actualizada, Ed. del Puerto, 2004, p. 388/9.

¹⁵ Ob. cit., p. 206/7.

*verificar jurisdiccionalmente la evolución comportamental del sujeto condenado y su pronóstico de reeducación. De este modo, a un proceso sobre el hecho que se realiza en fase cognitiva, le sigue un proceso sobre el autor operado en fase ejecutiva, donde ya no se discute sobre un hecho sino sobre la subsistencia o no de las condiciones subjetivas que llevaron al condenado a delinquir*¹⁶.

Desde esta perspectiva, resulta lógico que, por imperio de la ley 24.660 y, en particular, de las previsiones de su artículo 3º, la efectivización de la garantía de jurisdicción trae aparejada, además, la vigencia irrestricta dentro de la etapa de ejecución de la pena, de todos aquellos institutos y garantías propias del proceso penal hasta el agotamiento de la misma¹⁷.

En esta dirección, resulta relevante traer al examen, un fallo en el cual la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional precisó o, si se me permite, ajustó la doctrina que emerge del citado fallo Cerrudo. Se trata del caso “Benítez”. Allí, no se debatía el acceso de una persona a un régimen liberatorio sino el alcance del artículo 140 de la Ley 24.660, destinado a adelantar los plazos de la progresividad del régimen penitenciario. En el caso, tanto la defensa como el fiscal habían expuesto posturas coincidentes sobre los plazos a reducir y el juez de grado estableció una reducción menor, lo que motivó que la defensa del condenado dedujera recurso de casación. En el fallo, el juez García señaló que “[...] si de lo que se trata es de la interpretación de las normas jurídicas que rigen la ejecución de la pena, su dictamen no puede tener el efecto de obligar a los jueces a fallar según la interpretación de la ley que hace la fiscalía, porque en la interpretación de la ley los jueces del Poder Judicial de la Nación son soberanos, y su alcance no puede quedar sujeto al acuerdo o concordancia de las partes una vez que exista un caso.” Y precisó que “[e]n el escrito de interposición se pone el acento en la existencia de un acuerdo o ‘concordancia de partes’. Sin embargo, el alcance de la ley de ejecución no puede ser objeto de acuerdo o convenciones de partes. El principio de judicialización no sólo significa que todo condenado tiene acceso a una vía judicial para la protección de sus derechos. Significa también que las penas deben ejecutarse de conformidad con la ley, y ésta no es disponible. De modo que, aun cuando las partes estén de acuerdo sobre su alcance, el principio de judicialización implica que todo acuerdo tiene su límite en la ley, y que el juez o tribunal

¹⁶ MONCLÚS MASÓ, Marta, *La garantía jurisdiccional en la fase ejecutiva del proceso penal*, publ. en: AAVV, *Garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, E. HENDLER (comp.), Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2001, p. 169.

¹⁷ SALT, op. cit. p. 390.

es el garante del respeto por la ley. Pues si la ley fuese disponible por acuerdo de partes, al estilo de los contratos de derecho privado donde rige la autonomía de la voluntad en la medida en que no haya cuestiones de orden público involucradas, entonces no se vislumbra cuál sería el sentido de la judicialización, salvo que reduzca al juez a una mera instancia de homologación.”¹⁸

Con este alcance, la idea de un juez de ejecución que frente al acuerdo de partes en torno a hecho, prueba, derecho aplicable a una incidencia determinada, deba limitarse a llevar adelante un control de legalidad sobre la pretensión del Ministerio Público Fiscal, no puede compatibilizarse con las amplias funciones que emergen del principio de judicialización. Aquello que se persigue con este principio es evitar la denominada “administrativización” de la ejecución de la pena, va de suyo la necesidad de que el juez intervenga sobre el obrar penitenciario y le asigne razonabilidad, a los efectos de evitar que la medida de la pena -en su aspecto cualitativo- exceda aquella fijada por la ley de fondo y por el tribunal de juicio en la etapa anterior del proceso. Este particular modo en la que se lleva adelante la actuación del juez de ejecución dificulta que pueda entenderse que se limita a una función “arbitral” frente a las pretensiones de las partes.

VI. El Sistema Acusatorio

Sentadas aquellas elementales conclusiones en torno al orden constitucional, legal y al principio de judicialización, en adelante corresponde avanzar en un examen más profundo, respecto al establecimiento de limitaciones a la facultad de juzgar por influjo del principio acusatorio en la etapa de ejecución.

Tal cometido, demanda necesariamente definir los contornos y los elementos que fundan a ese modelo de enjuiciamiento penal o, cuanto menos, al proceso penal como una manifestación del principio acusatorio. Ello, habida cuenta que estamos en presencia de un principio cuya implementación demanda necesariamente la realización de una serie de garantías en el proceso penal, sin las cuales quedaría relegado a una mera declamación.

Enseña Maier que el sistema acusatorio diagrama una relación triangular, como forma de llevar a cabo el enjuiciamiento penal, cuya característica prin-

¹⁸ Sala 1, “Benítez”, reg. 833/15.

cipal es la división de poderes: por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputación ejerciendo el derecho de defensa, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir¹⁹.

Importa destacar que, a diferencia del derecho anglosajón, en donde el principio acusatorio encontró origen en la práctica procesal, en el sistema continental fue establecido como un derecho a partir de normas constitucionales y procesales²⁰.

Ese es el contexto en el cual se llevó adelante la reforma constitucional de 1994, que en su art. 120 incorporó la figura del Ministerio Público Fiscal con la función primordial de “*promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República*”, como también las LOMPF 24.946 y 27.148.

En el precedente “Quiroga”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación procuró, por un lado, acompañar las reformas legislativas a partir del reconocimiento de la autonomía funcional del MPF y, por el otro, sentar las bases jurisprudenciales a la hora de aplicar el principio acusatorio, con su nota característica de separación entre las funciones requirente y decisoria. Así, expresó que “[...] la exigencia de la ‘acusación’, si es que ha de salvaguardar la defensa en juicio y la imparcialidad como condiciones del debido proceso, presupone que dicho acto provenga de un tercero diferente a quien ha de juzgar acerca de su viabilidad [...]”²¹.

En ese mismo orden, se sostuvo que “*aun cuando se pueda sostener que los fiscales cumplen, materialmente, una función judicial, en tanto, al igual que los jueces, aspiran a que el proceso finalice con una sentencia justa, lo hacen desde posiciones procesales diversas, y el ejercicio efectivo de la misión que a cada uno de ellos le compete se excluye recíprocamente: ni el fiscal puede juzgar ni el juez puede acusar*”²².

De tal forma, la vigencia de este modelo acarrea una serie de derivaciones elementales.

¹⁹ MAIER, *Derecho Procesal Penal argentino*, T. 1b, pág. 206.

²⁰ ALLIAUD, Alejandra, “La garantía del principio acusatorio”, en *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2001, p. 224.

²¹ Fallos 327:5863, considerando 17 del voto de la mayoría.

²² Fallos: 327:5863, considerando 23 del voto de la mayoría.

a) En primer lugar, la imparcialidad del juzgador, garantía regulada en los arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N.; 8.1 de la C.A.D.H.; 14.1 del P.I.D.C.y P; 10 de la D.U.D.H.; y 26 del D.A.D.D.H., que operará como presupuesto necesario del respeto y la realización de las demás garantías fundamentales.

Al respecto, sostiene Ángela Ledesma que “*El juez no debe tener ningún interés, ni general ni particular, en una u otra solución de la controversia que esta llamado a resolver, al ser su función la de decidir cuál de ellas es verdadera y cuál es falsa, al mismo tiempo, no tiene por qué ser sujeto ‘representativo’, puesto que ningún interés o voluntad que no sea de tutela de los derechos subjetivos lesionados debe condicionar su juicio, ni siquiera el interés de la mayoría, o incluso el de la totalidad de los asociados lesionados.*”²³ En este mismo sentido, afirma Maier que “*La nota de imparcialidad o neutralidad, que caracteriza al concepto de juez, no es un elemento inmanente a cualquier organización judicial, sino un predicado que necesita ser construido, para lo cual operan tanto las reglas referidas a esa organización como las reglas de procedimiento [...]*”, entendidas como “[...] *reglas de garantía del justiciable*”²⁴.

Así, esta garantía está ideada en favor de las partes y su fundamento está dado por el “temor de parcialidad” que puede sufrir el encausado frente a la actuación del juez en el caso concreto. Se intenta, entonces, evitar toda la parcialidad posible, incluso la que no procede de la intención o de la mayor o menor prudencia del juzgador, como así también la absolutamente inconsciente²⁵.

En el dictamen del Procurador ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente “Dieser”, se explicó que “*la imparcialidad del tribunal es uno de los aspectos centrales de las garantías mínimas de la administración de justicia. Con relación al alcance de la obligación de proveer de tribunales imparciales según el artículo 8.1 de la Convención Americana, la CIDH ha afirmado en ocasiones anteriores que la imparcialidad supone que el tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso sub judice [...] Si la imparcialidad personal de un tribunal o juez se presume hasta prueba en contrario, la apreciación objetiva consiste en determinar si independientemente de la conducta personal del juez, ciertos hechos que pueden ser verificados autorizan a sospechar sobre su imparcialidad*” (v. *Informe 78/02, caso 11.335, Guy Malary vs. Haití, 27/12/02*).²⁶

²³ LEDESMA, Ángela E., *El derecho como objeto de litigio penal. Congruencia jurídica*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2016, p. 91.

²⁴ Ob. cit., T. I, pp. 741/2.

²⁵ BOVINO, Alberto, “*Imparcialidad de los jueces y causales de recusación no escritas en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*”, en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 1998, p. 54.

²⁶ Dictamen del Procurador ante la CSJN, de fecha 14/02/2006, Fallos 329:3046.

b) En segundo lugar, la necesidad de que la acusación sea formulada por un tercero diferente del juzgador y que este último aborde el caso sin ningún interés particular. Tales extremos operan como resguardo del derecho de defensa, garantizando así paridad de armas entre el acusador y el acusado.

A partir de allí, es posible realizar dos derivaciones elementales.

La primera, que la función requirente propia del principio acusatorio se ciñe a la delimitación del objeto del litigio, entendido como la delimitación de los hechos y de las pruebas, tarea en la que intervienen tanto el Ministerio Público Fiscal como la defensa -sea esta particular u oficial-, bajo un contexto ideal de igualdad de posiciones.

En segundo término, que la función decisoria trae implícita la jurisdicción, entendida como “*la facultad (poder) que el Estado confiere normativamente a ciertos órganos propios -que crea ya desde su Constitución política, y estatuye y organiza por ley-, de decidir o dar solución a conflictos sociales, conforme a su ley (por ello, del latín iuris dictio: decir el derecho), planteados entre los individuos (personas físicas o ideales) que, transitoria o permanentemente, caen bajo su soberanía o entre esos individuos y el mismo Estado, decisión o solución que respalda y cumple con su propia fuerza pública, si, en el caso, resulta necesario. La jurisdicción penal es, por tanto, la misma facultad o poder de juzgar, referida a esa porción del orden jurídico que denominamos penal*”²⁷.

c) Finalmente, estos principios confluyen en la validación del principio de congruencia. En este sentido, Ledesma sostiene que “*los presupuestos del juicio motivan necesariamente la realización del debate contradictorio, que debe recaer sobre los hechos considerados punibles que se perfilan, así como sobre la calificación jurídica de los hechos, de manera que el acusado tenga la oportunidad de defenderse, pronunciándose no solo sobre la realidad de los hechos aducidos por la acusación, sino también sobre su ilicitud y punibilidad. De modo que, el pleno respeto del principio de bilateralidad vincula al juzgador penal, en cuanto le impide pronunciarse sobre hechos no aportados al proceso, ni objeto de acusación, ni calificar jurídicamente esos hechos de forma que integren un delito de mayor gravedad que el definido en la acusación*”²⁸.

Sobre el alcance de este principio, la CSJN ha sostenido que “*Si bien en orden la justicia represiva, el deber de los magistrados, cualesquiera que fueren las peti-*

²⁷ MAIER, Julio, *Derecho Penal. Sujetos procesales*, Buenos Aires, Tomo II, Ed. Ad-Hoc, 2013, p. 436.

²⁸ LEDESMA, op. cit., p. 99.

ciones de la acusación y la defensa, o las calificaciones que ellas mismas hayan formulado con carácter provisional, consiste en precisar las figuras delictivas que jueguen con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, ese deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyen la materia del juicio.”²⁹ Sucesivamente, en el fallo “Sircovich” interpretó que “el cambio de calificación adoptado por el tribunal será conforme al art. 18 de la CN, a condición de que dicho cambio no haya desbaratado la estrategia defensiva del acusado, impidiéndole ‘formular sus descargos’”³⁰.

En consecuencia, el desarrollo llevado adelante hasta este punto permite afirmar, de modo sumario, que el modelo de enjuiciamiento acusatorio involucra una elemental necesidad de separación entre juez y acusador; que conlleva a la imparcialidad del juzgador; al resguardo del derecho de defensa en juicio y a la vigencia del principio de congruencia.

Ahora bien, la ya señalada aplicación a la etapa de ejecución de la pena de todos aquellos institutos y garantías propias del proceso penal hasta el agotamiento de la misma, habilita la extensión en sus efectos de la dinámica adversarial, caracterizada básicamente como el enfrentamiento de dos partes con posiciones o esquemas argumentales -contradicitorios o no- que son presentados ante un tercero imparcial. En tal contexto, mal podría afirmarse que el *impulso procesal* desaparece o se ve morigerado en el proceso de ejecución. Todo lo contrario: aquella acción penal promovida a lo largo del proceso penal -instrucción, etapa intermedia, debate-, se ve materializada durante la etapa de ejecución de la pena a través de la aplicación de poder punitivo sobre la persona del condenado.

Desde esta perspectiva, y por imperio de lo normado por la LOMP, tanto la defensa de la legalidad como el ejercicio de la acción penal permanecen incólu- mes; siendo que esta última función en esta etapa del proceso penal se materia- lizará en los hechos en la *delimitación del objeto del litigio*.

Esta función -primordial, por cierto-, constituye la concretización de aquel matiz *adversarial* que también debe caracterizar esta fase del procedimiento, toda vez que consiste fundamentalmente en la fijación de las cuestiones sobre las cuales, en un contexto de exposición de postulaciones, deben desarrollar tanto el Fiscal como el Defensor de ejecución, y sobre las cuales deberá decidir

²⁹ Fallos 330:2658, considerando 19 del voto de la mayoría.

³⁰ Fallos 329:4634.

el juez sin la posibilidad de apartamiento del objeto planteado por las partes, so pena de violentar el principio *ne procedat iudex ex officio* y su correlato en este contexto, *ne at index ultra petita partium*.

Como derivación de tales principios, en la tarea de fallar las incidencias de ejecución, el juez penal se verá limitado en el ejercicio de su jurisdicción por la plataforma fáctica y probatoria que haya sido introducida por las partes en el debate. Sin embargo, resta establecer si este modelo, en los términos que se viene resolviendo en el fuero nacional de ejecución penal, también obliga al juez en su facultad de aplicar el derecho al caso.

Para develar este interrogante, entiendo que resulta clarificadora la delimitación fijada por Ferrajoli sobre dos cuestiones estrictamente vinculadas al alcance del modelo acusatorio en un Estado de Derecho.

En primer lugar, sobre la separación entre juez y acusación, y el carácter público del derecho penal. Al respecto, enseña que “[...] entre el modelo teórico acusatorio y la discrecionalidad de la acción penal no existe ningún nexo, ni lógico ni funcional, que sin embargo ha caracterizado siempre a la experiencia práctica -antigua y moderna- del proceso acusatorio. Para disipar el equívoco que se esconde tras la idea de nexo y para comprender mejor los términos de la alternativa entre obligatoriedad y discrecionalidad de la acción penal conviene remontarse a los orígenes del proceso acusatorio. Es claro que en el antiguo proceso acusatorio, donde la iniciativa penal estaba atribuida a la parte ofendida o a cualquier ciudadano, el poder de acusación sólo podía ser discrecional. En un sistema de este género la discrecionalidad estaba, en efecto, no sólo lógicamente implicada, sino incluso axiológicamente justificada por el carácter privado o sólo popular de la acción, cuya omisión, en coherencia con el carácter todavía tendencialmente privado del mismo Derecho penal sustancial, era iniciativa de tolerancia o cuanto menos falta de reacción social frente al delito. Pero al afirmarse el carácter público del Derecho Penal y sus funciones de prevención general no sólo de las venganzas sino asimismo de los delitos, también la acusación perdió progresivamente su originaria naturaleza privada, asumiendo carácter y modalidades enteramente públicos.”³¹.

En segundo lugar, respecto a las características distintivas de la jurisdicción y la imparcialidad del juez. En este sentido, explica que “Estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad [...] han sido asumidas como las señas de identidad más

³¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Verona, Trotta, 2009, p. 567/8.

características de todo sistema penal garantista en un ‘Estado de Derecho’. Estas señas de identidad [...] valen para distinguir la actividad judicial de cualquier otra forma de actividad jurídica; tanto pública como privada [...] En primer lugar, sólo la jurisdicción consiste en la aplicación de leyes (o sea en la calificación legal de) hechos jurídicos [...] sólo la jurisdicción penal esta sujeta a principios de estricta legalidad, que vincula al juez a la verdad de sus pronunciamientos, o sea, a su validez no sólo formal sino también sustancial [...] En segundo lugar, y en consecuencia, la actividad jurisdiccional [...] no está dirigida a la satisfacción de intereses preconstituidos. Los demás órganos del estado [...] aun operando con formas y dentro de los límites establecidos por las leyes, fijan o siguen líneas o finalidades políticas más o menos contingentes, según su colocación institucional y su ámbito de autonomía [...] Los jueces, por el contrario, no persiguen ningún interés prejudicial sino sólo la averiguación de la verdad en cada causa de que conocen, después de un juicio contradictorio entre sujetos portadores de intereses en conflicto [...] La sujeción sólo a la ley, como premisa sustancial de la deducción judicial y a la vez única fuente de legitimación política, expresa, pues, la colocación institucional del juez.”³².

A partir de tales premisas, y contrariamente a cuanto emerge de esta práctica de “homologación” en el fuero nacional de ejecución, en tanto se cuente con un juez claramente separado de la facultad de acusar y, sucesivamente, imbuido de las notas de independencia e imparcialidad para juzgar el caso, se trata del actor del proceso que cuenta con mayor legitimidad para desempeñar la función de interpretar y aplicar el derecho al caso, por sobre el representante del Ministerio Público Fiscal.

En este sentido, en caso de que la instancia judicial resuelva con estos resguardos no podría sostenerse que su fallo adverso a la pretensión fiscal coloque al representante de la acusación en la posición de un mero dictaminador, con un papel irrelevante en esta etapa del proceso penal, similar a lo que sucedía en los sistemas inquisitivos. Bajo los contornos fijados, se preservará la función del Ministerio Público Fiscal, dentro de la ya reseñada división de funciones que debe respetarse en un debido proceso acusatorio.

Por lo demás, este esquema de actuación se corresponde con el brocardo latino *iuria novit curia* en el modelo de enjuiciamiento sometido a examen. Más allá de las precisiones terminológicas, es convencionalmente interpretado como

³² FERRAJOLI, Luigi, op. cit. p. 578/9.

“el juez conoce el derecho”. La formulación más elemental de esta máxima refiere a que, en su actuación en el proceso penal, resulta competencia del juez “decir el derecho” o fallar el caso. Así, guarda correlato con el viejo y conocido aforismo latino *da mihi factum, dabo tibi ius*, traducido como: “dame los hechos, yo te daré el derecho”.

En ese sentido, tanto el derecho de defensa en juicio, el principio de contradicción y el principio de congruencia fijarán límites a esta facultad de juzgar. El juez no podrá expedirse sobre cuestiones que no fueron planteadas por las partes o probadas en el proceso.

Así, señala con claridad Maier que “[...] la sentencia sólo se debe expedir sobre el hecho y las circunstancias que contiene la acusación, que han sido intimadas al acusado y, por consiguiente, sobre aquellos elementos de la imputación acerca de los cuales él ha tenido oportunidad de ser oído: ello implica vedar que el fallo se extienda a hechos o circunstancias no contenidos en el proceso [...].” En ese sentido, precisa que “[...] todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre la cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir (esto es, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente), lesiona el principio [de defensa].”³³.

Finalmente, y cuanto importa al presente examen, concluye que “[l]a regla no se extiende, como principio, a la subsunción de los hechos bajo conceptos jurídicos. El tribunal que falla puede adjudicar al hecho acusado una calificación jurídica distinta a la expresada en la acusación (*iuria novit curia*)”. En este sentido, el único límite a la jurisdicción es que se suscite un “cambio brusco del punto de vista jurídico bajo el cual se examina un hecho”. Así, concluye que “[...] la regla que impone a la acusación la necesidad de calificar jurídicamente el hecho imputado cumple, sin duda, el papel de orientar la actividad defensiva; y, a pesar de que se permita, en general, que la sentencia se aparte del significado jurídico preciso que pretenda la acusación, la regla no tolera, sin lesión del principio que es su punto de partida, una interpretación irrazonable en contra del imputado.”³⁴.

Trasladando estas perspectivas propias del juicio a la etapa de ejecución, la única limitación que puede derivarse al juez en su función de decir el derecho es que al momento de denegar el acceso de una persona privada de la libertad a determinado instituto liberatorio genere una “sorpresa” en el legitimado pasivo.

³³ MAIER, op. cit. p. 568.

³⁴ MAIER, op. cit., p. 569.

Es decir, que se expida sobre perspectivas fácticas o probatorias que no hubiesen estado al alcance de las partes durante el debate, careciendo así de la facultad de cuestionarlas o controlarlas y, en definitiva, de la efectiva materialización del derecho de defensa en juicio.

VII. Conclusiones

El desarrollo llevado a cabo hasta este punto permite afirmar, en primer lugar, que aun consintiendo la idea de que la función del representante del Ministerio Público Fiscal en esta etapa del proceso es la de definir o guiar el interés estatal en la ejecución de la pena, no puede limitar la facultad del juez con funciones de ejecución de aplicar el derecho al caso.

Así, la elemental revisión llevada a cabo respecto a los presupuestos constitucionales y legales no permite identificar límites a la facultad judicial de *dicir* el derecho en la tercera etapa del proceso penal. Paralelamente, la idea de un juez de ejecución que frente al acuerdo de partes en torno a hecho, prueba, derecho aplicable a una incidencia determinada, deba limitarse a llevar adelante un control de legalidad sobre la pretensión del Ministerio Público Fiscal, no puede compatibilizarse con las amplias funciones que emergen del principio de judicialización.

Sucesivamente, el examen llevado a cabo respecto al alcance del principio acusatorio da cuenta que en la tarea de fallar las incidencias de ejecución, el juez penal se verá limitado solamente en el ejercicio de su jurisdicción por la plataforma fáctica y probatoria que haya sido introducida por las partes en el debate.

Sin embargo, en tanto se cuente con un juez imbuido de las notas de independencia e imparcialidad para juzgar el caso, y que en la incidencia liberatoria en trámite se haya respetado el derecho de defensa de la persona condenada y el principio de congruencia, se trata del actor del proceso que cuenta con mayor legitimidad para desempeñar la función de interpretar y aplicar el derecho al caso, por sobre el representante del Ministerio Público Fiscal.

Consecuentemente, la praxis judicial dirigida a incluir en un supuesto de “homologación” tanto las circunstancias de hecho como la determinación de la normativa aplicable no sólo constituye un ejercicio alejado de las pautas básicas del principio acusatorio, sino que además desdibuja de manera irrazonable la función decisoria establecida por la ley.

Por el contrario, entiendo que el desarrollo llevado a cabo da cuenta que, en tanto se respeten las garantías que integran el modelo de enjuiciamiento acusatorio -imparcialidad, defensa, congruencia- la decisión del juez de ejecución tendrá una mayor capacidad de rendimiento, en tanto, luego de escuchar a las partes con intereses particulares, brindará fundamentos autónomos para fallar el caso con estricto apego al principio de legalidad.

OTROS

El millonario negocio de los criaderos ilegales: del maltrato animal a la organización criminal

Sandra M. Ruggieri*

“Si una persona es cruel con un animal, se considera crueldad, pero cuando muchas personas son crueles con los animales, especialmente en nombre del comercio, la crueldad se acepta y una vez que hay dinero de por medio, será defendida por personas inteligentes.”
(Harrison, Ruth 1964)

I. Mascotas: un negocio que crece

Si bien desde siempre el sector de las mascotas ha ofrecido muchas oportunidades de negocio para criadores, veterinarios, fabricantes de alimentos, farmacéuticas, etc.; en los últimos años el negocio mundial de los animales de compañía marcó una tendencia claramente en alza.

Conforme surge de los estudios especializados en la materia, la pandemia impulsó el boom de mascotas y servicios para ellas de manera exponencial, ya que hubo quienes optaron por un animal de compañía ante las constantes recomendaciones de distanciamiento de otras personas.

Desde el año 2020, la tenencia de mascotas aumentó más de un 50 % en países de Europa, Reino Unido, Alemania, Francia y España. Es un segmento en franca y rápida expansión y los analistas predicen que estará valorado en 500 millones de dólares en 2030¹. En España, por ejemplo, se contabilizan más de

* Secretaria de la Fiscalía Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 2 Abogada egresada de la UCA Especialista en Administración de Justicia de la Universidad de Buenos Aires.

¹ EURONEWS, *El negocio de los animales de compañía crece vertiginosamente*, consultado en [https://es.euronews.com/business/2024/01/17/el-negocio-de-los-animales-de-compania-crece-vertiginosamente]

30 millones de mascotas, de las cuales, más de 9 millones son perros y casi 6 millones son gatos (para hacernos una idea de la magnitud de ese mercado, basta con decir que en ese país hay 6 millones de niños menores de 15 años)².

En nuestro país, el mercado de mascotas representa unos US\$800 millones en su conjunto. Se estima que en Argentina hay unos 17 millones de perros y unos 6 millones de gatos³. Según un estudio de la consultora Kantar, 8 de cada 10 argentinos poseen al menos una mascota en su hogar, y en distritos como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la tenencia de perros y gatos aumentó un 9 % en menos de diez años. Para esta consultora, del total de mascotas casi el 80 % son perros y un 51 % gatos⁴.

La Revista Forbes Argentina grafica la tendencia de la siguiente manera: mientras en 2017 el 73 % tenía mascotas en el hogar, luego de la pandemia, se registró un crecimiento de 3 puntos (76 %) en 2022, alcanzando al 80 % en el año 2023.

Esa tendencia del mercado, junto al nuevo paradigma de “humanización de las mascotas”, dio lugar a nuevos emprendimientos y a una expansión de negocios vinculados con los productos y servicios destinados a nuestros amigos: “Cuando las mascotas ocupan un rol preponderante, central, en la vida de sus dueños surgen nuevas necesidades y demandas; el mercado percibe esto e intenta satisfacerlas, de ahí la diversidad de propuestas de productos y servicios que fueron apareciendo en los últimos tiempos. Es muy probable que esta tendencia continúe y aumente entre los argentinos tal como se ha registrado en otros países” afirma Julieta Dejean, Directora Comercial de Kantar Insights Argentina⁵.

² RAMOS, David, *El negocio de las mascotas: Los ‘peludos’ dan mucho jugo*, consultado en [<https://emprendedores.es/ideas-de-negocio/oportunidades-de-negocio/negocio-mascotas-2/>]

³ ANTON, Marisol, *Mascotas. Los perros y los gatos son una fuente inagotable de likes... y negocios*, consultado en [<https://www.lanacion.com.ar/economia/negocios/mascotas-los-perros-y-los-gatos-son-una-fuente-inagotable-de-likes-y-negocios-nid04032023>]

⁴ ESCALANTE, Ariel, *Marketing premium: el mercado de las mascotas se dispara de la mano de los vínculos cada vez más “humanizados”*, consultado en [<https://www.lanacion.com.ar/economia/negocios/marketing-premium-el-mercado-de-las-mascotas-se-dispara-de-la-mano-de-los-vinculos-cada-vez-mas-nid08022025/>]

⁵ ÓMNIBUS KANTAR ARGENTINA, consultado en [<https://www.totalmedios.com/nota/59177/las-mascotas-y-los-argentinos-el-80-tiene-al-menos-un-animal-en-su-casa>]

II. No todo lo que brilla es oro: la proliferación de criaderos clandestinos

Esa tendencia del mercado junto con el crecimiento masivo del e-commerce dio lugar a la lamentable proliferación de los criaderos clandestinos de perros y/o gatos que, junto con la venta informal, operan al margen de la ley, sin respetar las regulaciones y estándares mínimos de cuidado animal, a lo que se suma maltratos físicos y psíquicos que suceden en el interior de estos centros de reproducción⁶.

Pero estos criaderos no sólo provocan un sufrimiento a los seres que son víctimas de un negocio millonario -dado que la venta de un perro puede superar el 1.000.000 de pesos o, como el allanado recientemente, gatos de raza valuados en más de US\$27.000⁷- sino que las deplorables condiciones en que se encuentran muchos de ellos pueden provocar un impacto a la salud del resto de los animales domésticos y a la población en general.

La mecánica que utilizan estas “fábricas de mascotas” ilegales suele ser similar en la mayoría de los casos: valiéndose de la creciente popularidad de las redes sociales y de la falta de control de las plataformas de comercio electrónico, ofrecen a la venta cachorros de diferentes razas y supuestos pedigrees con fotos llamativas y encantadoras facilitando entregarlos a domicilio con papeles y vacunas al día. Escondidos detrás de un nombre de fantasía, no indican a los interesados ni dirección ni formas de poder asistir personalmente al supuesto establecimiento para ver los animales en su ámbito. Los cachorros son entregados a domicilio en aparentes condiciones de bienestar que no son tales, ya que muchas veces son portadores de virus que les provocan diferentes enfermedades en el corto plazo, que conllevan, en el mejor de los casos, unos elevados gastos veterinarios, cuando no incluso la muerte. Los “papeles” que dicen entregar no existen ya que no están inscriptos legalmente como criaderos y la supuesta libreta sanitaria del animal no suele reunir las condiciones necesarias de validez, como ser siquiera el sello y/o la firma de un veterinario responsable.

Mediante la reproducción masiva de cachorros, personas inescrupulosas y al margen de la ley buscan obtener beneficios económicos sin considerar ni el

⁶ FALCONE, Santiago Emmanuel, *Maltrato animal: un negocio que mueve millones que está invisibilizado*, consultado en [<https://iseccpost.com.ar/index.php?view=article&id=693:maltrato-animal-el-negocio-invisibilizado-2&catid=8>]

⁷ LA NACION, *Constitución: clausuraron un criadero ilegal de gatos de raza valuados en más de US\$ 27.000*, consultado en [<https://www.lanacion.com.ar/seguridad/constitucion-clausuran-un-criadero-ilegal-de-gatos-de-raza-valuados-en-mas-de-us27000-nid26032025/>]

bienestar ni la salud de los animales. Los animales en estos criaderos viven en espacios reducidos y poco higiénicos sin acceso adecuado a la alimentación, agua limpia o atención veterinaria. La falta de condiciones adecuadas propicia la propagación de enfermedades y la proliferación de parásitos, generando sufrimiento y deterioro en la salud de estos animales.

Por manejarse en la informalidad, no tienen ningún tipo de control ni cumplimiento de estándares que requiere la actividad, lo que hace que se desarrolle en lugares de muy poca higiene, falta de desinfección e insalubres para los animales.

Estos establecimientos clandestinos generalmente se ubican en domicilios particulares, donde se produce una afectación ambiental con ruidos y olores, como así también falta o inadecuado tratamiento de las aguas negras, todo lo cual configura de por sí un ilícito ambiental.

Amén de ello, se identifican actos de maltrato y crueldad contra los animales: encierro, extirpación de cuerdas vocales, enfermedades por falta de cuidados médicos veterinarios, falta de higiene, técnicas de inseminación artificial sin respetar los ciclos de reproducción natural de las perras, desnutrición, entre muchos otros⁸.

“Los criaderos proliferan cada día más porque es un negocio fácil que nadie regula. Con un par de ejemplares, un macho y una hembra, se puede iniciar un negocio muy redituable y muy inescrupuloso [...] Los peligros para los perros que crecen en estos lugares dependen de cómo se ha tratado a los padres, a la madre especialmente, de quien pueden heredar problemas de desnutrición y descalcificación. Cuando los animales nacen ya con problemas son descartados. Los más generosos los regalan, pero otros no los alientan y los dejan morir. Es un negocio muy cruel si no se hace en forma responsable. No digo que todos los criaderos sean malos, pero en general no son buenos y llevan maltrato animal”, comentó Graciela Finoli, presidenta de la Fundación para la Defensa y Control del Animal Comunitario (Fundaco)⁹.

Es común y moneda corriente que, en los allanamientos realizados, se encuentren los animales no humanos en un estado de vulnerabilidad absoluta

⁸ SERRA, Juan Ignacio, “Criadero de perros/as, maltrato, enfermedades y muerte”, TR LA LEY AR/DOC/3191/2022

⁹ GIL MOREIRA, Josefina, *Maltrato animal: qué se esconde detrás de la clausura de tres criaderos de perros en menos de un mes*, consultado en [<https://www.lanacion.com.ar/sociedad/maltrato-animal-que-se-esconde-detrás-de-la-clausura-de-tres-criaderos-de-perros-en-menos-de-un-mes-nid18072022/>]

por la superpoblación animal, la falta de control médico veterinario y las malas condiciones de higiene. Suelen carecer de las vacunas obligatorias, sin la correcta atención médica-veterinaria, y pésimas condiciones higiénicas y ambientales¹⁰.

La parvovirus canina es una de las principales enfermedades virales caninas y afecta a los caninos jóvenes a partir de las 6 semanas al perder la inmunidad maternal. Es una enfermedad de alta morbilidad (proporción de seres vivos que enferman en un sitio y tiempo determinado) y mortalidad (proporción de seres vivos que mueren en un sitio y período determinado con respecto al total de la población), por lo que es un virus potencialmente letal para otros perros que tengan contacto con las heces o el material contaminado e, incluso, es muy difícil de erradicar de los hogares que adquieran un perro con la enfermedad, dado que puede permanecer por meses, incluso si el perro infectado ya no está.

Entre las enfermedades virales que afectan a los gatos se encuentran la panleucopenia felina, el calicivirus felino, el virus de la inmunodeficiencia felina (FIV) y el virus de la leucemia felina (FeLV), todas ellas también muy contagiosas y mortales para la especie.

III. La protección de los animales en la legislación

En el mundo, la primera ley para la protección de los animales se sancionó en Inglaterra en 1822, dando lugar a la posterior fundación de la aún Royal Society for the Prevention of Cruelty to Animals (RSPCA).

No obstante, fue recién en 1964 cuando Ruth Harrison publicó su libro “Animal Machines”, en el que denunció las condiciones de maltrato y hacinamiento en las que vivían los animales en las granjas industriales que escandalizó a la sociedad de ese entonces al tomar conciencia de cómo se criaban los animales en esos establecimientos. El impacto que la publicación generó en la sociedad británica llevó al Parlamento a la creación de un Comité que elaboró

¹⁰ LA NACION, *Maltrato animal: rescataron a 57 caniches de un criadero ilegal en Flores*, consultado en [https://www.lanacion.com.ar/sociedad/maltrato-animal-rescataron-a-57-caniches-de-un-criadero-ilegal-en-flores-nid01112024/]; INFOBAE, *Clausuraron dos criaderos ilegales de perros en Villa Crespo y Mataderos: rescataron a 18 ejemplares de una raza japonesa*, consultado en [https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2024/04/17/clausuraron-dos-criaderos-ilegales-de-perros-en-villa-crespo-y-mataderos-rescataron-a-18-ejemplares-de-una-raza-japonesa/]; BRIZUELA, Melina, *Criaderos ilegales de perros: la lucha por los derechos de los animales en Argentina*, consultado en https://www.infobae.com/perros-y-gatos/2024/09/13/criaderos-ilegales-de-perros-la-lucha-por-los-derechos-de-los-animales-en-argentina/

el primer documento oficial sobre las condiciones del trato animal en la producción: el Informe Brambell (Brambell, 1965). Este comité fue el primero en proponer una definición científica de bienestar. Sus miembros comenzaron a tratar la importancia del comportamiento con relación al bienestar animal, destacaron la necesidad de su estudio científico y aceptaron que los animales tenían sentimientos, lo que iba en contra de la tendencia conductista del momento.

En base a las conclusiones elaboradas en el Informe Brambell, en el año 1993, el Consejo de Bienestar para los Animales de Granja del Reino Unido¹¹ formuló lo que hoy se conoce como las famosas cinco libertades adoptadas por la Organización Mundial de Sanidad Animal (OMSA):

- Libertad de sed, hambre y malnutrición, por acceso a agua fresca y a una dieta que mantenga plena salud y vigor;
- Libertad de incomodidad, proveyendo un apropiado ambiente, incluyendo refugio y una confortable área de descanso;
- Libertad de dolor, heridas y enfermedades, mediante prevención o diagnóstico rápido;
- Libertad para expresar su comportamiento normal, proveyendo suficiente espacio, instalaciones apropiadas y compañía de animales del mismo tipo;
- Libertad de miedo y aflicción, proveyendo condiciones que eviten el sufrimiento mental.

De conformidad con ellas, el Bienestar Animal representa el modo en que un animal afronta las condiciones de su entorno considerando que se encuentra en condiciones de bienestar si puede experimentar esas cinco libertades.

Indistintamente de la especie, tipo de crianza y uso, un animal debe criarse en situaciones de mínimo estrés, dolor y/o temor permitiendo que satisfaga sus necesidades nutricionales, sanitarias, ambientales y sociales (comportamiento natural), y logre el estado de bienestar en cada momento o etapa de su vida.

El Bienestar Animal no sólo resulta un aspecto ético que se proyecta en el trato compasivo, la tenencia y la producción de animales domésticos por los incontables beneficios que el hombre obtiene de su uso con fines de trabajo, producción, deporte, investigación y/o educación, sino que además posee bases científicas respecto de su impacto negativo cuando no es atendido¹².

¹¹ Conocido por sus siglas en inglés FAWC (Farm Animal Welfare Council).

¹² SENASA, *Manual de bienestar animal: un enfoque práctico para el buen manejo de especies domésticas, durante su tenencia, producción, concentración, transporte y faena*, Versión 1, octubre

Para la Organización Mundial de Sanidad Animal, el Bienestar Animal es un tema complejo con múltiples dimensiones científicas, éticas, económicas, sociales, religiosas y políticas y, desde comienzos del nuevo milenio, ha ido estableciendo principios y recomendaciones para que los países miembros de esa Organización -entre ellos, nuestro país- armonicen su legislación en ese sentido.

En Argentina, en el año 1881, se creó la Sociedad Argentina Protectora de los Animales (SAPA), que fue presidida en sus inicios por el Dr. Domingo Faustino Sarmiento y luego por Ignacio Lucas Albaracín; quienes promovieron la sanción de la primera ley de protección animal en el año 1891, la Ley 2.786 conocida como “Ley Sarmiento” que declaraba actos punibles “los malos tratamientos” ejercitados contra los animales.

En el año 1954 se promulgó la Ley N° 14.346 -aún vigente- que forma parte de las leyes suplementarias del Código Penal de la Nación Argentina. Este cuerpo normativo reprime a los autores de malos tratos o actos de crueldad frente a los animales con penas que van desde los 15 (quince) días a 1 (un) año de arresto.

Según el texto legal, se consideran actos de maltrato:

- No alimentar en cantidad y calidad suficiente a los animales domésticos o cautivos;
- Azuzarlos para el trabajo mediante instrumentos que, no siendo de simple estímulo, les provoque innecesarios castigos o sensaciones dolorosas;
- Hacerlos trabajar en jornadas excesivas sin proporcionarles descanso adecuado, según las estaciones climáticas;
- Emplearlos en el trabajo cuando no se hallen en estado físico adecuado;
- Estimularlos con drogas sin perseguir fines terapéuticos;
- Emplear animales en el tiro de vehículos que excedan notoriamente sus fuerzas.

En tanto, considera actos de crueldad:

- Practicar vivisección con fines que no sean científicamente demostrables y en lugares o por personas que no estén debidamente autorizados para ello;
- Mutilar cualquier parte del cuerpo del animal, salvo que el acto tenga fines de mejoramiento, marcación o higiene de la respectiva especie animal o se realice por motivos de piedad;

- Intervenir quirúrgicamente animales sin anestesia y sin poseer título de médico o veterinario, con fines que no sean terapéuticos o de perfeccionamiento técnico operatorio, salvo el caso de urgencia debidamente comprobada;
- Experimentar con animales de grado superior en la escala zoológica;
- Abandonar a sus propios medios a los animales utilizados en experimentaciones;
- Causar la muerte de animales grávidos cuando tal estado es patente en el animal y salvo el caso de las industrias legalmente establecidas que se fundan sobre la explotación del nonato;
- Lastimar y arrollar animales intencionalmente, causarles torturas o sufrimientos innecesarios o matarlos por sólo espíritu de perversidad;
- Realizar actos públicos o privados de riñas de animales, corridas de toros, novilladas y parodias en que se mate, hiera u hostilice a los animales.

En el año 2011, con el fin de profundizar el cuidado y la tenencia responsable de perros y gatos, y tendiendo al mejoramiento del estado sanitario y al bienestar de estos y de la comunidad toda, mediante el Decreto 1088/2011 se Creó el “Programa Nacional de Tenencia Responsable y Sanidad de Perros y Gatos”. Su objetivo principal consiste en favorecer y fomentar la tenencia responsable de perros y gatos, tendiendo al mejoramiento del estado sanitario y al bienestar.

En sus considerandos, refiere a la Declaración Universal de los Derechos de los Animales del año 1977, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.) y por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (U.N.E.S.C.O.), en cuanto en su artículo 3 dispone que ningún animal será sometido a malos tratos ni a actos crueles y que si es necesaria la muerte de un animal, ésta debe ser instantánea, indolora y no generadora de angustia; y al artículo 5, que establece que todo animal perteneciente a una especie que viva tradicionalmente en el entorno del hombre tiene derecho a vivir y crecer al ritmo y en las condiciones de vida y de libertad que sean propias de su especie y que toda modificación de dicho ritmo o condiciones que fuera impuesta por el hombre con fines mercantiles es contraria a derecho.

Reconoce que la tenencia responsable y el cuidado sanitario de perros y gatos no sólo conlleva el mejoramiento del estado sanitario de los mismos, sino que también contribuye directamente al bienestar de la comunidad en su conjunto dado el riesgo a la población que puede traducirse en la posibilidad de que perpetúen enfermedades transmisibles al ser humano, como la rabia, la

leishmaniasis visceral, la hidatidosis, la toxocariasis, la leptospirosis, la brucellosis y la toxoplasmosis.

Establece una serie de presupuestos mínimos entre los que se enumera preservar la diversidad biológica, evitando todo acto que implique malos tratos o crueldad, como así también estimular la tenencia responsable y la sanidad de los caninos y felinos por parte de las persona o de la familia respecto a su mascota, a fin de asegurar el bienestar de los animales, de las personas y su entorno.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires es el único lugar del país en donde los criaderos de perros están prohibidos expresamente por la Ordenanza N° 41.831/87. En cuanto a la venta, sólo se pueden comercializar animales domésticos en veterinarias o pets shops habilitados conforme la reglamentación vigente. Asimismo, la Ley 451 establece sanciones para quienes vendan o guarden animales en infracción a las normas zoo-sanitarias o de seguridad¹³; y la Ley 6173 hace lo propio respecto a quien omite recaudos de cuidado de un animal a cargo, quien mantiene animales domésticos en instalaciones o espacios inadecuados respecto a su bienestar afectando su salud, higiene o esparcimiento, menoscabe su integridad de manera tal que le provoque un perjuicio para su salud física o psíquica exponiéndolo a una situación de vulnerabilidad.

En el resto del país, la crianza de animales domésticos, en particular perros y gatos, con fines comerciales sólo puede efectuarse en los establecimientos que cuentan con la debida autorización y/o habilitación municipal expresa y previa.

Asimismo, diversos municipios dictaron Ordenanzas que tienen como objeto tanto la tenencia responsable como las tareas de control de salubridad, vacunación y esterilización de animales domésticos.

Actualmente, existen varios proyectos de ley que pretenden modificar el Código Penal incorporando nuevos delitos bajo la categoría de “actos de maltrato animal” y “actos de crueldad animal” endureciendo las penas y aumentando las multas.

¹³ Art. 1.2.9 Ley N° 451

IV. Los criaderos ilegales en la Justicia: la primera condena oral en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires

En marzo de 2024 se llevó a cabo en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires el primer juicio oral en contra del dueño de un criadero ilegal por crueldad animal, que culminó con la condena al imputado por la comisión de actos de crueldad animal consistentes en haber causado sufrimientos innecesarios a los animales no humanos que estaban bajo su cuidado conforme lo previsto en el art. 3 de la ley 14346¹⁴. Por lo novedoso del tema contó con varias repercusiones mediáticas¹⁵.

El juicio se llevó a cabo a instancias de la causa iniciada por la Unidad Fiscal Especializada en Material Ambiental (UFEMA) a cargo del Fiscal Penal Dr. Carlos Rolero Santurian y tramitó en el Juzgado en lo Penal Contravencional y de Faltas N° 15 a cargo de la Dra. Karina Andrade

La Fiscalía sostuvo que, en ocasión de cumplimentarse una orden de allanamiento oportunamente impartida, se comprobó el funcionamiento de un criadero ilegal de perros encontrándose un total de diecisiete (17) individuos de distintas razas en condiciones que configuraban actos de crueldad. En el procedimiento participó personal del Cuerpo de Investigaciones Judiciales (CIJ)

¹⁴ Juzgado en lo Cont. Adm y Trib. N° 15, CABA, O.D.P. s/Ley de Protección al Animal. *Malos tratos o actos de crueldad y otros*, CUIJ: DEB J-01-00033094-5/2022-1 Actuación N° 655824/2024, del 8 de abril del 2024

¹⁵ SAIJ, *La justicia porteña condena al responsable de un criadero clandestino por crueldad animal*, consultado en [<https://www.saij.gob.ar/justicia-portena-condena-al-responsable-criadero-clandestino-crueldad-animal-nv41822-2024-04-08/123456789-0abc-228-14ti-lpssedadevon>]; IJUDICIAL, Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, *Maltrato animal: primer juicio oral de la Ciudad de Buenos Aires*, consultado en [<https://ijudicial.gob.ar/20https://ijudicial.gob.ar/2024/maltrato-animal-primer-juicio-oral-de-la-ciudad-de-buenos-aires/>]; MARTINO, Tomás, *Fallo histórico: condenaron por crueldad animal al dueño de un criadero clandestino*, consultado en [https://www.infobae.com/judiciales/2024/03/27/fallo-histrico-condenaron-por-crueldad-animal-al-dueno-de-un-criadero-clandestino/?gad_source=1&gclid=Cj0KCQjwv_m-BhC4ARIsA1qNeBuIRVFIiBgxYrDcuS7HJQAljK4UwlOf7W9xYmtSE8P8S8F6WJsa6FkaAppeEALw_wcB]; SOCIEDAD DE MEDICINA VETERINARIA, *Fallo histórico por primera vez condenan por crueldad animal al dueño de un criadero de perros en la Ciudad de Buenos Aires*, consultado en [<https://www.someve.com.ar/index.php/noticias-someve/interes-general/2188-fallo-hist%C3%83rico-por-primeravez-condenan-por-crueldad-animal-al-due%C3%83o-de-un-criadero-de-perros-en-la-ciudad-de-buenos-aires.html>]; CLARIN, *Fallo histórico: por primera vez condenan por crueldad animal al dueño de un criadero de perros en la Ciudad de Buenos Aires*, consultado en [https://www.clarin.com/sociedad/fallo-historico-primeravez-condenan-crueldad-animal-dueno-criadero-perros-ciudad-buenos-aires_0_WWFk5n8bUE.html?srsltid=AfmB0oqvX50EK2YeGpqf7D0nKfvqfmc359MSc4S7grIjJvEvc2uYaRH4]

del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad, personal de la División de Delitos Ambientales de la Policía de la Ciudad, un médico veterinario de la Agencia de protección Ambiental del Ministerio de Ambiente y Espacio Público del GCBA, una médica veterinaria de la División Canes de la Policía de la Ciudad y la inspectora de la Dirección General de Control Ambiental (DGCONTA) del GCBA.

El Dr. Rolero Santurian consideró que los actos de crueldad animal podían entenderse configurados con la mera existencia de un criadero por lo que dicha actividad implicaba para la vida de los animales, pero sobre todo por las condiciones en las cuales el imputado los mantenía ya que el lugar presentaba graves falencias higiénicas sanitarias, circunstancias que afectaron de manera directa a los seres sintientes.

Para encuadrar el caso dentro del sufrimiento innecesario que el tipo penal exige, analizó el propósito del legislador que sancionó la ley 14346 y sostuvo que el concepto de sufrimiento, según la Real Academia Española, se vincula al padecimiento, al dolor o la pena que se causa. Consideró que si la norma sólo reprimiera el “exceso” de ese padecimiento, en este caso puntual, ello se vio configurado dado que los animales encontrados en el lugar estaban recibiendo sin ninguna duda un sufrimiento innecesario.

Como resultado del juicio, la jueza Karina Andrade condenó al imputado a la pena de ocho (8) meses de prisión en suspenso por el delito de cometer actos de crueldad animal por considerar probada la hipótesis del Ministerio Público Fiscal y, con ello, que el contexto en el que vivían los animales constituía un acto de crueldad por la producción de un sufrimiento innecesario conforme el art. 3 inc. 7 de la Ley Nacional 14.346.

Para la jueza, la Ley 14346 jerarquizó a los animales y los dotó de un estatus jurídico legal en el cual resultan ser sujetos de derecho. Los animales son las verdaderas víctimas del delito toda vez que en el delito de maltrato animal el bien jurídico tutelado es el derecho del propio animal a no ser objeto de crueldad. La dignidad es un valor intrínseco de todo animal que no puede ser soslayado por parte de quien lo tiene a su cargo. La dignidad está afectada y vulnerada cuando quien decidió tener a cargo a un animal le impone una forma de vida que lo despoja de su subjetividad, no lo cuida, no lo trata en su singularidad, no le garantiza la salida de la vivienda, la recreación, aire fresco y un lugar para descansar.

En ese marco, se refirió específicamente a los criaderos. Sostuvo que el objetivo de todo criadero es el lucro económico, no es criar sino vender, se hacen nacer seres para ser vendidos. Todo criadero, en tanto supone cosificar a los animales, lleva consigo la eliminación de su trato con dignidad como sujeto de derechos y la constante en el deterioro de la vida física y psíquica de los animales cuando viven en ese contexto.

En cuanto al tipo subjetivo, sostuvo que la norma no exigía que el sujeto activo la realizase con un interés, ultraactividad o ánimo especial, sino que bastaba con que el animal fuese víctima de un sufrimiento excesivo e innecesario. No es necesario que se encuentre configurado lo que se conoce en la doctrina como “dolo directo” o de primer grado, que requiere de la intención o propósito del agente para hacer o no hacer determinada conducta, sino que el tipo penal comprende al dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias -dado que abarca todas las consecuencias que, pese a que el autor no las persiga directamente, se producirán con seguridad- y también al dolo eventual -en donde el sujeto activo no persigue el resultado típico ni lo prevé como seguro, pero es posible que se produzca y lo asume en su voluntad.

En el caso, tuvo por acreditada que las condiciones de vida con que fueron encontrados los animales no podían más que generarles sufrimientos, por lo que concluyó que el imputado era consciente de que los animales no tenían un buen vivir, no encontrando verificada ninguna causal que excluya la antijuridicidad de la acción, ni tampoco de inculpabilidad o excusas absulatorias que permitiesen eximirlo de la sanción prevista en el tipo penal.

Por último, dispuso el decomiso definitivo de los diecisiete animales rescatados por UFEMA que habían sido dados en guarda provisoria a diferentes familias después del allanamiento. Para así fallar, sostuvo “dado que los animales no humanos de este proceso se encuentran insertos en una familia, que debo velar por el cuidado de su salud psicofísica y que para ello resulta fundamental sostener su núcleo de vida, corresponde disponer la entrega definitiva a las diversas familias que los acogieron como tenedores provisorios”.

V. Los seres sintientes: ¿un cambio de paradigma?

Actualmente, no existe consenso en la doctrina respecto a otorgarle a los animales el estatus de sujetos de derecho.

No obstante, si existen insoslayables avances jurisprudenciales que consideran a los animales no humanos seres sintientes y, por ende, les reconocen sus derechos fundamentales.

Así, la Cámara Federal de Casación Penal trató un habeas corpus interpuesto por la Asociación de Funcionarios y Abogados por los derechos de los animales -AFADA- con relación a la conocida orangutana Sandra¹⁶, en la que falló: “a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocerle al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente”; y lo propio hizo el Tercer Juzgado de Garantías de Mendoza, que reconoció a la mula “Cecilia” como sujeto de derecho y autorizó su traslado al santuario en Brasil.¹⁷

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, son numerosos los antecedentes jurisprudenciales que reflejan el cambio de paradigma en ese sentido, como lo expone Ricardo Bomparola¹⁸, en cuanto a que muchos magistrados del fuero local de la CABA vienen pregonando con sus fallos en la defensa efectiva de los derechos de los seres sintientes, entre los que menciona “Fallo Coco¹⁹”, “Fallo Mike²⁰” y el Fallo “El Mundo de Las Aves²¹”; y en donde los magistrados intervenientes describen la evolución normativa en materia de protección efectiva de los derechos de los seres sintientes, y se los declara en el marco de

¹⁶ CFCP Sala II *Orangutana Sandra s/recurso de casación s/Habeas Corpus* Causa Nº CCC 68831/2014/CFC1 Sent. del 18 de diciembre de 2014 Registro 2603/14

¹⁷ Juez de Garantías 3er Mendoza, Mendoza *Presentación efectuada por AFADA respecto del Chimpancé Cecilia- sujeto no humano* Expte. N P-72254/15 Sent. del 3 de noviembre de 2016

¹⁸ BOMPAROLA, Ricardo Daniel *El nuevo cambio de paradigma para el ordenamiento jurídico para la efectiva defensa de los derechos de los animales no humanos víctima en los procesos penales. Actualización Jurisprudencia de la Justicia Penal de la CABA* Revista de Pensamiento Penal 07/06/2022 consultado en

<https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/90139-nuevo-cambio-paradigma-ordenamiento-juridico-efectiva-defensa-derechos-animales-no>

¹⁹ Juzgado PCyF Nº 4, CABA, R.L. y Otra por Infracción Ley 14.346 IPP-246466/2021-0; del 22 de diciembre 2021

²⁰ Juzgado PCyF Nº 1, CABA, N.N. s/Inf. Ley 14.346 Caso IPP-42.093/2022-0, del 30 de mayo de 2022

²¹ Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, CABA, Sala II, *Responsable Página Web El Mudo de Las Aves*, IPP-2582/2021-0, del 06 de septiembre de 2021.

un proceso de índole penal como sujeto de derecho, criterio que ha sido seguido también por la Sala II de la Cámara de Apelaciones del Fuero Penal Contravencional y de Faltas²², también comentado por el citado autor²³.

Cierto es que el actual Código Civil y Comercial de la Nación no modificó el estatus que tenían los animales en el anterior Código Civil de Vélez Sarsfield, el cual los consideraba como “bienes semovientes” disponiendo el actual art. 227: “Son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa”.

No obstante, si bien el código le otorga a quien detenta su propiedad una serie de derechos como el de usar, gozar y disponer de ellos materialmente y jurídicamente, lo hace con la salvedad que debe ser “*dentro de los límites previstos por la ley*”²⁴.

Ello así, en tanto “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la oral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiera, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización²⁵”

Más aún, el nuevo Código en el art. 240 agrega otro límite: “El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1 y 2 debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”.

Ello en consonancia con el art. 41 de nuestra Constitución Nacional que consagró: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las

²² Cám. Apelaciones PPJCyF, CABA, Sala II, NN, NN Y OTROS SOBRE 1 - LEY DE PROTECCION AL ANIMAL. MALOS TRATOS O ACTOS DE CRUELDAZ, IPP 284551/2022-0, CUIJ: IPP J-01-00284551-9/2022-0, Actuación Nro: 922403/202, del 19 de abril de 2023, consultado en [<https://juristica.jusbaires.gob.ar/ics-wpd/images/juris/51482.pdf>].

²³ BOMPAROLA, Ricardo Daniel, *La tutela penal efectiva de los ANH. Regulación penal de la “Sintiencia Animal”*, en Revista de Derecho Penal, consultado en [<https://www.pensamiento penal.com.ar/doctrina/90840-tutela-penal-efectiva-anh-regulacion-penal-sintiencia-animal>]

²⁴ Art. 1941, Código Civil y Comercial de la Nación.

²⁵ Art. 10, Código Civil y Comercial de la Nación.

generaciones futuras y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales [...].”

Por otra parte, y más allá de la “ficción jurídica” a la que recurre el Código Civil y Comercial de la Nación al calificar a los animales como bienes muebles que se desplazan, resultan indubitables los avances científicos internacionales que demuestran que los animales pueden sentir y experimentar emociones.

VI. De la crueldad animal a la organización criminal estructurada

Aunque un criadero ilegal que incurre en maltrato animal puede parecer un delito penal menor, ciertas características permiten entenderlo como parte de una estructura delictiva más profunda, que puede abarcar más de un tipo penal e, incluso, traspasar jurisdicciones.

Si nos detenemos a considerar las ganancias que son capaces de obtener estos criaderos clandestinos comparado con la insignificancia de la pena prevista en la figura de maltrato animal de la Ley 14.346 (como mucho un año de prisión -excarcelable y en suspenso), resulta fácil colegir el porqué de su crecimiento: al día de hoy, una de las plataformas más usadas de comercio electrónico arroja con la búsqueda “cachorros” 4.786 resultados, siendo 632 sólo en la Ciudad de Buenos Aires.

El dato dista de ser menor. La venta de los cachorros en estos criaderos clandestinos puede generar ganancias tan altas que se asemejan más a las que se obtienen del narcotráfico, la falsificación o los delitos de trata de personas.

Cabe señalar que, junto con la deplorable situación de maltrato y crueldad contra los animales de los que se valen estos criaderos clandestinos, existen varios tipos penales que pueden llegar a encontrarse configurados: infracción a normativas sanitarias y ambientales graves, uso de documentos falsos para registrar a los animales, tráfico de animales y hasta lavado de dinero.

Dada su clandestinidad, muchas veces estos criaderos “truchos” venden los cachorros sin las vacunas obligatorias ni los controles veterinarios mínimos, lo que provoca que muchos de ellos puedan ser portadores de afecciones que les

ocasione la muerte o, incluso, resultar trasmisores de enfermedades infecto-contagiosas y parásitos tanto a otros animales como a los seres humanos, con el consiguiente impacto en la salud pública.

Estos criaderos no solamente ocasionan daño a los animales que utilizan para sus fines económicos, sino que existen otros bienes jurídicos protegidos que también podrían verse seriamente afectados por su accionar.

Podríamos encontrar en la actividad de estos criaderos clandestinos una multiplicidad de delitos conectados, como ser: maltrato animal sistemático (Ley 14346), falsificación de documentación sanitaria o de pedigree (falsificación de instrumentos públicos - art. 292 del Código Penal), lavado de activos (art. 303 del Código Penal), daño ambiental si se generan residuos contaminantes (Ley 24051) o se afecta la salud pública.

Todas esas conductas no se tratan de delitos aislados, sino que, por el contrario, se articulan entre sí para lograr un beneficio económico de manera continua y estructurada bajo una lógica empresaria.

Si el criadero ilegal tiene una estructura permanente, roles definidos (crianza, venta, transporte, falsificación de papeles, etc.) y hay tres o más personas organizadas que realizan los delitos arriba mencionados, se lo puede considerar encuadrados en una asociación ilícita en los términos del art. 210 del Código Penal.

VII. Conclusiones

La problemática no dista de ser compleja ya que posee aspectos culturales, filosóficos, económicos, jurídicos y científicos que exceden el limitado marco de este artículo y, más allá de la opinión personal de quien lo suscribe, lo cierto es que -ya sea que se trate de una concepción antropocéntrica o de una animalista- la conclusión es la misma: los humanos tenemos la responsabilidad moral y legal de cuidar las especies animales que dependen de nosotros y la obligación de evitarles el sufrimiento innecesario. La ley de maltrato animal 14346 está vigente, maltratar a un animal ES DELITO y es obligación de los operadores jurídicos hacerla cumplir.

Si bien la denuncia por maltrato animal es un trámite gratuito y los funcionarios están obligados a tomarla, lo cierto es que no siempre quienes reciben la denuncia están dispuestos a tramitarla.

Por ello, resulta necesario crear Fiscalías especializadas en materia ambiental en todas las jurisdicciones, como recientemente se hizo en Avellaneda y Lanús, en la Provincia de Buenos Aires, o en San Miguel de Tucumán en la Provincia de igual nombre.

En ese sentido, resulta destacable la ardua labor que ha venido realizando, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la Unidad Fiscal Especializada en Materia Ambiental (UFEMA) a cargo del Fiscal Penal Dr. Carlos Rolero Santurian y que ha llevado a desmantelar numerosos criaderos ilegales en esa jurisdicción²⁶, como así también a los numerosos pronunciamientos a que dio lugar en ese ámbito a favor de los animales.

Por otra parte, el notorio incremento de los criaderos ilegales exige trascender la mirada tradicional que los concibe como simples contravenciones o delitos menores.

El criadero ilegal de animales, cuando presenta una estructura organizada, permanencia en el tiempo y multiplicidad de delitos conexos (maltrato, falsificación, contrabando, lavado) puede y debe ser abordado como un delito complejo. Esta calificación permitirá aplicar tipos penales como la asociación ilícita (art. 210 del Código Penal) y utilizar herramientas especiales para su investigación, prevención y lucha (Ley 27.319).

Se necesitará del esfuerzo mancomunado de todas las jurisdicciones para lograr desbaratar esta industria a costa de los que no tienen voz ni pueden defenderse.

²⁶ Véase ejemplo de ello en <https://mpfcuidad.gob.ar/tematicas/2020-03-09-18-42-38-delitos-contrario-al-medio-ambiente;https://consejo.jusbaires.gob.ar/noticias/el-maltrato-animal-se-puede-denunciar-de-manera-online/;https://mpfcuidad.gob.ar/noticias/2022-06-14-15-27-09-clausuran-criadero-ilegal-y-rescatan-50-caninos-en-condiciones-de-maltrato-animal;https://mpfcuidad.gob.ar/noticias/2023-04-04-19-56-51-maltrato-animal-clausuran-un-criadero-ilegal-de-perros-y-rescatan-a-6-chihuahuas>

